



MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

COORDENAÇÃO
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Gilberto Giacoia
Ramon de Medeiros Nogueira
Eduardo Augusto Salomão Cambi

ORGANIZAÇÃO
Adriane Garcel
Júlio César Craveiro Devechi
Heloisa Bagatin Cardoso



TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



**Escola
Superior
do MPPR**

PREFÁCIO
Ministro Luís Roberto Barroso

DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO

Estudos em homenagem
à Ministra Rosa Weber





COORDENADORES

LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM
GILBERTO GIACOIA
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA
EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

ORGANIZADORES

ADRIANE GARCEL
JÚLIO CÉSAR CRAVEIRO DEVECHI
HELOISA BAGATIN CARDOSO

PREFÁCIO

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO
ESTUDOS EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

**CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
BIÊNIO 2023/2024**



LUIZ FERNANDO TOMASI
KEPPEN

PRESIDENTE



JOECI MACHADO
CAMARGO

1º VICE - PRESIDENTE



FERNANDO
PRAZERES

2º VICE - PRESIDENTE



HAMILTON MUSSI
CORRÊA

CORREGEDOR-GERAL



ROBERTO ANTÔNIO
MASSARO

CORREGEDOR

CÚPULA ADMINISTRATIVA - BIÊNIO 2023/2024



JOSÉ LUIZ FARIA DE
MACEDO FILHO

**SECRETÁRIO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



ANA CAROLINA MION
PILATI DO VALE

**DIRETORA DO GABINETE
DA PRESIDÊNCIA**



MARIA ALICE DE
CARVALHO PANIZZI

**SUBSECRETÁRIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



LEONEL JÚNIOR
PEDRALI

**DIR. DO DEP. DE
ENGENHARIA E
ARQUITETURA**



MOACIR CARNEIRO
JUNIOR

**DIR. DO DEP.
ECONÔMICO E
FINANCEIRO**



HERMES RIBEIRO DA
FONSECA FILHO

**DIR. DO DEP. DE
GESTÃO DE SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS**

CÚPULA ADMINISTRATIVA - BIÊNIO 2023/2024



FERNANDO SCHEIDT
MÄDER

**DIR. DO DEP. DE
GESTÃO DOCUMENTAL**



IGOR BRAYNER DOS
SANTOS

**DIR. DO DEP.
JUDICIÁRIO**



ANDRÉ LUIZ
MASSAD

**DIR. DO DEP. DA
MAGISTRATURA**



MARIANA DA COSTA
TURRA BRANDÃO

**DIRETORA DO
DEPARTAMENTO DO
PATRIMÔNIO**



HÉLCIO JOSÉ
VIDOTTI

**DIR. DO DEP. DE
GESTÃO DE RECURSOS
HUMANOS**



RAFAEL CONINCK
TEIGÃO

**DIR. DO DEP. DE TECN.
DA INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO**

CÚPULA ADMINISTRATIVA - BIÊNIO 2023/2024



RAFAEL CORRÊA

**DIRETOR DA
ASSESSORIA
DE RECURSOS**



VINÍCIUS RODRIGUES
LOPES

**DIRETOR DO
DEPARTAMENTO DE
PLANEJAMENTO**



PATRICIA CAETANO

**DIRETORA DO DEP.
DE GESTÃO DE
PRECATÓRIOS**



LAÍS LECINIA BARBOZA

**DIRETORA DO DEP. DA
CORREGEDORIA-GERAL
DA JUSTIÇA**



MAURÍCIO CARDOSO
SEGUNDO

**DIR. DO DEP. DE
AUDITORIA INTERNA**

COORDENAÇÃO



LUIZ FERNANDO TOMASI
KEPPEN

PRESIDENTE DO TJPR



GILBERTO GIACOIA

**PROCURADOR-GERAL
DE JUSTIÇA DO MIN.
PÚBL. DO PARANÁ**



EDUARDO CAMBI

**DESEMBARGADOR
ACAD. PARANAENSE DE
LETRAS JURÍDICAS- APLI**



RAMON DE MEDEIROS
NOGUEIRA

**DESEMBARGADOR
DIR. GERAL DA EJUD**

ORGANIZAÇÃO



ADRIANE
GARCEL

ASSESSORA JURÍDICA TJPR



JÚLIO CÉSAR
CRAVEIRO DEVECHI

ASSESSOR JURÍDICO STF



HELOÍSA BAGATIN
CARDOSO

ASSESSORA JURÍDICA TJPR



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

2023 | Curitiba

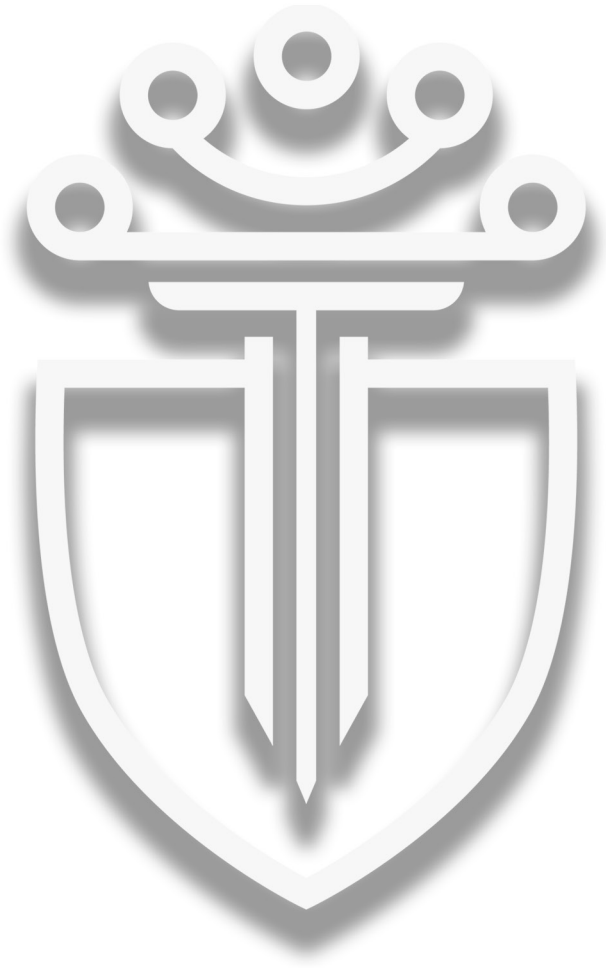


AUTORES

Adriane Garcel
Alessandra Brustolin
Alessandro Dorigon
Alif Ronaldo Soares Domingues
Ana Cristina Cremonesi
Ana Lúcia Lourenço
Anderson Ricardo Fogaça
Andrea Fabiane Groth Busato
Anita Castro Menezes Xavier
Apoema Carmem F. Vieira D. Martins Santos
Bárbara Ferrito
Bruna Tozzi Ito
Bruno Fernando Gasparotto
Camila Soares Cavassin Jayme
Claudyvan José dos Santos Nascimento Silva
Clayton Reis
Cristiane Santos Leite
Carolina Fontes Vieira
Daniel Marinho Corrêa
Demetrius Nichele Macei
Denise Hammerschmidt
Dúnia Serpa Rampazzo
Eduardo Augusto Salomão Cambi
Eduardo Caetano Tomazoni
Felipe Dellê
Flávia Martins de Carvalho
Gilberto Giacoia
Gilberto Kilian dos Anjos
Gleison do Prado de Oliveira
Gustavo Chueire Calixto Guilherme
Hamilton Rafael Marins Schwartz
Heloísa Bagatin Cardoso
Heitor Moreira De Oliveira
Iara da Cruz Moraes
Isabella Henrique Bonadio
Ilton Garcia da Costa
Jéssica Fachin
João Daniel Vilas Boas Taques
João Victor Nardo Andreassa
João Vitor Oliveira Cê
José Miguel Garcia Medina
José Laurindo de Souza Netto
José Barroso Filho
Júlio César Craveiro Devechi
José Raul Cubas Júnior

AUTORES

Josmael Rodrigo Camargo
Karen Hippertt
Larissa Pereira Barbosa
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Lilian Cristina Pinheiro Goto
Lorrane Nogueira de Carvalho
Luís Roberto Barroso
Luiz Eduardo Gunther
Luís Mauro Lindenmeyer Eche
Luciano Benetti Timm
Leonardo Maciel Benedete
Lucas Pereira Gabardo Guimarães
Maiana Jugend Zugman
Marcianita Lopata de Lima
Mauro Bley Pereira Junior
Marco Antônio César Villatore
Marcos Vinícius Tombini Munaro
Mateus Simioni de Bittencourt
Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Michel Medeiros Nunes
Nicolle Ribeiro Moreno
Oksandro Osdival Gonçalves
Otto Luiz Marty
Paulo Guilherme Mazini
Paulo Roberto Kohl
Paulo Henrique de Souza Freitas
Pedro Henrique Horacio Vieira
Ramon de Medeiros Nogueira
Robson Fumagali
Rafaela Mattioli Somma Leonardi
Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos
Rosa Weber
Robson Luís Zorzanello
Rogéria Fagundes Dotti
Rogério Etzel
Ricardo Rachid de Oliveira
Rafael Gomes Sentone
Saulo Capelari Junior
Sidney Kiyoshi Shine
Silvana Aparecida Cardoso Plastina
Sthéfano Roberto Janata
Teresa Melo
Thiago Flôres Carvalho
Vicente de Paula Ataíde Junior
Zulmar Fachin



TJPR

DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

2023 | Curitiba



A obra institucional **Direito, Ação & Jurisdição**, organizada e coordenada pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** e pelo **Ministério Público do Paraná**, com atuação decisiva de suas **Escolas Judiciais** e apoio da **Academia Paranaense de Letras Jurídicas**, traz uma coletânea de estudos elaborados em homenagem à Ministra Rosa Weber. Mediante uma abordagem interdisciplinar e uma visão sistêmica, os trabalhos interligam-se entre si e possibilitam uma real ampliação do debate jurídico, acadêmico e jurisprudencial.

A produção está em sua 5ª versão, a obra faz parte do acervo de livros institucionais organizado pelo Tribunal e pelo Ministério Público, e justifica-se de modo que está em consonância às diretrizes estabelecidas pelo CNJ através da Resolução nº 462 de 06/06/2020, que considerou a necessidade de aperfeiçoar as políticas judiciárias com fundamento na produção de dados e informações científicas sobre a jurisdição. Tanto esta edição como as anteriores¹ são disponibilizadas gratuitamente em suas versões digitais pelo site do Tribunal de Justiça do Paraná.

O livro reúne 47 artigos científicos elaborados a partir de experiências acadêmicas, teóricas e práticas de autores, pesquisadores e profissionais com vivência institucional e domínio da temática proposta, cujos objetivos correlatos são difundir o conhecimento, a prática e a cultura jurídica acumulados pelos autores e suas reflexões.

Nesta edição, com fulcro na eficiência da prestação jurisdicional, Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e a Academia caminham juntos, aprimorando o debate e promovendo o diálogo entre as instituições.

Para além, presta uma singela homenagem à Ministra Rosa Weber, empossada na manhã de 19 de dezembro de 2011, foi a terceira mulher a integrar a Suprema Corte, tendo sido as primeiras Ellen Gracie, a quem substituiu, e Cármem Lúcia, que ainda exerce o cargo.

¹ Publicações: <https://ejud.tjpr.jus.br/ultima-edicao>.

A Ministra foi aprovada em primeiro lugar no vestibular para o curso de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1967. Concluiu o curso em 1971, também em primeiro lugar e recebendo a “lâurea acadêmica Prof. Brochado da Rocha”. Na mesma universidade, realizou curso de extensão universitária de Preparação à Magistratura, em 1972, e de Processo do Trabalho, em 1974. Foi professora na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul entre 1989 e 1990.

Em 1976 ingressou na magistratura, como juíza do Trabalho substituta, onde ficou até 1991, quando passou a integrar o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), até 2006. Presidiu o TRT-4 no biênio de 2001 a 2003. De 2006 a 2011, foi ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST) perfazendo 46 anos de magistratura, até ser nomeada para o STF.

Há 12 anos está à frente do Supremo Tribunal Federal, exercendo com discrição, esmero e eficiência as competências que lhe foram outorgadas.

À Ministra Rosa Weber, prestam os autores e autoras, representantes de suas instituições esta digna homenagem.

Curitiba, outubro de 2023.

LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM

Presidente

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

GILBERTO GIACOIA

Procurador Geral de Justiça

Ministério Público do Estado do Paraná

EDUARDO CAMBI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Diretor-Geral da Escola Judicial do Paraná



DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

2023 | Curitiba





Nossos Contatos

Rio de Janeiro

Avenida das Américas, 3443, 2º andar

- Bloco 3B, Sala 202 - Barra da Tijuca,

Rio de Janeiro - RJ - Cep.: 22631-003

Acesse: editoraclassica.com.br

Redes Sociais

facebook.com/EditoraClassica

twitter.com/EditoraClassica

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Adriane Garcel
Alessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioli
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
José Edmilson de Souza-Lima
Jonathan Barros Vita
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gagher Bósi Campello
Lucimeiry Galvão

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito, ação & jurisdição [livro eletrônico] : estudos em homenagem à ministra Rosa Weber / organização Adriane Garcel, Júlio César Craveiro Devechi, Heloisa Bagatin Cardoso ; coordenação Luiz Fernando Tomasi Keppen...[et al.] ; prefácio ministro Luis Roberto Barroso. -- Curitiba, PR : Ed. dos Autores, 2023.
PDF

Vários autores.

Outros coordenadores: Gilberto Giacoia, Ramon de Medeiros Nogueira, Eduardo Augusto Salomão Cambi.
Bibliografia.
ISBN 978-65-00-74278-7

1. Acesso à justiça - Brasil 2. Direito - Miscelânea 3. Homenagem 4. Jurisdição 5. Magistratura 6. Weber, Rosa I. Garcel, Adriane. II. Devechi, Júlio César Craveiro. III. Cardoso, Heloisa Bagatin. IV. Keppen, Luiz Fernando Tomasi. V. Giacoia, Gilberto. VI. Nogueira, Ramon de Medeiros. VII. Cambi, Eduardo Augusto Salomão. VIII. Barroso, Luis Roberto.

23-163644

CDU-34 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito : Estudos em homenagem 34 (81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Maria Lucia de Barros Rodrigues
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Margareth Nardy
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Diretora Geral: Luciane de Araujo Pereira

Produção editorial e projeto gráfico: Editora Clássica

Capa: Editora Clássica

Design Estratégico: Fernanda Lima



SUMÁRIO

PREFÁCIO (<i>Ministro Luís Roberto Barroso</i>)	31
DIREITO, AÇÃO E JURISDIÇÃO: OS DESAFIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO PÓS-PANDEMIA (<i>Hamilton Rafael Marins Schwartz, Gustavo Chueire Calixto Guilherme</i>)	37
A PROTEÇÃO INEFICIENTE DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM RAZÃO DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/21 (<i>Luís Mauro Lindenmeyer Eche</i>)	57
A MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM NA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA (<i>Júlio César Craveiro Devechi</i>)	79
NOVOS PODERES: JUDICIÁRIO LEGIFERANTE, LEGISLATIVO PRESIDENCIALISTA E EXECUTIVO PARLAMENTAR (<i>Teresa Melo</i>)	95
PARA ALÉM DOS AUTOS: DIÁLOGOS PELA DEMOCRACIA (<i>Ramon de Medeiros Nogueira, Rogério Etzel, Karen Hippertt, Adriane Garcel</i>)	123
O DIREITO DE AUTOR E OS SISTEMAS COPYRIGHT E DROIT D'AUTEUR: PROTEÇÃO JURÍDICA EM FACE DOS LIVROS IMPRESSO E DIGITAL (<i>Zulmar Fachin, Jéssica Fachin</i>)	145

O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA COMO ELEMENTO DO ACESSO À JURISDIÇÃO (<i>Heitor Moreira de Oliveira</i>)	165
DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO – CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (<i>José Barroso Filho</i>)	195
O COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO COMO GARANTIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL (<i>Dúnia Serpa Rampazzo</i>)	205
A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO (<i>Mauro Bley Pereira Junior</i>)	253
QUAIS AS HIPÓTESES E EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE SOBRE IMÓVEIS HIPOTECADOS? (<i>Heloísa Bagatin Cardoso, Robson Fumagali</i>)	265
CONSTITUIÇÃO E NEOPROCESSUALISMO (<i>Larissa Pereira Barbosa</i>)	277
INTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICA-FINALÍSTICA CONTRATUAL: DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO À SUA CONVERSÃO (<i>Daniel Marinho Corrêa</i>)	307
APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL (<i>Gleison do Prado de Oliveira, José Miguel Garcia Medina</i>)	323
COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO (<i>Maria Lúcia Cardoso de Magalhães</i>)	345
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E SUA INTERSECÇÃO COM RAÇA E CLASSE SOCIAL COMO BARREIRAS AO ACESSO À JUSTIÇA (<i>Flávia Martins de Carvalho, Bárbara Ferrito</i>)	371
ASSÉDIO NO AMBIENTE VIRTUAL DE TRABALHO: DESAFIOS E MEDIDAS DE PREVENÇÃO (<i>Michel Medeiros Nunes</i>)	385
DA DESNECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA SE VERIFICAR O DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA CONCESSÃO IRRESPONSÁVEL DE CRÉDITO. ATO ILÍCITO DECORRENTE DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (<i>Andrea Fabiane Groth Busato, Clayton Reis, Marcianita Lopata de Lima</i>)	399

O RESGATE DO HUMANO: DA RUPTURA TOTALITÁRIA AOS DIREITOS AUTORAIS HUMANOS <i>(Ana Lúcia Lourenço, João Daniel Vilas Boas Taques)</i>	417
VISITAS MONITORADAS REALIZADAS POR PSICÓLOGOS EM UM FÓRUM DE FAMÍLIA <i>(Anita Castro Menezes Xavier, Maiana Jugend Zugman, Sidney Kiyoshi Shine)</i>	437
A TUTELA CONSTITUCIONAL NO AGRONEGÓCIO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADA AO AGRONEGÓCIO <i>(Paulo Roberto Kohl)</i>	455
NEOCONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO JURÍDICO E PRECEDENTES <i>(Camila Soares Cavassin Jayme, Cristiane Santos Leite)</i>	481
OS EFEITOS DA DECISÃO QUE ARQUIVA INQUÉRITO POLICIAL POR ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO IRDR 11/TJPR <i>(Cristiane Santos Leite, Mateus Simioni de Bittencourt)</i>	511
A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA <i>(Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins Santos, Ana Cristina Cremonesi, Paulo Henrique de Souza Freitas)</i>	525
JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS, ESTRATÉGIAS JUDICIÁRIAS E PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL <i>(Eduardo Cambi, João Victor Nardo Andreassa)</i>	551
A SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) PELO ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL (IPCA-E) NOS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS: LIMITES DE ALTERAÇÃO DA COISA JULGADA NO TEMPO PELA SUPERVENIÊNCIA DE NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA <i>(Alif Ronaldo Soares Domingues)</i>	575
INDEPENDÊNCIA JUDICIAL DOS JUÍZES: CONDICIONANTES EXTERNAS E INTERNAS <i>(Josmael Rodrigo Camargo)</i>	601
APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO DA TULELA JURISDICCIONAL POR MEIO DO DIREITO PROBATÓRIO <i>(Eduardo Cambi, Marcos Vinícius Tombini Munaro, Ilton Garcia da Costa)</i>	625
O NOVO SISBAJUD E SUAS FUNCIONALIDADES: O USO DA FERRAMENTA NA PRÁTICA CÍVEL FORENSE <i>(Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Paulo Guilherme Mazini, Nicolle Ribeiro Moreno)</i>	641

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A ADOÇÃO DE UM MODELO DE EFICIÊNCIA: REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 NO CONTINGENTE PROCESSUAL BRASILEIRO (<i>Bruno Fernando Gasparotto, Robson Luíz Zorzanello</i>)	665
VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER E OS NOVOS DESAFIOS DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 147-B DO CÓDIGO PENAL (<i>Lilian Cristina Pinheiro Goto, Alessandro Dorigon, Bruna Tozzi Ito, Pedro Henrique Horacio Vieira, José Laurindo de Souza Netto</i>)	683
VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: ENTRE O DIREITO VIVO DE EHRlich E O NORMATIVISMO JURÍDICO DE Kelsen (<i>José Raul Cubas Júnior, Demetrius Nichele Macei</i>)	701
OS STANDARDS DO CONVENCIMENTO JUDICIAL PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA FUNDADA NA DEFESA INCONSISTENTE (<i>Rogéria Fagundes Dotti, Lorrane Nogueira de Carvalho</i>)	729
CONTRIBUIÇÕES DA MINISTRA ROSA WEBER PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ACESSO A MEDICAMENTOS: OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO DEBATE (<i>Ana Cristina Cremonesi, Alessandra Brustolin, Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martis Santos</i>)	747
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS: MEIOS ADEQUADOS, COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E PROCESSOS ESTRUTURAIS (<i>Felipe Dellê, João Vitor Oliveira Cé</i>).....	771
O NÚMERO DE ASSENTOS DA JUSTIÇA ESTADUAL E A LEGITIMIDADE DOS ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ENQUANTO ÓRGÃO DE GOVERNANÇA JUDICIAL (<i>Thiago Flôres Carvalho</i>)	787
A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA E O DESVIRTUAMENTO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA (<i>Rafaela Mattioli Somma Leonardi</i>)	801
A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FACE OS DIREITOS DO DEVEDOR (<i>Iara da Cruz Moraes</i>)	823
AS DEMANDAS JUDICIAIS E O ASSÉDIO NO MUNDO DO TRABALHO (<i>Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore</i>)	841
ACESSO À JUSTIÇA E A TRAGÉDIA DOS COMUNS (<i>Oksandro Osdival Gonçalves, Anderson Ricardo Fogaça</i>)	867

DA PAUTA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE O PRIMEIRO SEMESTRE DE 2023 E SUA RELAÇÃO COM A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL (<i>Eduardo Augusto Salomão Cambi, Denise Hammerschmidt, Silvana Aparecida Cardoso Plastina, Saulo Capelari Junior</i>)	891
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA CAPACIDADE PROCESSUAL: POR UMA ESTRUTURA TEÓRICA PÓS-HUMANISTA (<i>Vicente de Paula Ataíde Junior, Claudyvan José dos Santos Nascimento Silva</i>)	903
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS (<i>Isabella Henrique Bonadio</i>)	921
O DESABAFO DO MINISTRO E A RELEVÂNCIA PRESUMIDA DAS CAUSAS PENAIS: OU, DE COMO NÃO HÁ CORTE SUPERIOR EM ABUNDÂNCIA PARA TODOS (<i>Carolina Fontes Vieira, Ricardo Rachid de Oliveira</i>)	987
RECONHECIMENTO DE EFEITOS JURÍDICOS ÀS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS – A MONOGAMIA COMO VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE (<i>Eduardo Augusto Salomão Cambi, Adriane Garcel</i>)	1005
CONTRATOS COMERCIAIS, FRAUDE À LEI TRABALHISTA E COMPETÊNCIA PARA SEU JULGAMENTO: UM ARTIGO EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER (<i>Luciano Benetti Timm, Eduardo Caetano Tomazoni, Leonardo Maciel Benedete</i>)	1033
SEGURANÇA INSTITUCIONAL MODELO DE ANÁLISE TEÓRICO APLICADO AO MAGISTRADO (<i>Rafael Gomes Sentone, Sthéfano Roberto Janata, Lucas Pereira Gabardo Guimarães, Otto Luiz Marty</i>)	1047



LUÍS ROBERTO BARROSO

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Visiting Scholar na Harvard Law School (EUA). Mestre (Master of Laws) pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Senior Fellow na Harvard Kennedy School.

O país deve se orgulhar por ter Rosa Weber como Ministra e Presidente do Supremo Tribunal Federal. E eu tenho a sorte de tê-la como uma amiga querida, com quem convivi proximamente nas sessões da Primeira Turma e do Plenário; e, ainda, durante a sua gestão no Supremo e no Tribunal Superior Eleitoral, enquanto seu Vice-Presidente. Sinto-me especialmente privilegiado por isso. Poucas coisas na vida são mais prazerosas do que a gente trabalhar com quem gosta. A Ministra Rosa tem uma personalidade adorável, marcada por grandes virtudes: integridade, competência, dedicação, firmeza e responsabilidade. É uma pessoa suave nos modos, mas firme e determinada no conteúdo, do modo que deve ser.

Além de marcarem nossa convivência pessoal, essas virtudes também restaram evidentes ao longo da sua atuação profissional. Após se formar em primeiro lugar e como aluna laureada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rosa Weber tornou-se Juíza do Trabalho em 1976. Tratava-se apenas do começo de uma vida de inteira dedicação à magistratura. Em 1991, foi promovida, por merecimento, a Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região; e, em 2006, tornou-se Ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Após 35 anos de dedicação à Justiça do Trabalho, ela se tornou a terceira mulher a integrar a Suprema Corte do nosso país. Posteriormente, foi Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o que lhe proporcionou ser a primeira mulher a conduzir uma eleição geral no Brasil; e Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, tendo sido a segunda mulher a ocupar essas duas últimas posições.

Embora sejam avanços importantes, a Ministra Rosa nunca encarou a sua presença nesses espaços como uma luta acabada. Ao contrário, ao longo da sua atuação, ela foi firme em combater a invisibilização das mulheres

nos espaços de poder. Quando Ministra do Tribunal Superior Eleitoral, liderou a decisão que garantiu que 30% do tempo de propaganda eleitoral e dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) sejam destinados a candidaturas femininas.¹ Quando Presidente do Conselho Nacional de Justiça, criou representações regionais da Ouvidoria da Mulher pelo país. Quando Ministra do Supremo Tribunal Federal, às vésperas da sua aposentadoria, ela se manifestou publicamente pela nomeação de mulheres para vagas abertas na Corte. De fato, ela tem toda razão: a defesa da igualdade de gênero é uma luta indispensável de se travar. Em sendo as mulheres metade do país, a ascensão feminina não é apenas uma questão de justiça de gênero, mas também uma questão de interesse nacional. Trata-se de um ativo para agregar à vida pública do país.

Isso ficou evidente ao longo da atuação da Ministra Rosa no Supremo Tribunal Federal. Ela se notabilizou por votos empenhados na efetividade de direitos fundamentais, promoção de justiça social e defesa da democracia. Não foram poucas as decisões emblemáticas que passaram por suas mãos. Entre elas, lembrome daquela que declarou a inconstitucionalidade de decreto presidencial que, sob o pretexto de regulamentar, esvaziava o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e obstaculizava a participação social nas políticas ambientais.² Recordome ainda do seu voto pela inconstitucionalidade do indulto concedido a ex-deputado federal recém condenado pelo Supremo, ocasião em que fundamentou que o Presidente da República não poderia criar em seu entorno um “círculo de imunidade penal”.³ Outra decisão bastante relevante foi aquela sobre o denominado “orçamento secreto”, que consistia no uso das emendas do Relator-Geral do orçamento em troca de apoio parlamentar nas votações de interesse do Poder Executivo.⁴ Nas palavras constantes em seu voto, tratava-se da “balcanização” do orçamento. Em todos esses casos, a Ministra Rosa, com a habilidade que lhe é característica, foi firme no sentido de demonstrar que as competências constitucionais devem ser exercidas dentro das regras do jogo, norteadas pelo interesse público e em conformidade com a moralidade administrativa.

Esse seu comprometimento com a democracia constitucional ficou ainda mais evidente ao tempo das suas Presidências no Tribunal Superior Eleitoral, Conselho Nacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. No TSE, a Ministra Rosa conduziu, de forma impecável, as polarizadas e históricas eleições de 2018. À época, enquanto seu Vice, tive a sorte de acompanhar e aprender com sua extrema discrição, empenho e seriedade. No CNJ,

¹ TSE, Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 22.05.2018.

² STF, ADPF 623, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 19.05.2023.

³ STF, ADPF 964, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 10.05.2023.

⁴ STF, ADPF 850, 851, 854 e 1.014, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 19.12.2022.

ela demonstrou grande sensibilidade social, ao visitar comunidades indígenas e estabelecimentos penitenciários; e eficiência, ao se dedicar à redução do acervo de processos antigos. No Supremo, ela teve a coragem de pautar temas espinhosos, mas de extrema relevância para o país; e alterou o regimento interno para promover duas grandes mudanças. A primeira delas foi a obrigatoriedade de que as medidas cautelares deferidas por decisão monocrática sejam submetidas ao Plenário ou à Turma; e a segunda foi a fixação do prazo de 90 dias para devolução dos autos após pedidos de vista. Tais medidas ocorreram em resposta a críticas feitas há anos pela opinião pública e foram fundamentais para aprimorar a eficiência, a colegialidade e a unidade do Tribunal.

A despeito desses valorosos avanços, o clímax da sua atuação ocorreu em um dos momentos mais dramáticos da nossa história. Foi durante a Presidência da Ministra Rosa Weber que vândalos golpistas, com a intenção de agredir as instituições, atacaram os prédios dos três poderes da República, inclusive o do Supremo Tribunal Federal. Apesar dos momentos aterradores que vivemos, saímos dali melhor do que entramos graças à reação conjunta das instituições e da sociedade, que, em sua esmagadora maioria, não compactua com radicalismo e truculência. Enquanto Presidente do Supremo, a Ministra Rosa demonstrou firmeza, resiliência e liderança. Ainda naquele 8 de janeiro, compareceu ao prédio e viu de perto vidros, luminárias e obras de arte depredadas. Nos dias subsequentes, uniu-se aos representantes dos demais poderes para planejar uma resposta, participou de atos para expressar união institucional e organizou campanha de comunicação para demonstrar que a democracia permanecia inalabada. O seu maior feito, contudo, foi conseguir reconstruir o Plenário do Supremo Tribunal Federal em apenas três semanas. Aqueles que já tiveram qualquer experiência com reformas sabem o quão difícil é realizar um reparo em um curto espaço de tempo, especialmente na máquina pública. Nada obstante, demonstrando-se uma grande gestora, a Ministra Rosa conseguiu conduzir uma enorme equipe de servidores, realizar a sessão solene de abertura do ano judiciário no próprio Plenário da Corte e demonstrar que, apesar dos ataques, o exercício da jurisdição não foi interrompido sequer por um dia. A sua Presidência foi, portanto, fundamental para combater o obscurantismo e unir as instituições em um cenário de extrema adversidade.

Diante dessa trajetória, nada mais justo do que publicar este livro em sua homenagem, por ocasião de sua aposentadoria. Sua dedicação à magistratura engrandeceu a dignidade da justiça, fortaleceu a democracia constitucional e pavimentou o caminho rumo a um país melhor. Como alguém que torce pelo futuro do país, registro aqui meus sinceros agradecimentos à Ministra Rosa Weber.

DIREITO, AÇÃO & JURISDIÇÃO
ESTUDOS EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

2023 | Curitiba



DIREITO, AÇÃO E JURISDIÇÃO: OS DESAFIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO PÓS-PANDEMIA

Hamilton Rafael Marins Schwartz¹, Gustavo Chueire Calixto Guilherme²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo apresentar os conceitos e premissas do Direito, do direito de ação e da jurisdição, analisar as estratégias das instituições que compõem o sistema de Justiça e investigar as ações que vêm sendo realizadas para a superação dos desafios impostos pela pandemia da COVID-19. A problemática está em verificar o alinhamento entre o planejamento estratégico e as ações efetivadas para o alcance dos objetivos organizacionais. A metodologia utilizada é alicerçada em estudo doutrinário, consulta à legislação e análise de dados. Por conclusão, tem-se que a pandemia testou a resiliência do sistema de Justiça e impôs a adoção de novos projetos e mecanismos, dotados de aprimoramento contínuo, visando o cumprimento dos fundamentos do Direito, do direito de ação e da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: direito; ação; jurisdição; sistema de justiça; desafios.

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central apresentar as premissas e conceitos do Direito, do direito de ação, da jurisdição e investigar o planejamento estratégico e as ações que vem sendo concretizadas pelas instituições do sistema de Justiça após o período de pandemia.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Realizou estudos no 1º Curso del Programa de Doctorado Mercado y Derecho da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Espanha. Vice-Coordenador do Comitê Executivo de Saúde Estadual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ no Paraná. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Juiz Formador da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR e da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2820957314655894>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-0022-6304>.

² Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Formado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no biênio 2021/2022. Assessor da 2ª Vice-Presidência e integrante do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Revisor da Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>.

Diversas são as teorias e os conceitos do Direito. Adota-se o viés do Direito como a ciência que busca a realização da justiça compreendida com um conjunto de valores inerentes ao ser humano, como o respeito, a igualdade e a fraternidade.

O direito de ação é a forma de buscar justiça, predominantemente com o ajuizamento de ação no Poder Judiciário e recentemente com uma nova concepção, de acesso a métodos adequados de solução de conflitos.

A jurisdição constitucional é a aplicação do Direito pautada nos fundamentos da Carta da República.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência foi incluído de forma expressa no rol dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade.

A pandemia da COVID-19 afetou as relações sociais e todos os setores da sociedade. Na Administração Pública e, especificamente no sistema de Justiça, as instituições foram obrigadas a reavaliar ou elaborar estratégias para a superação dos desafios e da crescente judicialização.

O planejamento é a forma de pensar o futuro e estabelecer cursos de ação a serem percorridos. Verifica-se que as estratégias organizacionais analisadas estão pautadas nas perspectivas de aproximação da sociedade, modernização dos fluxos de trabalho, gestão, aprendizagem e crescimento.

Observa-se que o sistema de Justiça pretende superar os novos obstáculos investindo em tecnologia, nos métodos consensuais de solução de litígios, em projetos de inovação, sustentabilidade e garantia dos direitos fundamentais.

Diante de tal contexto, este trabalho objetiva analisar as estratégias institucionais para investigar os desafios impostos ao sistema de Justiça e algumas das ações realizadas para o cumprimento dos objetivos delineados.

A pesquisa justifica-se ante a premente necessidade de aprimoramento contínuo do sistema de Justiça em prol da sociedade.

2 DIREITO, AÇÃO E JURISDIÇÃO

Nossa vida desenvolve-se em meio a um mundo de normas, estamos envoltos em uma rede de regras de conduta. Se observarmos o desenvolvimento da vida humana por meio da atividade educadora exercida pelos pais, pelos professores e assim por diante, verificamos que ele acontece sob a diretriz de regras de conduta. Analisando pelo ponto de vista normativo, pode-se considerar o Direito como um conjunto de normas ou regras de conduta. “A experiência jurídica é uma experiência normativa”. A experiência jurídica nos coloca em um universo de relações entre sujeitos humanos organizados

em sociedade por meio do uso de regras de conduta. A organização e a intersubjetividade são “condições necessárias para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é condição necessária e suficiente” (BOBBIO, 2007, p. 3-24).

Na doutrina de Martins, o Direito é um sistema de normas em que a lei consubstancia-se como veículo necessário para a existência da sociedade a partir do povo, território e poder, isto é, “como um Estado juridicamente organizado”. O termo jurídico vem da concepção moderna, que se inicia no Direito romano. Para os romanos, a palavra direito equivalia a *jus*, justiça (MARTINS, 2010, p. 81).

Para Reale, o Direito corresponde à exigência indeclinável e essencial de um convívio ordenado, porque nenhuma sociedade poderia existir sem um mínimo de ordem, solidariedade e direção. Por conseguinte, o Direito é um fenômeno ou fato social, com a característica de socialidade, a qualidade de ser social (REALE, 2002, p. 2).

Segundo Kelsen, considerado o principal teórico do positivismo jurídico, o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana”, isto é, “um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. O termo norma significa que algo deve ser ou acontecer, que um indivíduo deve manter sua conduta de determinada forma (KELSEN, 1998, p. 5).

Tendo como base os ensinamentos de Aristóteles, Nery afirma que o Direito é a ciência que visa preservar a igualdade, tendo como ideal a justiça, ou seja, o sistema jurídico objetiva atender aos ideais de justiça. Neste sentido, define o Direito como “a ciência que organiza a racionalidade discursiva para dispor de técnica (meio) a serviço de um fim: a justiça” (NERY, 2012).

Em seu livro *Filosofia do Direito*, Reale compreende o Direito como a atualização crescente da justiça, dos valores cuja realização possibilite a afirmação de cada ser humano conforme sua virtude pessoal. Realizar o Direito é efetivar os valores de convivência, da comunidade concebida de forma concreta, como uma “unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos” (REALE, 1991, p. 700-701).

Cavaliere Filho leciona que Direito e justiça são conceitos que se conectam a tal ponto de serem considerados uma única coisa pela consciência social. Enquanto a justiça é um sistema de valores inerentes ao ser humano que engloba a liberdade, a fraternidade, a igualdade, a dignidade, entre outros, o Direito consiste em invenção humana, fenômeno cultural e histórico entendido como técnica para realização da justiça e pacificação social (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 58).

Nessa perspectiva, o direito de ação surge como forma de buscar justiça, de efetivação dos valores de convivência de uma sociedade.

A ação é “a contrapartida natural da proibição da tutela privada”, é o instrumento que o particular passou a utilizar tendo em vista a eliminação da possibilidade da ‘justiça de mão própria’. O direito de ação a partir da promulgação das Constituições modernas, passou a ser pensado como o direito de acesso à justiça, indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que para a garantia da participação dos cidadãos na sociedade, é fundamental que o exercício do direito de ação não seja obstaculizado (MARINONI, 2012, p. 161-189).

O direito de acesso à justiça no Brasil começou a se tornar realidade a partir dos anos 80, um movimento concentrado, podendo-se destacar as seguintes legislações: (i) a Lei nº 6.938/1981 que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente e legitimou o Ministério Público para promover, no juízo cível, ação de responsabilidade civil por danos ambientais; (ii) a Lei nº 7.244/1984, criadora dos juizados de pequenas causas; (iii) a Lei nº 7.347/1985, que regulamentou a ação civil pública para proteger, naquele momento inicial, o consumidor, o meio ambiente, os bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, paisagístico e turístico; (iv) a Constituição Federal de 1988 que consagrou o primado da igualdade material, a criação de novos mecanismos destinados à defesa coletiva de direitos, o direito à assistência judiciária integral, a reestruturação do Ministério Público e definiu a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições essenciais à função jurisdicional estatal; (v) a Lei nº 7.913/1989 que dispôs a respeito da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; (vi) a Lei nº 8.069/1990 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente; (vii) a Lei nº 8.078/1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor; (viii) a Lei nº 9.099/1995, criadora dos juizados especiais cíveis e criminais; (ix) a Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, que disciplina a arbitragem, entre outras. O novo Código de Processo Civil procurou garantir as conquistas antigas e criou diversos outros mecanismos para otimizar a tutela jurisdicional (CARNEIRO, 2016).

Importante destacar também a inafastabilidade da jurisdição, equivalente essencial ao direito fundamental de acesso à justiça (CARNEIRO, 2016).

O direito de ação é direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição estabelece a existência de um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Ao reproduzir semelhante dispositivo, o artigo 3º do Código de Processo Civil funciona como uma cláusula de destaque. O direito à tutela jurisdicional é exercido por meio da propositura da ação. “A ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo” (MARINONI, ARENHART; MITIDIERO, 2018).

Nunes Júnior afirma que o dispositivo constitucional permite que qualquer pessoa tenha acesso ao Judiciário diante de lesão ou ameaça a direito, o que indica que a atuação jurisdicional poderá ser preventiva ou reparatória (NUNES JÚNIOR, 2018).

Em âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, determina que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, em texto semelhante ao da Carta da República. O §2º e o §3º do artigo impõem ao Estado a promoção da solução consensual de conflitos, por meio da conciliação, mediação e outros métodos, inclusive no curso do processo judicial.

A alteração de “apreciação do Poder Judiciário” (redação do texto constitucional) para “apreciação jurisdicional” (redação do Código de Processo Civil) tem o intuito de indicar que para as lesões ou ameaças a direito deverão ser dadas soluções de direito, mas não somente pelo Poder Judiciário, como também pelos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem (WAMBIER et al, 2016).

Para Bacellar, para que o sistema Judiciário possa cumprir a sua função com eficiência e em tempo razoável, as causas mais significativas que impõem o controle de legalidade nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos devem ser reservadas ao Poder Judiciário. Todas as demais questões relativas a conflitos de interesses, ruídos de comunicação, entre outras, podem encontrar melhor solução por outros métodos que não o mecanismo tradicional efetivado perante o Poder Judiciário (BACELLAR, 2016, p. 6).

Nesse sentido, lecionam Garcel, Netto e Kfourri Neto:

Com a expansão da globalização, a difusão da internet e diante de um panorama que estabelece a necessidade de prestações ágeis e eficazes, mudou também o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava, pura e simplesmente, o acesso de todas as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar, às partes, a solução mais satisfatória para seus conflitos (2019, p. 208).

A ação e a jurisdição são institutos basilares da Teoria Geral do Processo, por integrarem, em conjunto com o processo, os três pilares que alicerçam a relação processual jurídica (COÊLHO, 2019).

A jurisdição é a função predominantemente exercida pelo Estado que consiste na aplicação do direito aos conflitos que são submetidos à sua apreciação (WAMBIER et al, 2016).

As Constituições modernas exercem um papel relevante na modificação da realidade, pois são dotadas de normas superiores, justamente para vincular os poderes públicos no intuito de transformar o direito na direção da efetivação dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2020, p. 27-28).

A constitucionalização do Direito repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que respeitem limites e promovam os fins constitucionais. A constitucionalização consiste em obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil é exercida, difusamente por todos os magistrados e tribunais e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. A realização efetiva da supremacia constitucional abrange diferentes técnicas e possibilidade interpretativas (BARROSO, 2011, p. 388).

A jurisdição constitucional engloba toda a atividade jurisdicional que tenha por matéria de trato a aplicação e a interpretação da Constituição. Não se restringe somente ao controle da constitucionalidade das leis e não é exercida somente pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. A jurisdição constitucional abrange todos os órgãos do Poder Judiciário e congrega o conjunto das atribuições jurisdicionais no que diz respeito à efetividade e à salvaguarda das normas constitucionais (ZAVASCKI, 2017).

Na doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico.

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica admitir que o juiz não é mais um funcionário público burocrata que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais (2017, p. 107-108).

A conceituação do magistrado como um agente do poder que deve efetivar os princípios constitucionais pela adequada interpretação da lei traz à tona a ideia de processos estruturais, de decisões estruturais e do relevante papel do Judiciário na organização dos sistemas e na concretização de políticas públicas.

A Justiça contemporânea passou a ser cada vez mais demandada para a resolução de questões de grande complexidade, de natureza social, cultural,

ética, política e econômica. A sociedade brasileira passou a cobrar, cada vez mais, uma Justiça eficiente, pautada pela transparência (TOFFOLI; KIM, 2023, p. 102).

A tragédia da pandemia da COVID-19 impactou todos os setores da sociedade brasileira e testou a resiliência das instituições do sistema de Justiça, que precisaram elaborar ou rever estratégias para a superação dos desafios impostos pelo distanciamento social e pela crescente judicialização.

3 ESTRATÉGIA E PLANEJAMENTO PARA OS DESAFIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Planejar é conhecer e compreender os contextos interno e externo, saber o que se quer e como atingir objetivos, evitar possíveis ameaças, calcular riscos, preparar-se taticamente e buscar sinergias, ousar em relação às metas propostas e superar-se de maneira continuada e constante para oferecer resultados cada vez melhores (CHIAVENATO; SAPIRO, 2020).

A atividade de planejamento é complexa em virtude de sua natureza, por ser um processo contínuo de pensamento sobre o futuro, desenvolvido mediante o estabelecimento de estados futuros desejados e a avaliação de cursos de ação a serem percorridos (OLIVEIRA, 2008, p. 5).

O artigo 2º da Lei Maior estabelece que o Judiciário é um Poder da União, independente, e que atua em harmonia com os Poderes Executivo e Legislativo.

Para uma maior organização e harmonia do sistema de Justiça, o texto constitucional elenca as funções essenciais à justiça, órgãos públicos que não fazem parte do Poder Judiciário, mas que são imprescindíveis para a função jurisdicional do Estado: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e Privada.

Moraes e Mendonça entendem que o Poder Judiciário e o sistema de Justiça como um todo, no qual se incluem as funções essenciais à Justiça, vivenciam o desafio de dar respostas institucionais que contribuam para a estabilidade e o fortalecimento da democracia brasileira, diante da crescente e constante judicialização das relações políticas e sociais (MORAES; MENDONÇA, 2020, p. 23-24).

Os desafios e cursos de ação a serem percorridos pelo sistema de Justiça no pós-pandemia estão definidos no planejamento estratégico dos órgãos que o compõe, elaborados pela cúpula diretiva e administrativa de cada instituição.

Por meio do poder regulamentar constitucionalmente concedido, previsto no artigo 103-B, §4º, I, o Conselho Nacional de Justiça publicou em junho de 2020 a Resolução nº 325, que estabelece a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o ciclo 2021-2026 (CNJ, 2020).

A estratégia do Judiciário tem como componentes a missão (razão da existência), a visão (futuro pretendido), os valores, os macrodesafios e os indicadores de desempenho.

A missão é de realizar justiça, a visão é de ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e contribuir para a pacificação social e para o desenvolvimento do país e os atributos de valor são: acessibilidade, agilidade, eficiência, credibilidade, ética, imparcialidade, integridade, inovação, segurança jurídica, sustentabilidade, transparência e responsabilização.

Os macrodesafios são divididos em três perspectivas: (i) a perspectiva da sociedade abrange a garantia dos direitos fundamentais e o fortalecimento da relação institucional com a sociedade; (ii) a perspectiva de processos internos é subdividida em produtividade e agilidade na prestação jurisdicional; enfrentamento à improbidade administrativa, à corrupção e aos ilícitos eleitorais; consolidação do sistema referente aos precedentes obrigatórios; prevenção dos litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos; aprimoramento da gestão da justiça criminal; promoção da sustentabilidade e aperfeiçoamento da gestão administrativa e da governança judiciária; (iii) a perspectiva do aprendizado e do crescimento que engloba a melhoria da gestão de pessoas, da gestão financeira e orçamentária e o fortalecimento da estratégia nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação e de proteção de dados.

Os indicadores de desempenho referem-se a cada desafio delineado e são importantes como ferramentas de avaliação e monitoramento em busca do cumprimento dos objetivos.

Para Xisto Pereira, os desafios do sistema de Justiça impõem à Administração Pública um olhar diferenciado, notadamente no tocante a gerir as instituições com escassez de recursos. A Justiça tem uma alta carga de trabalho e deve ter uma atuação focada na inovação, na tecnologia da informação, na gestão de pessoas, na gestão de precedentes judiciais e na equalização da força de trabalho em primeiro e segundo grau de jurisdição (2021).

Em participação no Fórum de Justiça do BRICS (grupo de países composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a Ministra Rosa Weber explicou que o alto nível de processos judiciais no Brasil gera crescentes necessidades no tocante à estrutura e recursos ao Poder Judiciário e que as demandas devem ser solucionadas por meio da utilização de recursos tecnológicos e pela resolução alternativa dos conflitos. Acrescentou o papel fundamental do Conselho Nacional de Justiça na instituição de políticas judiciárias em caráter nacional, elaboração de estatísticas e bases de dados para a produção de pesquisas nacionais (2022).

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público foi elaborado para o decênio 2020-2029. A missão, definida como a razão de ser da instituição, é a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante o disposto no artigo 127 do texto constitucional. A visão, conceituada como o futuro almejado, é a de

ser uma instituição com atuação resolutiva na defesa da sociedade, no combate à criminalidade e à corrupção e na garantia da implementação de políticas públicas. Para a definição dos valores institucionais foi realizado um processo de votação e os cinco valores mais representativos escolhidos foram: resolutividade, transparência, proatividade, inovação e cooperação (CNMP, 2019).

De forma semelhante ao estabelecido pelo Poder Judiciário, o mapa estratégico nacional do Ministério Público foi proposto em três perspectivas: resultados para a sociedade, processos integradores e aprendizado e crescimento. Os resultados para a sociedade são aperfeiçoar a atividade de inteligência e investigativa do Ministério Público, aprimorar a efetividade da persecução penal e cível, assegurando direitos e garantias a acusados e vítimas, a consolidação da atuação ministerial integrada e o estímulo a articulação interinstitucional. Os processos integradores são definidos em disseminar práticas de gestão e governança, em todos os níveis, voltadas para resultados. A perspectiva de aprendizado e crescimento demonstra a prioridade de estabelecimento de uma gestão administrativa padronizada e compartilhada, de fortalecer a imagem institucional e os processos de comunicação e de assegurar a disponibilidade e a aplicação eficiente dos recursos financeiros e orçamentários (CNMP, 2019).

Em março de 2023 foi instituída a Estratégia Nacional do Ministério Público Digital (MP Digital) pela Resolução nº 257/2013, tendo como objetivo o estabelecimento de diretrizes de governança e gestão que impulsionem estratégias de inovação e evolução digital (CNMP, 2023).

O advogado é indispensável à administração da justiça e, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social, nos termos do artigo 133 da Constituição e do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. É defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais e deve contribuir para o aprimoramento do Direito, das leis e das instituições (artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil).

A Advocacia Pública em âmbito constitucional está estipulada nos artigos 131 e 132 do Texto Maior compreendendo a Advocacia-Geral da União, que é responsável pelas atividades de assessoramento jurídico e consultoria do Poder Executivo da União, e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil prevê em seu artigo 9º que exercem a advocacia pública os membros da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias e fundações públicas.

O Planejamento Estratégico do ciclo 2020-2023 da Advocacia-Geral da União contempla a missão de promover a proteção jurídica do Estado

brasileiro em prol da sociedade, a visão de futuro de ser reconhecida como função essencial à Justiça que promove soluções efetivas, seguras e inovadoras para o Estado brasileiro, e também elenca os valores da atuação da instituição: eficiência, integridade, inovação, interesse público, integração, uniformidade da atuação, comprometimento, independência técnica, transparência e sustentabilidade. A estratégia da Advocacia-Geral da União é baseada nas seguintes perspectivas: Estado brasileiro, resultados institucionais, governança e inovação (AGU, 2020).

À Defensoria-Pública incumbe a promoção dos direitos humanos, a orientação jurídica e a defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (artigo 134 da Constituição Federal). No que tange ao planejamento estratégico da Defensoria Pública da União, as perspectivas da sociedade, processos, pessoas e financeira são orientadas para o resultado de contribuir para a defesa das pessoas necessitadas e vulneráveis e contribuir para a desjudicialização. A missão institucional é de democratização do acesso à justiça e de defesa dos direitos dos necessitados de forma integral e gratuita a fim de promover a dignidade humana; a visão de futuro é a consolidação como instituição eficiente na defesa dos direitos dos necessitados, firmando-se como instrumento de transformação social e priorizando a atuação extrajudicial (DPU, 2019).

O planejamento e a estratégia podem ser considerados os instrumentos primeiros para que as instituições públicas e privadas estipulem uma agenda positiva voltada a realização dos direitos constitucionais na esfera social.

4 AÇÕES INSTITUCIONAIS PARA O APRIMORAMENTO DO DIREITO NO PÓS- PANDEMIA

O distanciamento social e as consequências advindas da pandemia da COVID-19 ocasionaram mudanças drásticas e transformaram a vida em sociedade. No sistema de Justiça brasileiro não foi diferente. As instituições tiveram que se adaptar rapidamente à nova realidade e acelerar projetos inovadores, que iniciaram no período de crise sanitária e que, em muitos casos, se estenderam até os dias atuais.

A Justiça não parou no decorrer do período de pandemia. Em diversos tribunais verificou-se o incremento na produtividade dos magistrados e servidores. Em sistema de trabalho remoto, conectado às novas formas virtuais de comunicação e transmissão de dados, permitiu-se a continuidade do trabalho e o atendimento em tempo real dos advogados e das partes (FIGUEIRA; FREITAS, 2022, p. 78).

O Relatório Justiça em Números 2022 (ano base 2021) do Conselho Nacional de Justiça, destaca que o ano de 2021 foi o período de consolidação

dos fluxos de modernização e de inovação que permeou o trabalho do Judiciário no período pós-pandemia, com o uso de programas e iniciativas que aceleraram os métodos de trabalho. Foram julgados vinte e sete milhões de processos em 2021, com um aumento de 2,7 milhões de casos (11,3%) em relação a 2020. No que se refere à utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, foram proferidas 3.114.462 (três milhões, cento e catorze mil, quatrocentas e sessenta e duas) sentenças homologatórias de acordo em 2021 (CNJ, 2022).

Os novos métodos de trabalho implementados podem ser facilmente visualizados no que diz respeito ao direito de acesso à justiça, diante da transformação digital para garantir a ininterruptibilidade da jurisdição.

Keppen destaca o movimento da digitalização da Justiça e as resoluções elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça, como por exemplo a Resolução nº 345/2020, que preceitua sobre o Juízo 100% Digital e autoriza a criação de unidades judiciárias cujos atos processuais são praticados integralmente por meio remoto e eletrônico, a Resolução nº 372/2021 que dispõe sobre a plataforma intitulada Balcão Virtual que reproduz de forma virtual o balcão de atendimento das secretarias judiciárias para atendimento ao público, a Resolução nº 385/2021, que autoriza os Tribunais a criarem os chamados Núcleos de Justiça 4.0, núcleos jurisdicionais especializados em razão de uma matéria e com competência sobre uma região territorial nos limites da jurisdição do tribunal, entre outras ações inovadoras que, em alguns casos, surgiram como resposta aos problemas conjunturais da pandemia, e que se estabeleceram como mecanismos permanentes de acesso à justiça (2021).

Martins e Freitas lecionam que a tecnologia pode tornar mais eficaz a utilização dos recursos humanos. A ampla utilização da tecnologia proporcionará a qualificação da atuação humana, que deixará de ser utilizada para atividades repetitivas para passar a atuar em tarefas que requerem sensibilidade, inventividade e capacidade de descobrir novas soluções (MARTINS; FREITAS, 2022, p. 382).

Para Netto, Guilherme e Garcel, os laboratórios de inovação passaram a ser um departamento obrigatório nos tribunais, tanto em âmbito digital como na implementação de espaços físicos para a realização das práticas inovadoras. A ideia é baseada no que já existe em universidades e em grandes empresas de âmbito global, em que o trabalho desenvolvido nos laboratórios rende grandes frutos para a sociedade (2020, p. 163).

Fux entende que, se a digitalização dos serviços judiciários era algo desejado, a insondável pandemia obrigou a aceleração da digitalização da Justiça. A Suprema Corte brasileira tornou-se a primeira Corte Constitucional Digital do mundo e foi criado o Laboratório de Inovação do STF (InovaSTF),

diante da remodelação da gestão de tecnologias da informação do Tribunal (FUX, 2022, p. 31).

Dentre os diversos programas e ações concretizadas pelos tribunais em solo brasileiro, cumpre ressaltar o projeto Justiça Cidadã, iniciativa de inclusão digital do Tribunal de Justiça de Roraima, que levou postos avançados do Poder Judiciário para áreas indígenas e para municípios que não são sedes de Comarca, em consonância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (TJRR, 2022).

Impende destacar importante projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, realizado durante o período de distanciamento social, de repasse de verbas oriundas do cumprimento da pena de prestação pecuniária, suspensão condicional do processo e transação penal nas ações criminais, para a priorização da aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia. Foram repassados, até 04.2020, mais de 22 milhões de reais pelo Poder Judiciário Paranaense (TJPR, 2020). Em consulta ao painel de *business intelligence* (inteligência de negócios) do Conselho Nacional de Justiça que demonstra a produtividade semanal do Poder Judiciário no regime de teletrabalho em razão do COVID-19, o Tribunal de Justiça paranaense repassou mais de 129 milhões de reais para o combate à pandemia e o Poder Judiciário como um todo aproximadamente 1 bilhão de reais (CNJ, 2021).

O Conselho Nacional do Ministério Público conta com uma plataforma intitulada Banco Nacional de Projetos, com 106 programas cadastrados e 1.882 ações cadastradas, vinculadas ao planejamento estratégico da instituição (CNMP, 2023). O Programa Banco Nacional de Peças, vinculado ao objetivo estratégico de prover soluções tecnológicas inovadoras e integradas, foi desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Amapá com o objetivo de consolidar modelos de peças, inicialmente na esfera criminal, para facilitar a integração de estratégias, doutrinas e jurisprudências utilizadas pelos membros, em prol da eficiência institucional. (CNMP, 2022). O projeto intitulado Busca Ativa Escolar e Recuperação de Aprendizagens no contexto da pandemia da COVID-19 foi implementado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, em parceria com diversas outras instituições, com o objetivo de atenuar os índices de evasão escolar elevados em decorrência da COVID-19 e fortalecer ações e políticas públicas nas áreas de educação, saúde e assistência social (CNMP, 2023).

A Ordem dos Advogados do Brasil Nacional está desenvolvendo um aplicativo de geolocalização dos espaços, sedes, parlatórios e salas da entidade para facilitar o acesso dos serviços oferecidos pela instituição, notadamente no interior do país. Está em andamento o Plano Nacional de Interiorização da OAB que tem se efetivado com ações em todo o país (OAB, 2023). Há mais

de vinte anos a OAB Paraná realiza o Projeto OAB Cidadania que tem como meta prover assistência a réus que não possuem condição financeira de contratar um advogado, projeto de relevante alcance social, que concretiza o direito de acesso à justiça (OAB/PR, 2018).

No âmbito da Advocacia Pública, a Advocacia-Geral da União elaborou um mapa de projetos estratégicos da AGU para o controle das ações que são realizadas. Entre eles, chama a atenção a iniciativa de gestão de processos judiciais para uma atuação estratégica, com a criação de painéis de *business intelligence* para o gerenciamento dos assuntos e informações sobre os riscos e impactos das políticas públicas, visando eficiência e redução da litigiosidade. Outra iniciativa aliada à tecnologia é a intitulada Sapiens 2.0, para o uso de inteligência artificial no apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de fluxos processuais e administrativos (AGU, 2020).

A Defensoria Pública da União atendeu aproximadamente dez mil pessoas em 2021 no projeto itinerante denominado DPU para Todos, com o propósito de levar assistência jurídica gratuita à população de baixa renda e garantir o acesso à justiça. Entre as pessoas atendidas, destacaram-se as iniciativas voltadas aos idosos, pessoas com deficiência, pessoas afetadas pela pandemia e ações voltadas à defesa da mulher (DPU).

O progresso depende da capacidade do Estado e da sociedade em complementar a lei, ao fazer cumprir um programa que se inicia juridicamente, mas que se realiza no social (SIERRA, 2002, p. 182-191).

O contemporâneo desafio pandêmico robusteceu a ideia de uma Justiça que não está atrelada a uma sede física. Houve uma verdadeira revolução na forma de trabalhar o processo judicial, com uma revisão de rotinas e práticas tradicionais que impactaram juízes, promotores, advogados, defensores e servidores (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2022, p. 47).

Aceleraram-se os tempos e foram superadas resistências à mudança. Os desafios desse novo mundo interconectado e digital requerem a capacidade de gestão redobrada e a lógica do trabalho em equipe, com dinamismo, agilidade e flexibilidade, sem perder de vista as exigências de segurança no tratamento das informações (TOFFOLI, 2022, p. 74-75).

A adoção da tecnologia foi um passo enorme no serviço Judiciário, porém, jamais poderá significar uma ruptura com o compromisso da humanização e da atenção plena aos direitos humanos e aos direitos fundamentais (ANDRIGHI, 2022, p. 164).

Há uma conformidade nas relações sociais e na atuação do ser humano para não deixar de reconhecer o direito de outrem, como pode se verificar, a título de exemplo, no direito do consumidor, no direito das crianças e dos adolescentes e, mais especificamente, quanto ao pagamento de honorários de sucumbência.

O diagnóstico apresentado revela que, apesar dos avanços, ainda há um problema relacionado ao acesso à justiça e principalmente à morosidade, questão inerente ao sistema de Justiça mundial.

O alto acervo de processos no Poder Judiciário brasileiro, que ao final de 2021 totalizava 77,3 milhões (CNJ, 2022, p. 104), só pode ser reduzido com investimento em inovação, em gestão, em tecnologia, informação, métodos extrajudiciais de solução de conflitos e políticas públicas judiciárias.

Inovação focada em tecnologia, em projetos e também na modernização dos fluxos de trabalho para uma maior eficiência e celeridade na prestação jurisdicional.

O acesso à justiça, ainda que facilitado pelos serviços públicos, carece de necessidade de informação, principalmente no que se refere à procura de outros meios de resolução dos conflitos, de forma a aumentar a autonomia das pessoas, incentivar o diálogo e dessobrecarregar o Judiciário.

O sistema de Justiça deve servir também como fonte de informação, por meio da transparência e da disponibilização de dados estatísticos confiáveis que revelem os problemas sistêmicos da sociedade, para o estabelecimento de rumos de atuação. A utilização de sistemas de *business intelligence* e de inteligência artificial nessa seara é primordial, é um caminho sem volta, tendo em vista o estado da arte da utilização da tecnologia na Administração Pública e o pioneirismo digital do sistema judiciário brasileiro.

A gestão por competência e o gerenciamento de fluxos de trabalho são questões a serem aprimoradas pelos órgãos públicos de forma a desenvolver as habilidades dos colaboradores, mapear processos, atribuir responsabilidades e obter maior produtividade no ambiente de trabalho.

Na seara da informática e da tecnologia da informação, da mesma forma que ocorre atualmente com os sistemas judiciais (PJe, Projudi), o ideal é o desenvolvimento de um sistema para a área administrativa dos tribunais, de utilização em âmbito nacional, de forma a aferir a produtividade, atribuir responsabilidades e criar fluxos de trabalho em âmbito administrativo, inclusive com o uso das ferramentas de *business intelligence* existentes, evitando uma série de sistemas de informática que, em muitos casos, não se comunicam.

O mundo moderno trouxe a necessidade do *compliance*, a ser implementado de forma a não emperrar a estrutura agigantada do sistema de Justiça.

Os planos de gestão dos tribunais devem ser feitos a longo prazo e em alinhamento ao planejamento estratégico, que é elaborado para um ciclo de seis anos, evitando o refazimento de uma estrutura já iniciada e a reavaliação prematura dos caminhos a serem seguidos. Ademais, os órgãos judiciais devem ter autonomia suficiente para horizontalizar a gestão, a fim de evitar a centralização de atividades e a tomada de decisão somente pela cúpula diretiva.

A efetivação de projetos e programas sociais em áreas específicas deve ser incentivada. Além das ações já mencionadas, cita-se o Programa Moradia Legal, implementado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2020, com o objetivo de regularização fundiária e de garantir ao cidadão o direito à moradia com a entrega da documentação referente ao seu imóvel. O programa foi realizado pela integração entre o Poder Judiciário, Executivo e o Ministério Público do Paraná (TJPR, 2022), para suprir as necessidades da Lei de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/2017, REURB) e amenizar este problema sistêmico que afeta a população.

A regularização fundiária reflete em benefícios para a Administração Pública, para o meio ambiente e, por conseguinte, para toda a sociedade. É forma definitiva de atender à função social da propriedade, de estancar a proliferação de novas ocupações irregulares e de propiciar o cadastramento correto dos imóveis nos municípios (CALIXTO, 2016, p. 234-235).

Nessa perspectiva, a integração entre as instituições é essencial para aprimorar os serviços oferecidos e a gestão dos recursos públicos. Como exemplo, no Estado do Paraná está sendo desenvolvido um projeto que abrange a cooperação entre o Tribunal de Justiça, o Ministério Público do Paraná, o Poder Executivo estadual, a Procuradoria da República no Paraná e a Justiça Federal- Seção Judiciária do Paraná, para a criação de um sistema de *business intelligence* que aprimore as estatísticas referentes ao Direito à saúde, com dados de ofertas de procedimentos, disponibilização de insumos, dispensação de medicamentos, processos judiciais, entre outras informações, para o atendimento das demandas judiciais de saúde em âmbito estadual.

Em conclusão, os desafios do sistema de Justiça no pós-pandemia estão registrados no planejamento das instituições analisadas, nas perspectivas de sociedade, modernização dos processos, gestão e aprendizado. A alta carga de processos judicializados impõe a adoção de iniciativas voltadas à garantia dos direitos humanos, ao uso de métodos adequados de soluções de conflitos e à modernização de procedimentos e de mecanismos de trabalho para o aprimoramento do Direito.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, como resposta à pesquisa conclui-se que as estratégias das instituições integrantes do sistema de Justiça revelam os rumos a serem seguidos para a superação dos desafios originados pela pandemia da COVID-19. A crise sanitária global alterou os fluxos de trabalho e acelerou a efetivação de ações inovadoras para garantir direitos, como o direito de acesso à justiça.

O Direito é a ciência que objetiva a realização da justiça compreendida como um conjunto de valores inerentes ao ser humano, que abrange

a equidade, a dignidade e o respeito. O direito de ação surge como uma forma de buscar justiça, predominantemente por meio do Poder Judiciário que deve aplicar o Direito em uma jurisdição constitucional.

O magistrado visto como um agente do poder deve efetivar os princípios constitucionais pela adequada interpretação da lei, de modo que as decisões judiciais detêm papel relevante na organização dos sistemas e na concretização de políticas públicas.

Planejamento e estratégia devem ser considerados mecanismos para que as instituições públicas e privadas definam uma agenda positiva voltada a efetivação dos direitos constitucionais.

Observa-se que a pandemia da COVID-19 obrigou o sistema de Justiça a rever estratégias para a superação dos novos desafios, como o distanciamento social e a crescente judicialização. Os planejamentos institucionais são divididos em perspectivas de atuação junto à sociedade, modernização de processos, gestão e aprendizagem.

A pandemia alterou as relações sociais e conseqüentemente a forma de trabalho dos órgãos integrantes do sistema de Justiça, que aceleraram a modernização de procedimentos e a criação de projetos alinhados ao plano institucional para a garantia dos direitos, com a utilização da tecnologia, de métodos adequados de solução de conflitos e da inovação.

Por arremate, tem-se que a pandemia testou a resiliência do sistema de Justiça e impôs a concretização de novos projetos e mecanismos, dotados de aprimoramento contínuo e de possibilidade de expansão, para o cumprimento dos fundamentos do Direito, do direito de ação e da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A ferramenta inteligência artificial: sustentabilidade tecnológica e popularização dos conhecimentos dos limites de implantação.** In: O Poder Judiciário e o Direito na atualidade: estudos em homenagem aos 200 anos de Independência do Brasil. Coordenador Humberto Martins. Londrina, PR: Thoth, 2022.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. **Justiça 4.0: a transformação tecnológica do Poder Judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022.** In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BACELLAR, Roberto Portugal. Integração de competências e mudança de cultura para o desempenho das atividades de conciliador e mediador. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRATA, Valeria Ferioli, (coords). **Conciliação e Mediação ensino em construção.** 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito.** Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Planejamento Estratégico 2020-2023.** Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2020-2023>. Acesso em: 30 maio 2023.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Planejamento Estratégico AGU Ciclo 2020-23. Estruturação da carteira de projetos estratégicos.** Departamento de Gestão Estratégica. Novembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca/transparencia-e-prestacao-de-contas/mapas-dos-projetos.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Normativos. Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020. **Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências.** DJE/CNJ nº 201, de 30 de junho de 2020, p. 2-10. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 30 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Produtividade Semanal do Poder Judiciário Regime de teletrabalho em razão do COVID-19.** Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Banco Nacional de Projetos. Banco Nacional de Peças.** Disponível em: <https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/Detalhe?idProjeto=3530>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Banco Nacional de Projetos. Busca Ativa Escolar e Recuperação de Aprendizagens no contexto da pandemia da COVID-19.** Disponível em: <https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/Detalhe?idProjeto=3628>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Banco Nacional de Projetos.** Disponível em: <https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/novoBanco>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Planejamento Estratégico Nacional: Ministério Público 2020/2029.** Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/>

portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Final-LivretoCNMP-PlanejamentoEstrategico.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 257, de 14 de março de 2023. **Dispõe sobre a criação da Estratégia Nacional do Ministério Público Digital.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-257-2023.pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Último acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Plano Estratégico DPU 2040.** Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/stories/transparencia/Acoes_programas/Plano_estrategico_dpu2040_final.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Projeto DPU para Todos atende perto de 10 mil pessoas em 2021.** Disponível em: <https://direitoshumanos.dpu.def.br/projeto-dpu-para-todos-atende-perto-de-10-mil-pessoas-em-2021-24770/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de julho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Último acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil Nacional. Normas. **Código de Ética e Disciplina da OAB.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirePDF?Livroid=0000004085>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil Nacional. Normas. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirePDF?Livroid=0000004095>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil Nacional. **Plano Nacional de Interiorização avança com inaugurações e projetos.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/60811/plano-nacional-de-interiorizacao-avanca-com-inauguracoes-e-projetos>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. **OAB Cidadania: 20 anos promovendo acesso à justiça.** Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/oab-cidadania-20-anos-promovendo-acesso-a-justica/#>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Justiça Cidadã – Projeto do TJRR é referência nacional para iniciativas de inclusão digital.** Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/16061-justica-cidada-projeto-do-tjrr-e-referencia-nacional-para-iniciativas-de-inclusao-digital>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **COVID-19: entre os tribunais estaduais, TJPR lidera o repasse de recursos para combater a pandemia.** Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/covid-19-entre-os-tribunais-estaduais-tjpr-lidera-o-repasse-de-recursos-para-combater-a-pandemia/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Programa Moradia Legal é tema de reunião do TJPR com lideranças comunitárias.** Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/programa-moradia-legal-e-tema-de-reuniao-do-tjpr-com-liderancas-comunitarias/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jzB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 22 jun. 2023.

CALIXTO, Abraham Lincoln Merheb. Proposta de Projeto para Regularização de Imóveis Irregulares (ou fundiária) – Titulação de moradias informais no Estado do Paraná. **Revista**

- Judiciária do Paraná.** Associação dos Magistrados do Paraná - AMAPAR. Curitiba, Ano XI, n. 12, p. 225-235, nov. 2016.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Capítulo I. Das normas fundamentais do processo civil. *In: Breves comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico].* 2. ed. rev. e atual. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno/ coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. **Revista da EMERJ,** Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 26 maio 2023.
- CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão. **Planejamento Estratégico: da intenção aos resultados.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Artigos 16, 17 e 18 do CPC – Ação e jurisdição.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/302550/artigos-16--17-e-18-do-cpc---acao-e-jurisdicao>. Acesso em: 29 maio 2023.
- FIGUEIRA, Henrique Carlos de Andrade; FREITAS, Daniela Bandeira de. O Gabinete Virtual do Juiz. *In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/* Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- FUX, Luiz. Prefácio. *In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/* Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- GARCEL, Adriane; NETTO, José Laurindo de Souza; KFOURI NETO, Miguel. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos. **Revista DIREITO UFMS.** Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 207-225, jul/dez 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9677>. Acesso em: 29 maio 2023.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. **Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen fala à AMAPAR sobre a experiência como conselheiro do CNJ.** Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR. Disponível em: <https://www.amapar.com.br/noticia-rss/item/desembargador-luiz-fernando-tomasi-keppen-fala-%C3%A0-amapar-sobre-a-experi%C3%A0ncia-como-conselheiro-do-cnj.html>. Acesso em: 31 maio 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico].** 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** Volume 1. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS, Humberto; FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Perspectivas para o futuro da magistratura: a tecnologia como ponte entre o Judiciário e a cidadania. *In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/* Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Apresentação. *In: Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo*

- Tribunal Federal/Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça (Coord.).** Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado.** 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NETTO, José Laurindo de Souza; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário paranaense. **Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça.** Brasília, v. 4, n. 2, p. 153-166, jul./dez. 2020.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional [livro eletrônico].** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Planejamento estratégico: conceitos, metodologia e práticas.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SIERRA, Vânia Morales. Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. A inscrição de quadros participativos na política para criança e adolescentes. **Civitas, Revista de Ciências Sociais.** Ano 2, n.1, junho 2002.
- TOFFOLI, José Antonio Dias. **Inovação Tecnológica na gestão do sistema de Justiça.** In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- TOFFOLI, José Antonio Dias; KIM, Richard Pae. Políticas judiciárias transparentes, eficientes e responsáveis. **Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça.** Brasília, v. 7, n. 1., p. 99-108, jan./jun. 2023.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]: artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- WEBER, Rosa Maria Pires. **Ministra Rosa Weber apresenta em Plenário conclusões do Fórum de Justiça do BRICS.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494493&ori=1>. Acesso em: 30 maio 2023.
- XISTO PEREIRA, Adalberto Jorge. Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Ciclo de Palestras 2021. **Desafios do Sistema de Justiça.** Curitiba: Escola da Magistratura do Paraná, 2021. 1 vídeo (1h 42 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KrlSyfp-mm8&t=5497s>. Acesso em: 30 maio 2023.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional [livro eletrônico].** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

A PROTEÇÃO INEFICIENTE DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM RAZÃO DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/21

Luís Mauro Lindenmeyer Eche³

RESUMO

As alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, no tocante à Lei de Improbidade Administrativa, alteraram sensivelmente o trato da improbidade administrativa. Condutas antes consideradas ímprobas deixaram de ser penalizadas pela lei. Foram instituídos ferramentas e mecanismos para dificultar o combate à corrupção administrativa, tornando ainda mais dificultosa a punição dos infratores. Em assim agindo, o Poder Legislativo e o Poder Executivo incidiram em retrocesso social, afora terem violado o princípio da proibição da proteção deficiente uma vez que a moralidade administrativa se constitui em direito fundamental.

Palavras-chave: moralidade; retrocesso social; proteção deficiente; direito fundamental; tratados internacionais.

INTRODUÇÃO

A moralidade administrativa se trata de um direito fundamental caro e absolutamente relevante para qualquer país que pretenda garantir a promoção dos direitos sociais de seus cidadãos. O custo social decorrente da corrupção administrativa é elevado porque impacta diretamente o implemento de políticas sociais que visam reduzir o abismo existente entre as classes sociais. Ou seja, é um instrumento para a concretude da própria igualdade.

No Brasil, a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) tinha por escopo a tutela do patrimônio público, inibindo e reprimindo os agentes que praticavam condutas ímprobas. Tamanha a relevância do instrumento que ele permanece vigente há mais de trinta anos, prestando relevantes serviços à sociedade brasileira, sem que ele tivesse experimentado grandes alterações. Porém, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sob a bandeira do combate à corrupção, promoverem importantes e nefastas alterações na LIA, por meio da Lei n. 14.230/21, desfigurando quase que por

³ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Colaborador/estudante da UNICURITIBA, desde 2021. Atividades exercidas na UNICURITIBA: pesquisa e desenvolvimento no grupo de pesquisa Lei de Improbidade Administrativa. Linhas de pesquisa: Atividade Empresarial e Constituição: Inclusão e Sustentabilidade. LATTES: 9033517005345025 ORCID: 0000-0002-2040-1050 E-mail: lmle@tjpr.jus.br

completo o diploma. De norma com viés protetivo do patrimônio público, pretendeu-se criar um diploma de proteção do próprio agente ímprobo.

Importam ao presente artigo as alterações realizadas no art. 11, que tinha por desiderato a tutela dos princípios regentes da administração pública. Tal foi o grau de alteração que se reduziu o artigo antes responsável pelo maior número de condenações de agentes ímprobos, a meras dez hipóteses de difícil ocorrência na praxe forense.

Todas essas alterações acabam por desnaturar a própria função da LIA e colocam em enorme risco a proteção eficiente da moralidade administrativa como direito fundamental, como tentará se comprovar nos capítulos que seguem.

1 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA⁴ COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O conceito de moralidade encontra-se impregnada por uma carga ético-moral que antecede ao próprio direito positivo. Aqui interessa o conceito de moralidade qualificado pelo designo público, ou a moralidade administrativa.

O início da sistematização do instituto remonta ao começo do século XX, quando Maurice Hauriou concluiu que a ideia de moralidade administrativa estava umbilicalmente vinculada ao instituto do desvio de poder ou de finalidade. Daí porque a moralidade administrativa decorreria de um conjunto de *regras de conduta tiradas da disciplina interior do Administração*.⁵ E essas regras de conduta, antes de subjetivismos, permitiriam um controle objetivo da atuação do agente público, obrigando-lhe não apenas a atuar dentro das balizas da legalidade, mas com fiel atenção à finalidade do ato, que deveria, obrigatoriamente, atender ao interesse coletivo. Como esclarece o doutor Leonardo Simchen Trevisan, citando Hauriou e Giacomuzzi:

No pensamento de Hauriou, a moralidade administrativa permitiria o controle jurisdicional da finalidade do ato, ultrapassando-se, com isso, o mero controle da legalidade, que, à época, em face das suas limitações, não poderia adentrar a esfera da discricionariedade do administrador. (GIACOMUZZI, 2002, p. 49-50). Hauriou concebe, ainda, essa moralidade como uma “moralidade objetiva”, ou seja, a ideia de que a Administração

⁴ Para fins do presente estudo, moralidade e probidade serão tidos como expressões equivalentes, na linha do defendido pelos professores José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.088-1089) e Maria Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 901).

⁵ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10. ed. Paris: Sirey, 1921, p. 424, Apud. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 87.

Pública deve cumprir uma determinada função, podendo ver declarados, pelo Conselho de Estado, como ilícitos os seus atos cujos motivos não sejam compatíveis com a finalidade geral da função administrativa. Essa moralidade objetiva constitui o ponto central da ideia de “boa administração”, que, segundo Hauriou, corresponderia à boa-fé do direito civil alemão. (GIACOMUZZI, 2002, p. 68). As noções de “boa administração” e “moralidade administrativa” surgem, assim, como elementos objetivos que permitiriam o controle dos elementos subjetivos da atuação do administrador. (GIACOMUZZI, 2002, p. 82). A moralidade administrativa, como concebida por Hauriou, é uma “moralidade objetiva”, ou seja, uma moralidade própria da Administração Pública, “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 84)⁶

São a partir dessas ideias de moralidade como conceito de norma de conduta visando a “boa administração” que surge a moralidade administrativa como instituto próprio e delimitado, entendida como uma moralidade objetiva destinada a sindicalizar os atos dos agentes públicos quando do trato com a *res publica*.

No Brasil, a incorporação do instituto se vê antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, conforme se observa da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), em seu art. 2º, alíneas “d” e “e”.⁷ Todavia, é certo que o instituto ganhou destaque com a Constituição Cidadã.

A partir da Constituição de 1988 a moralidade administrativa foi incorporada como (i) princípio norteador da atuação da administração pública e como (ii) direito fundamental.

No aspecto principiológico, sustenta Hely Lopes Meirelles que

a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo

⁶ **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 16, n. 34, p. 30-64, jun.-nov. 2021, p. 33, acessado em 30/10/21, às 09h49min, no endereço eletrônico <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/150/73>.

⁷ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.⁸

Mariano Pazzaglini Filho agrega o seguinte ao conceito de moralidade pública:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nesta pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.⁹

Tal definição é compartilhada pelos doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, José Afonso da Silva¹¹ entre outros tantos.¹²

Já, no tocante à natureza de direito fundamental da moralidade administrativa, ainda que haja resistência de parte da doutrina em reconhecê-lo como tal, cuida-se de dificuldade aparente e de fácil superação.

Primeiro, porque a moralidade administrativa, já em 1789, foi incorporada como direito natural do homem pela Declaração dos Direitos

⁸ Ob. cit., p. 87-88.

⁹ **Lei de improbidade administrativa comentada. 3. ed.** Jurídico Atlas, 2000, p. 28.

¹⁰ **Curso de direito administrativo. 29. ed.** São Paulo: Malheiros, 2012, p. 123.

¹¹ **Curso de Direito Constitucional Positivo. 16.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 648.

¹² Porém, merece destaque o fato de que a separação entre moralidade comum e jurídica não é pacífica na doutrina. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo, 26. ed.** p.79), Juarez Freitas (**O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 4. ed.** p. 89-90), José Guilherme Giacomuzzi (**A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**, p. 167-169) dentre outros advogam que a moralidade administrativa envolve tanto a moralidade comum como a jurídica. Segundo Giacomuzzi “Daí que não vejo razão em continuar-se invocando a lição de que a ‘moralidade administrativa não se confunde com a moral comum’, ou mesmo de que a moralidade administrativa se consubstancia ‘no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. Dizer isso é dizer pouco, em palavras, e nada, em significado. Invocar tais ‘máximas’ é esvaziar, em conteúdo, o discurso jurídico racional, lembrando-se de que num tal discurso se apoia a legitimidade do Direito” (p. 173).

do Homem e do Cidadão. Como assentaram, à época, os representantes do povo Francês:

tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (Preâmbulo).

Nos artigos 12^o¹³ e 15^o¹⁴ da Declaração, restou previsto o direito natural do homem de exigir dos agentes públicos a prestação de contas de suas atividades e que o exercício do *munus publico* se desse no interesse da coletividade, desprezando a atuação em proveito pessoal. Isto é, o direito à moralidade pública foi alçado a direito ancestral, emanado da própria natureza humana, independentemente da própria instituição do poder civil.

Segundo a moralidade pública ascendeu à condição de direito fundamental com o próprio desenvolvimento daquilo que se denominou direitos de terceira dimensão. A partir de 1960, com a superação do olhar individualista do homem, valores humanistas como a fraternidade e solidariedade ganharam protagonismo, fazendo com que se reconhecesse a existência de direitos voltados à proteção ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.¹⁵

Terceiro, o direito fundamental à probidade administrativa decorre, na Constituição Federal de 1988, como bem destaca Roberto Lima Santos¹⁶, (i) do princípio republicano (art. 1^o, *caput*); (ii) do princípio democrático

¹³ **Art. 12^o.** A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

¹⁴ **Art. 15^o.** A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 363-364.

¹⁶ No artigo **Direito Fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção**, publicado em 30/10/2012, acessado no endereço eletrônico https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html, no dia 03/04/2023, às 16h25min.

(art. 1º, par. único); (iii) de seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); (iv) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); (v) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e (vi) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Ora, a probidade administrativa visa, dentre outras questões, evitar aquilo que se denomina corrupção administrativa: o ato do administrador público praticado em desvio de finalidade ou de poder, em favor próprio ou de terceiro, com prejuízo à coisa pública, seja este material (perda patrimonial) ou imaterial (violação dos princípios e deveres morais). Como oportunamente ponderam Pazzaglini Filho, Rosa e Júnior:

a improbidade administrativa, designativo técnico para a denominada corrupção administrativa, promove o desvirtuamento da Administração Pública em vista de promover a afronta aos princípios vetores da ordem jurídica e revelar-se por meio da aquisição de vantagens patrimoniais obtidas com prejuízo do dinheiro público, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, também pelo tráfico de influência no âmbito da atividade administrativa e pelo favorecimento particular de poucos que agem na contramão os interesses pretendidos pela sociedade, através de favorecimentos ilícitos.¹⁷

Ao praticar um ato corrupto, o agente público está contribuindo sensivelmente com a redução do capital ao alcance do Estado, o qual é necessário para a promoção de direitos essenciais do cidadão como a proteção à saúde, o meio ambiente saudável e todos os demais direitos sociais de terceira dimensão previstos na Constituição Federal de 1988. O economista Mauro Paolo, aliás, fez extenso estudo sobre os efeitos nefastos da corrupção na órbita econômica do Estado, concluindo o seguinte:

[...] Como forma de afetação econômica, a corrupção pode: a) reduzir a efetividade dos fluxos de ajuda por meio da diversificação dos fundos, o que é relevante para o desenvolvimento dos

¹⁷ FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

países, b) diminuir a arrecadação de impostos quando isso leva à forma de evasão ou de aplicação indevida da discricionariedade na concessão de isenções e pode mesmo afetar a distribuição orçamentária, c) influir nos contratos de aquisição pública de bens e serviços, gerando uma baixa qualidade da infraestrutura pública e de serviços e, por fim, d) a corrupção pode afetar a composição dos gastos governamentais por meio da escolha de tipos de empreendimentos pelos oficiais do governo que permitam coletar propinas com maior facilidade e manter a situação em segredo.¹⁸

No mesmo sentido, pondera Rogério Pacheco Alves *que a corrupção e a improbidade administrativa são fatores impeditivos à implementação plena dos direitos sociais fundamentais, sobretudo nos países subdesenvolvidos, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito*.¹⁹

Ou seja, uma das principais facetas da moralidade administrativa, como já advertiam os revolucionários franceses em 1789, é garantir que o Estado mantenha em seu poder os meios e os recursos necessários para a satisfação de direitos fundamentais e, sobretudo, sociais do cidadão, evitando que agentes em desvio de poder e finalidade se apropriem desses ativos para benefício próprio. Nesse mesmo sentido se manifesta André de Carvalho Ramos, ao referir que:

esse agir em prol dos direitos humanos é erodido pelas práticas de corrupção, ou seja, para que o homem possa viver uma vida digna com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumento para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos.²⁰

A violação à moralidade por parte dos administradores públicos constitui impeditivo à aquisição dos direitos da cidadania e não deve ser

¹⁸ **The effects of corruption on growth and public expenditure.** In.: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (editors). *Political corruption: concepts & contexts*. 3rd ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2002 apud FURLAN, F. F. **A corrupção como fenômeno político e seu papel na degradação do Estado Democrático de Direito.** 2011. 272 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 94, disponível na biblioteca virtual da PUC/MG, no endereço http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FurlanFF_1.pdf, Acesso em: 03 abr. 2023, às 16h26min.

¹⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.077.

²⁰ **O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 06-07.

analisada sob uma acepção restrita, mas deve ser compreendida como consectário fundamental de observância obrigatória para à aquisição dos direitos constitucionais previstos, a fim de se verificar a ampliação do conceito de cidadania de modo que esta acepção seja retratada na vida prática de todos como “direito a ter direitos”, como precisamente lembra a professora Renata Cristina Macedônio de Souza.²¹

Não é por menos que há anos a doutrina faz referência à existência de um verdadeiro direito fundamental à boa administração pública. Juarez Freitas, exímio doutrinador gaúcho, assevera o seguinte sobre o tema:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.²²

Em sentido semelhante, Figueiredo Moreira Neto aduz que do princípio da boa administração emana um direito implícito de cidadania, irradiando daí sua feição de direito fundamental:

A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania.²³

Ainda, apresenta-se oportuno trazer à lume as ponderações realizadas por Ingo Wolfgang Sarlet, renomado jurista na área de direitos fundamentais. Segundo o autor, a Constituição Federal de 1988 consagrou um direito fundamental à boa administração, o qual está amparado principalmente, mas não exclusivamente, no art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Para o ilustre doutrinador,

²¹ **Moralidade administrativa como direito fundamental e consectário da cidadania no direito constitucional contemporâneo**, disponível no endereço eletrônico <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2018/01.pdf>, acessado no dia 03/04/2023, às 16h27min.

²² **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

²³ **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119.

uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração.²⁴

Como bem observado por Sarlet, o só fato de inexistir na legislação uma previsão textual e expressa acerca do direito à boa administração não engendra a conclusão de que ele não possui acento constitucional. São remansosas a doutrina e a jurisprudência no sentido de se admitir a existência de direitos fundamentais implícitos. O fato de se tratar de um direito implícito apenas faz com que se exija do intérprete a exegese de um ou mais dispositivos para que, desse processo cognitivo, se extraia a efetiva essência da norma. E norma não é, nem nunca foi sinônimo de enunciado normativo, senão decorre dos sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Norma resulta do esforço hermenêutico empregado pelo intérprete.²⁵ Vale a lembrança das sempre preciosas lições de Canotilho:

O programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.²⁶

Por fim, calha o registro que a União Europeia, em dezembro de 2000, quando da publicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, acabou por internalizar e positivar o direito fundamental à boa administração, no seu artigo 41º.²⁷

²⁴ **A Administração pública e os direitos fundamentais.** Palestra proferida na Escola da Magistratura do TRF- 4ª Região. Curso Permanente: Módulo II, Direito Administrativo. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarslet.pdf, acessado no dia 03/04/2023, às 16hh27min.

²⁵ Nesse sentido, ÁVILA, Humberto **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 22.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 921.

²⁷ Artigo 41º - Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa

Nessa ordem de ideias, resulta tranquila a conclusão de que a moralidade administrativa, antes de se tratar de mero princípio orientador-interpretativo, cuida-se de um direito fundamental de todo o cidadão, imanente do direito à dignidade da pessoa humana.

2 DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (ÜNTERMASSVERBOT²⁸) COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Superada a fase histórica centrada no “eu” e a presunção de que as relações individuais são equilibradas, a sociedade e a própria noção de Estado evoluíram. O desequilíbrio das relações individuais se agravou. Novos direitos foram apreendidos da realidade. Noções de coletividade e de fraternidade trouxeram novos coloridos para a definição de bens jurídicos. O plural era tão senão mais importante do que o singular no contexto contemporâneo de sociedade. Aos direitos fundamentais individuais, portanto, agregaram-se os direitos fundamentais transindividuais, cujo traço característico é justamente a compreensão de que o ser humano é um ser social e de que há bens e valores que se sobrepõem ao interesse individual, devendo por todos ser preservados.

Contudo, enquanto ao Estado bastava inicialmente a adoção de uma postura negativa (garantismo negativo) para a tutela de direitos e liberdades individuais, a complexidade da dinâmica social, agravada pela disparidade econômico-social e pela existência de poderes sociais que atuam no plano da realidade de forma desequilibrada, fez despertar a necessidade de que o Estado passasse para uma atuação proativa, seja para garantir o próprio exercício dos direitos e liberdades individuais, seja para albergar os “novos direitos” reconhecidos (de terceira dimensão). Assim, ao papel clássico do Estado

e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

²⁸ A análise do direito de proteção sob o prisma da proibição da proteção deficiente tem origem na Alemanha, em 1975, quando foi editada lei descriminalizando o aborto. A Corte Constitucional Alemã se debruçou sobre o tema concluindo pela inconstitucionalidade da lei por não proteger adequadamente a vida intrauterina utilizando-se, pela primeira vez, o termo *üntermassverbot*.

(de respeito às garantias individuais por abstenção) agregou-se uma atuação destinada a proteger e concretizar esses direitos, tendo por objetivo a promoção da igualdade social e a dignidade da pessoa humana em sentido amplo.

É aqui que reside o núcleo do princípio da proibição da proteção deficiente (*üntermassverbot*), outra faceta do princípio da proporcionalidade: prevendo a Constituição Federal direitos fundamentais, é atribuição do Estado a adoção de postura tendente a concretizar esses direitos e colocá-los a salvo de investidas ilegítimas, seja de parte dos particulares ou do próprio Estado.

Logo, a proibição de proteção deficiente pode ser definida, segundo Carlos Bernal Pulido, como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais. Em outras palavras, tem-se que a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (e. g., quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador.²⁹

É imperioso reforçar que há direitos que exigem uma postura ativa por parte do Estado para fins de suas salvaguardas e para sua própria promoção. Prestigiar os direitos fundamentais é dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, é defeso ao Estado omitir-se desse mister. Daí porque o princípio da proibição da proteção deficiente também alcança as condutas omissivas ou insuficientes do Estado à tutela desses direitos. Nas palavras de Ingo W. Sarlet:

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina

²⁹ **El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 798-799 apud GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas, in **A Proibição de proteção deficiente.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 61, maio/2008 a outubro/2008, p. 101-102, acessado no endereço http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf, no dia 30/10/21, às 22h48min.

e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção.³⁰

Em sentido muito semelhante, Alexandre Moreira Van Der Broecke conclui que

o dever de proteção, já consagrado pela jurisprudência e pela doutrina em relação aos direitos fundamentais, deve ser levado em consideração, também, em relação aos demais direitos constitucionais, posto que não há espaço de discricionariedade para a atuação do legislador em relação à efetivação do direito previsto na Lei Maior. Ou seja, se existe previsão constitucional que respalde um direito qualquer, fundamental ou não, é imperativo que o Estado-Legislador desempenhe seu mister, conferindo-lhe o regramento normativo infraconstitucional que possibilite sua plena efetivação. Agindo de forma diversa, seja pela sua postura omissiva (*untermassverbot*) ou comissiva (*übermassverbot*), o legislador incide em antinomia inconstitucional. Ao que parece, a corrente garantista se mostra mais condizente com os desafios que se colocam diante do Estado Democrático de Direito, uma vez que nela a Constituição da República se reveste de maior coercibilidade em relação não só ao Estado-Legislador, como também em face dos demais poderes. Sendo assim, partindo-se da premissa de que o dever de proteção (*schutzpflicht*) é condição de possibilidade da incidência da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), e que, segundo o viés garantista, pode-se afirmar que o dever de proteção se estende para além dos direitos fundamentais, a proibição da proteção deficiente abrange os direitos constitucionais em geral.³¹

Dos conceitos e definições fixadas, pode-se concluir pela existência de uma relação simbiótica entre o princípio da proibição da proteção deficiente e o ato de legislar. Ainda que caiba ao legislador, por excelência, o dever constitucional de estabelecer a forma como a proteção e promoção dos direitos fundamentais irá ocorrer (o que se dá, via de regra, por meio de leis), esse exercício terá que ser realizado dentro das balizas constitucionais,

³⁰ Ob. cit., p. 178.

³¹ **A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei nº 8.429/1991** in Revista da AJURIS, v. 40, n. 129, março 2013, p. 22, acessado no endereço <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/306/241>, no dia 30/10/21, às 22h32min.

funcionando o princípio da proibição de proteção deficiente como um limite mínimo a ser atentado por aquele. Juarez Freitas equaciona bem a questão:

Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (Übermassverbotes), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (Ziekonformität), mas, também, apta a realizá-los (Zwecktauglichkeit). Iguamente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos.³²

Aduza-se que sequer há cogitar de interferência indevida na atividade legislativa. O legislador, embora investido pelo povo, não goza de liberdade absoluta para o exercício do seu mister. Deve irrestrita atenção aos preceitos constitucionais no desenvolvimento de sua atividade, a qual, como já exaustivamente exarado, consiste na busca pela promoção e proteção dos direitos fundamentais. Como bem pondera Juliana Venturella Nahas Gavião:

Desse modo, em não havendo uma proteção normativa ao direito fundamental, no que tange à sua dimensão objetiva (ou seja, como imperativo de tutela), verifica-se ato de omissão estatal flagrantemente inconstitucional, porquanto impedirá a realização e o desfrute do direito fundamental por seu titular. Em outras palavras, não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, ainda que deva ser reconhecido o espaço que é conferido ao legislador para adaptar os mandamentos constitucionais. E isso exsurge da própria interpretação sistemática do direito, que ensina que os atos estatais devem ser permanentemente pautados pelas diretrizes constitucionais, notadamente na quadra da história e da evolução dos direitos fundamentais que se encontra a humanidade.³³

Em assim não agindo, incorre em inconstitucionalidade por não tutelar, de forma eficaz, os direitos postos. Isso porque os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.³⁴

³² A Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Omissão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241. Jul/set de 2005, p. 27, acessado no endereço eletrônico file:///C:/Users/Imle/Downloads/admin,+A+resp osabilidade+extracontratual+do+estado+e+o+princ%C3%ADpio+da+proporcionalidade.pdf, em 30/10/21, às 23h24min.

³³ Ob. cit., p. 103.

³⁴ SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais**

Outrossim, é assente que a democracia não se expressa somente por meio do princípio majoritário, esse considerado a maioria necessária no Congresso Nacional para a aprovação de atos legislativos. A mesma Constituição Federal que garante o direito das majorias põe a salvo e em igualdade de relevância e importância os direitos das minorais. E, havendo sobreposição indevida e/ou ilegítima de um sobre outro, é inerente à função do Poder Judiciário reequilibrar a balança dando voz àqueles que a tiveram subtraída de forma irregular. Nesse sentido, é a ponderação realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao assentar que é da competência do Poder Judiciário promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Nas suas palavras:

o déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário, e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.³⁵

Nessa ordem de ideias, não transparece dificuldade alguma em se valer do princípio da proibição da proteção deficiente para fins de realizar controle de constitucionalidade sobre normas editadas pelo legislador que não observam os fins almejados (*Ziekonformität*), como também não se apresentam aptas a realizá-los (*Zwecktauglichkeit*).

entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista Opinião Jurídica, n. 7, 2006.1, p. 174, acessado no sítio eletrônico <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>, no dia 03/04/2023, às 13h56min.

³⁵ **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 390-391.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 14.230/21. DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. DA PROTEÇÃO INEFICIENTE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL. DO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE PENALIZAÇÃO EMANADA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As alterações promovidas pelo Poder Legislativo no art. 11 da Lei n. 8.429/92 foram sensíveis, refletindo diretamente na proteção inadequada da moralidade administrativa e seus princípios norteadores.

Primeiro, é de se observar que o art. 11 da Lei n. 8.429/92 visa tutelar a observância aos princípios regentes da Administração Pública, princípios esses fundados na moralidade administrativa. A Constituição Federal, no *caput* do art. 37, estabelece que a Administração Pública será guiada pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ou seja, cuida-se de norma programática que impôs ao legislador derivado a criação de comandos e normas destinadas à proteção desses valores constitucionais. Aliás, o constituinte originário impôs, no âmbito interno, verdadeiro mandado de penalização do agente ímprobo em seara não-penal (§ 4º do art. 37 da Constituição Federal - CF).

Logo, a alteração legislativa realizada na redação do art. 11, que limita drasticamente as hipóteses de proteção desses princípios – uma vez que o Poder Legislativo teve a “cautela” de tornar as hipóteses do art. 11 *numerus clausulus* –, acaba por violar diretamente o mandado de penalização previsto na própria Constituição.

Aduza-se que o princípio que impede o retrocesso social tem por particular característica ser dirigido especialmente aos Poderes Executivo e Legislativo³⁶, visando barrar adoção de políticas públicas e leis que coloquem os cidadãos em desvantagem social ao atual estágio de evolução comunitária. Como sustenta Luís Roberto Barroso, embora se trate de princípio implícito, ele encontra-se incorporado no texto constitucional, fazendo nascer para o cidadão um direito subjetivo negativo, não podendo ser suprimido.

³⁶ Ingo Wolfgang Sarlet afirma: *Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano.* (Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano, in Rev. TST, Brasília, v. 75, no 3, jul/set 2009, p. 121, acessado no endereço https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y, no dia 03/11/21, às 17h22min).

Em síntese: Por este princípio [proibição do retrocesso social], que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.³⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, em lúcida ponderação acerca do princípio da vedação do retrocesso social, assenta que

não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direitos sociais, assim como, ainda que em medida diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estaria chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.³⁸

Não bastasse a inconstitucionalidade pelo retrocesso social, as alterações realizadas na lei não superam o juízo de proporcionalidade que é necessário para a avaliação da compatibilidade das alterações com a ordem constitucional porque:

(i) carecem de motivação idônea, uma vez que formuladas no desiderato de salvaguardar agentes públicos que atuam em descompasso com regras, normas, princípios e direitos fundamentais vinculados à moralidade administrativa. Ou seja, se tutelou o infrator ao invés de se proteger o bem jurídico guardado pela Constituição Federal;

(ii) o Poder Legislativo não demonstrou ou justificou adequadamente a necessidade da redução do alcance da norma penalizadora modo a otimizar a proteção suficiente da moralidade administrativa. Aduza-se que a invocação genérica de que haveria abusos por parte dos membros do Ministério Público no ajuizamento de ações fundadas no art. 11 não se apresenta como fundamento idôneo a legitimar democraticamente a mudança legislativa. A uma, porque se cuida de argumento revanchista, sem embasamento legal ou moral; a duas, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle do uso temerário do direito de ação; a três, além do Judiciário, o próprio ordenamento já possui instrumentos para inibir essa prática, seja por meio da aplicação de multa por litigância de má-fé, seja

³⁷ **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

³⁸ **Notas...**, p. 131.

por meio da Lei de Abuso de Autoridade (13.869/19); a quatro, é antidemocrático obstaculizar o próprio manejo da ação judicial visando a tutela do coletivo sob um pseudoargumento de abuso; (iii) a drástica redução do alcance da norma viola o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e engendra retrocesso social na proteção da moralidade administrativa enquanto direito fundamental. O legislador partiu de uma premissa equivocada quando da elaboração do texto da lei, concluindo que haveria condutas anteriormente previstas no tipo que seriam muito vagas e imprecisas, afora, supostamente, albergar meras irregularidades administrativas que não justificariam a aplicação da Lei de Improbidade. Contudo, o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça há anos é no sentido de que a exegese das normas previstas no art. 11, considerada a gravidade das penas previstas na lei, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. Logo, ao que se percebe, nunca se verificou excessos por parte na interpretação adequada e constitucionalmente legítima do contido no artigo art. 11 pelo Poder Judiciário.

Ademais, também não atentou o legislador para o fato de que o art. 11 visa proteger os princípios sensíveis da administração pública, os quais possuem elevada carga normativa, valorativa e amplo espectro de incidência.

Por óbvio, é inviável que o legislador discrimine absolutamente todas as formas de condutas que importem em violação aos princípios da administração pública. A capacidade inventiva do ser humano não é resumível em palavras. O Direito é mera sombra da realidade, sempre a acompanhando com atraso. No mesmo sentido, são as lições Jürgen Habermas, ao afirmar que

uma norma “abrange” seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito.³⁹

Daí porque se apresenta relevante para tais situações que elas sejam albergadas por normas abertas, viabilizando que o intérprete atue na proteção da moralidade administrativa, sempre a partir de uma leitura constitucional do

³⁹ **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

alcance da norma. A utilização de um tipo aberto para a tutela de princípios (normas de elevada carga valorativa) viabiliza o constante e permanente controle das mutações sociais pelos tribunais, maximizando a proteção ao direito fundamental à moralidade administrativa. Segundo muito bem pondera Fábio Medina Osório, a previsão de um tipo aberto na proteção dos princípios da Administração Pública *(i) permite-se ao intérprete grande mobilidade, atualizando os textos legais diante dos fatos e dos velozes acontecimentos e mutações sociais, dentro das exigências técnicas de fundamentação e aplicação das normas aos casos concretos; (ii) outorga-se flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade, com o que se reduz o campo da impunidade e das decisões absolutórias injustas, um dos grandes obstáculos ao combate à corrupção; (iii) acompanha-se a dinâmica da corrupção e dos fenômenos de má gestão pública.*⁴⁰

Rafael Munhoz de Mello, igualmente, considera perfeitamente conciliável com o Direito Administrativo Sancionador a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, mediante a adoção da técnica de tipificação indireta e das normas em branco. Sustenta o festejado autor que

O princípio da tipicidade não veda a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, mas, por outro lado, seu uso não afasta a exigência de tipicidade. Permanece sendo necessário, quando utilizando conceito indeterminado, que o comportamento proibido seja descrito com clareza e objetividade, de modo a que os particulares possam evitar a aplicação da sanção administrativa. É admitida no direito administrativo sancionador a tipificação indireta.

Na tipificação indireta o dispositivo legal que prevê a infração administrativa faz referência a outro dispositivo, no qual foi estipulada uma obrigação ou proibição, cuja inobservância caracteriza ilícito administrativo. Desde que seja possível identificar a conduta proibida, a tipificação indireta não viola o princípio da tipicidade. A tipificação global ou residual, através da qual se pretende tipificar como conduta sujeita à aplicação de sanção administrativa todo e qualquer descumprimento de norma jurídica, sem qualquer especificação, vai de encontro ao princípio da tipicidade. Na tipificação global utiliza-se uma cláusula onicompreensiva, que abrange todos os comportamentos que violem dispositivo normativo – qualquer dispositivo. Não há óbice no direito administrativo sancionador à edição das chamadas normas em branco.⁴¹

⁴⁰ **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência.** 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴¹ **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas**

Em sentido muito próximo, Alexandre Santos de Aragão, tratando do princípio da legalidade a partir de uma concepção mais contemporânea, denomina o fenômeno de legalidade principiológica ou legalidade formal axiológica *no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards etc.*⁴²

Sob uma outra ótica, ainda se pode identificar a inconstitucionalidade da alteração legislativa por violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito por não se ter atentado aos princípios interpretativos da Constituição, os quais são de observância obrigatória para adequada conformação da legislação infraconstitucional com a ordem jurídica.

Com efeito, a interpretação das normas jurídicas constitucionais reclama do exegeta (e aqui se encontra incluído o legislador ao exercer seu mister) aquilo que se denomina de máxima efetividade. Ou seja, normas que tutelam direitos fundamentais – como a moralidade administrativa – merecem uma interpretação que lhes garanta máxima eficácia social possível. Não há como concluir como razoável e proporcional uma norma legislativa que deixa de tutelar integral e adequadamente a moralidade administrativa, quanto mais diante dos reflexos sociais nefastos que a corrupção administrativa enseja.

Da mesma forma, o princípio da força normativa da Constituição impõe ao legislador e a sociedade (considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais) que atentem para a realidade social na qual estão inseridos e façam garantir aqueles valores que são caros para o povo em dado momento histórico. A sociedade clama pelo combate à corrupção administrativa. As manifestações sociais dos últimos anos são provas mais do que fidedigna disso. Assim, a sobrevivência de uma alteração legislativa que desprotege esse valor social tão caro viola o princípio da força normativa da Constituição.

Logo, se vê que o artigo 11 da LIA que antes tinha o condão de viabilizar que condutas graves e claramente violadoras dos princípios da moralidade administrativa sofressem a tutela jurisdicional na seara da improbidade administrativa foi quase que completamente esvaziado, encerrando, atualmente, apenas dez hipóteses de condutas ímprobas que são de difícil ocorrência na praxe forense. Ou seja, a alteração legislativa, no lugar de garantir a máxima efetividade do direito fundamental e dar concretude à força normativa da Constituição Federal, teve por escopo reduzir o alcance

à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 260.

⁴² A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2005, p. 12.

da norma a uma fração de situações que sequer são de corrente frequência, incidindo também por esse enfoque em inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A moralidade administrativa cuida-se de um direito fundamental com assento constitucional, demandando, portanto, máxima proteção e promoção.

A Lei n. 14.230/21, ao alterar a redação do art. 11 da Lei n. 8.429/92, ao invés de enaltecer a tutela da moralidade, reduziu drasticamente seu campo de incidência deixando desguarnecidas situações corriqueiras e de graves reflexos para a Administração Pública.

A alteração ora em análise enfraquece o combate à corrupção administrativa, prestigia o agente infrator, o que acaba por violar os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da proteção deficiente, afora incentivar a prática de atos de improbidade.

Por todo o exposto, não restam dúvidas acerca da inconstitucionalidade da alteração legislativa que transformou o tipo previsto no art. 11 de uma cláusula aberta em *numerus clausulus*. Veja-se que, por exemplo, a prosperar a redação atual do artigo, condutas graves como advocacia administrativa, assédio sexual e moral, no âmbito da administração pública e abuso de autoridade, que não gerem dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, ficarão excluídas do alcance da Lei n. 8.429/92. Cuidam-se de apenas três exemplos de condutas corriqueiras na prática forense (dentre tantos outros) que bem demonstram a gravidade e o impacto que a alteração legislativa engendrará na tutela da moralidade.

Desse modo, propõe-se a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 11, ripristinando a redação primitiva, com a única ressalva que não mais persiste a modalidade culposa, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei n. 8.429/92.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade” in **Revista de Direito Administrativo**, v. 236, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldi. **Determinantes da criminalidade**: uma resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos. Texto para Discussão n. 0956 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, jun/03.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FILHO, Marino Pazzaglino; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1999.
- FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. A Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Omissão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241. Jul/set de 2005.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção como fenômeno político e seu papel na degradação do Estado Democrático de Direito**. 2011. 272 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas, in A Proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 61, maio/2008 a outubro/2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Rafael Munhoz de Mello. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NETO, Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PIETRO, Maria Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAZZAGLINI FILHO, Mariano. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3. ed. Jurídico Atlas, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Roberto Lima. **Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção**, publicado em 30/10/2012.

SARLET, Ingo W. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Opinião Jurídica*, n. 7, 2006.1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

SOUZA, Renata Cristina Macedônio de. *Moralidade administrativa como direito fundamental e consectário da cidadania no direito constitucional contemporâneo*.

REVISAN, Leonardo Simchen. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 16, n. 34, jun.-nov. 2021.

VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei nº 8.429/1991 in *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 129, março 2013.

A MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM* NA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA

Júlio César Craveiro Devechi⁴³

RESUMO

O artigo tem por foco o estudo da motivação *per relationem* no âmbito das interceptações telefônicas, telemáticas e informáticas. O caminho metodológico que será percorrido passará pela revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) serão revisitados. Ao final, será traçado um paralelo entre doutrina e jurisprudência para se chegar, sem qualquer pretensão de exaurimento do debate, a uma proposta de validação do uso dessa técnica pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: processo penal; prova; interceptação; decisões judiciais; motivação *per relationem*.

INTRODUÇÃO

O homem sempre procurou se comunicar. Há inúmeros vestígios pré-históricos de pinturas rupestres com esse desiderato. Antigas civilizações utilizavam os hieróglifos. As correntes marítimas já foram o meio para o envio de cartas. A habilidade de alguns animais, como os pombos-correios, foi aprimorada para viabilizar a troca de recados entre interlocutores. As novas invenções seguiram esse anseio humano. Foram criados e desenvolvidos, por exemplo, o telégrafo e o telefone. A sociedade moderna avançou para a conexão *on-line* com o advento e a difusão da *internet*.

O acesso à rede por banda larga, fibra óptica, *wi-fi*, 3G, 4G e 5G é uma realidade. No Brasil, as pessoas apreciam a inovação e investem vultosas quantias — por vezes sacrificando outras necessidades essenciais — em aparatos tecnológicos. O lançamento de um novo *iPhone* por aqui, independentemente de seu valor em milhares de Reais, gera filas quilométricas diante das lojas.

⁴³ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Analista Judiciário e Assistente de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: julio@devechi.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6342519258064993>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1836-9925>.

Não raras vezes, elas são integradas por proprietários da versão anterior do dispositivo, os quais, a despeito de seu perfeito funcionamento, almejam participar do *upgrade* midiático e emocional da fabricante californiana.

Diante dessa realidade, os aparelhos eletrônicos à disposição dos usuários estão mais avançados e produzem arquivos de mídia em altíssima qualidade, ocasionando, por consequência, a necessidade premente por espaços maiores de armazenamento digital. A capacidade física dos dispositivos para a conservação dessas mídias é limitada. Assim, além do acesso aos *hardwares*, aumenta a oferta dos serviços de armazenamento de dados em nuvem (“*drives*”).

Os aplicativos de troca de mensagens *on-line* igualmente se popularizaram. As operadoras de telefonia, ao contrário do que ocorria no passado, pouco se importam com a cobrança dos minutos de ligação ou dos pacotes de mensagens SMS. O valor dos novos planos está sempre atrelado à quantidade de *gigabytes* colocados à disposição do consumidor.

Logo, o maior fluxo das comunicações atuais — por voz ou escrita — ocorre em ambiente informático ou telemático.

Os sujeitos ativos de crimes, apesar de serem definidos como *outsiders* por Howard Becker⁴⁴, não se distanciam do grupo comunitário quanto ao apreço pela inovação e tecnologia. Assim, é natural que passem a utilizar essas ferramentas de comunicação no cometimento de ilícitos associativos, sobretudo envolvendo organizações criminosas.

Como consequência, multiplicam-se os pedidos de quebra de sigilo telefônico e telemático pelas autoridades da persecução penal. Nas prateleiras do Poder Judiciário, os juízes buscam, sob a vigilância atenta das Corregedorias e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), decidir de forma célere todas as solicitações, que vêm acompanhadas de volumosos relatórios em autos circunstanciados de interceptação telefônica, telemática e informática.

Diante disso, o propósito do presente trabalho é, sem qualquer pretensão de exaurimento do debate, indicar caminhos válidos para o uso das denominadas decisões *per relationem* no âmbito dessas complexas investigações. Para tanto, será realizada uma revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema objeto de estudo.

1 ASPECTOS LEGAIS: PRAZO E EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

A Lei nº 9.296/1996 disciplina a interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática para fins de investigação criminal ou de instrução processual

⁴⁴ BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

penal. O objetivo da norma é regulamentar o disposto no artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o qual prevê, como direito fundamental, a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

A medida é excepcional e apenas encontra espaço quando: (i) houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (ii) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis; e (iii) o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão. A autoridade solicitante deve, ainda, descrever com clareza o objeto da investigação (artigo 2º, da Lei nº 9.296/1996). Para Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, esses “são pressupostos mínimos de garantia, ou seja, de que a interceptação telefônica não será empregada em qualquer caso e sem critérios seguros”.⁴⁵

Recebido o pedido, o juiz terá o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.296/1996). A lei exige que a decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade, com indicação da forma de execução da diligência e comprovação da indispensabilidade do meio de obtenção da prova (artigo 5º da Lei nº 9.296/1996).

Portanto, além da exigência constitucional geral de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX, da CF/1988), a legislação específica de regência da matéria também impõe, com destaque no *caput* de um artigo individualizado (artigo 5º da Lei nº 9.296/1996), o imperativo da motivação, reforçando que a inobservância dessa premissa terá como consequência a nulidade do meio de prova obtido.

O assim denominado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.934/2019) incluiu no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) diretrizes para que uma decisão seja considerada fundamentada. De acordo com a nova redação do artigo 315, § 2º, do diploma processual penal, que reproduziu, sem alterações, a redação do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I* - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *II* - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; *III* - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *IV* - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *V* - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A exiguidade do prazo de 24 (vinte e quatro) horas e o requisito legal específico de fundamentação têm levado os juízes a adotar a chamada motivação *per relationem* ou “por referência”, sobretudo nas hipóteses de prorrogação das intercepções telefônicas, telemáticas e informáticas.

Antonio Magalhães Gomes Filho considera esse método um artifício na motivação das decisões judiciais. Valendo-se dos ensinamentos de Michele Taruffo, o professor paulista explica que “existe motivação *ad relationem* quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão”.⁴⁶

No próximo tópico, será exposta a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que caminha no sentido de validar essa técnica judicial.

2 A MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM* NA JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR

A utilização da técnica de reenvio, detectada na fundamentação ou motivação *per relationem*, não encontra censura nos Tribunais Superiores, isto é, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) — órgão responsável pela garantia do direito federal infraconstitucional — e no Supremo Tribunal Federal (STF) — incumbido da guarda da Constituição brasileira de 1988.

A Ministra Rosa Weber, merecidamente homenageada nesta obra em razão de suas relevantíssimas contribuições ao Direito e ao Poder Judiciário, ao relatar o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 185.755/CE, esclareceu que “o emprego da fundamentação *per relationem* — que não se confunde com ausência de fundamentação — é admitido pela jurisprudência da Suprema Corte, inclusive em tema de afastamento do sigilo das comunicações telefônicas”.

O STF também autoriza o uso da motivação *per relationem* quando atrelada a documentos de origem não judicial, a exemplo dos pareceres do Ministério Público. No julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 128.755/PA, a Ministra Cármen Lúcia consignou:

(...) ser legítima a técnica da motivação *per relationem*, pois “a remissão feita pelo magistrado referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato ou de direito) que deram suporte

⁴⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

a anterior decisão (ou a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que este último se reportou como razão de decidir” (HC n. 99.827-MC/CE, Relator o Ministro Celso de Mello).

O Ministro Luiz Fux, ao manifestar seu voto no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.238.775/MG, pontuou que “a técnica da motivação *per relationem*, evidenciada quando o julgador acolhe como razão de decidir manifestação das partes ou decisão prolatada em instância diversa, é compatível com a Constituição Federal”. O Ministro Gilmar Mendes seguiu a mesma linha ao defender, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 116.166/SP, que “a técnica da fundamentação *per relationem*, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF”.

Logo, não há dúvidas da admissão da motivação *per relationem* pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive quando o juiz faz alusão a documentos de origem não judicial para externar suas razões.

Há precedente, inclusive, de relatoria do Ministro aposentado Joaquim Barbosa, nos autos de *Habeas Corpus* nº 92.020/DF, admitindo uma espécie de motivação *per relationem* “implícita” ou “presumida” no contexto da prorrogação da medida de interceptação telefônica: “as decisões que autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento”.

O conteúdo desse precedente foi objeto de críticas pelos professores Luiz Flávio Gomes e Silvío Maciel:

Com a devida vênia, mas se trata de um equívoco evidente. Em primeiro, como a fundamentação representa um juízo íntimo de convicção particular de quem a proferiu, não pode outro órgão judicial presumir o que o magistrado imaginou ao deferir a prorrogação. Por outro lado, sendo a fundamentação das decisões judiciais uma das garantias fundamentais mais relevantes dos jurisdicionados, não pode a Suprema Corte criar a ideia de “fundamentação presumida”. E mais. A decisão de prorrogação da interceptação é proferida em um quadro fático diverso daquele presente no momento da autorização primeira. Isso porque a investigação evolui e, portanto, mudam as circunstâncias fáticas que justificam ou não a continuidade da medida.⁴⁷

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvío. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado um pouco mais restritiva. Apesar de igualmente validar a técnica, o STJ lhe impõe algumas limitações, por exemplo: “[a] fundamentação *per relationem* exige que os documentos referidos sejam reproduzidos na decisão, acrescentando fundamentos próprios” (AgRg nos EDcl no AREsp nº 1.800.259/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz).

A necessidade de o juiz empregar argumentos próprios, adicionais àqueles presentes no documento reportado, foi objeto de realce pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.098.863/RS:

É firme o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de ser válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado emprega trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria tenha sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios (destaque não original).

O mesmo raciocínio foi exposto pelo Desembargador Convocado Jesuíno Rissato ao relatar o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 739.614/SP: “a jurisprudência tanto deste Tribunal como do Pretório Excelso admitem a utilização da fundamentação *per relationem*, desde que haja acréscimo de elemento de convicção pessoal”.

A ausência de adição de impressões individualizadas pelo julgador, na decisão que utiliza a técnica da fundamentação *per relationem*, por outro lado, acarreta o reconhecimento de sua invalidade pelo STJ: “(...) é inválida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem* sem tecer nenhuma consideração autônoma, ainda que sucintamente, justificando a indispensabilidade da autorização de inclusão ou de prorrogação de terminais em diligência de interceptação telefônica”. Esse enunciado foi publicado no Informativo de Jurisprudência nº 751, de 03/10/2022, do Superior Tribunal de Justiça, e está vinculado ao julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 119.342/SP, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Da subemenda do acórdão unânime da Sexta Turma do STJ, extraem-se mais detalhes do posicionamento da Corte Superior. Pede-se vênia para transcrevê-la em sua integralidade em razão da relevância de seus preceitos para o estudo em tela:

1. Consoante imposição do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição da República de 1988, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, exigência que funciona como

garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador. Presta-se a motivação das decisões jurisdicionais a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto. 2. A decisão que autorizou a interceptação telefônica carece de motivação idônea, porquanto não fez referência concreta aos argumentos mencionados na representação ministerial, tampouco demonstrou, ainda que sucintamente, o porquê da imprescindibilidade da medida invasiva da intimidade. 3. Também as decisões que autorizaram a prorrogação da medida não foram concretamente motivadas, haja vista que, mais uma vez, o Juiz de primeiro grau se limitou a autorizar a inclusão de outros terminais a prorrogação das diligências já em vigor e a exclusão de outras linhas telefônicas, nos moldes requeridos pelo *Parquet*, sem registrar, sequer, os nomes dos representados adicionados e daqueles em relação aos quais haveria continuidade das diligências, nem sequer dizer as razões pelas quais autorizava as medidas. 4. Na clássica lição de Vittorio Grevi (*Libertà personale dell'imputato e costituzione*. Giuffrè: Milano, 1976, p. 149), cumpre evitar que a garantia da motivação possa ser substancialmente afastada “mediante o emprego de motivações tautológicas, apodíticas ou aparentes, ou mesmo por meio da preguiçosa repetição de determinadas fórmulas reiterativas dos textos normativos, em ocasiões reproduzidas mecanicamente em termos tão genéricos que poderiam adaptar-se a qualquer situação.” 5. Esta Corte Superior admite o emprego da técnica da fundamentação *per relationem*. Sem embargo, tem-se exigido, na jurisprudência desta Turma, que o juiz, ao reportar-se a fundamentação e a argumentos alheios, ao menos os reproduza e os ratifique, eventualmente, com acréscimo de seus próprios motivos. Precedentes. 6. Na estreita via deste *writ*, não há como aferir se a declaração de nulidade das interceptações macula por completo o processo penal, ou se há provas autônomas que possam configurar justa causa para sustentar o feito apesar da ilicitude reconhecida. 7. Recurso provido para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, bem como de todas as que delas decorreram, de modo que deve o Juiz de Direito desentranhar as provas que tenham sido contaminadas pela nulidade. Extensão de efeitos aos coacusados, nos termos do voto (destaque não original).

No tópico seguinte, será formulada uma proposta de validade para o uso da motivação *per relationem*, em especial no âmbito das interceptações telefônicas. Para tanto, serão revisitados os estudos doutrinários do professor Antonio Magalhães Gomes Filho em conjunto com as cláusulas jurisprudenciais apresentadas pelo STJ no julgamento do citado RHC nº 119.342/SP.

3 PROPOSTA DE VALIDADE PARA O USO DA TÉCNICA

Em uma realidade jurídica utópica e idealizada, a motivação *per relationem* não encontraria espaço. O Poder Judiciário, contudo, possui limitações das mais variadas ordens que o impedem de particularizar cada situação levada ao seu conhecimento.

Da forma exposta na introdução deste trabalho, o uso crescente da tecnologia, inclusive na prática de ilícitos, levou à multiplicação dos pedidos de quebra de sigilo telefônico, telemático e informático pelos órgãos da persecução penal. A integralidade desses pedidos, que constituem a chamada “reserva de jurisdição”, deságua no Poder Judiciário.

Sobre o tema, o professor Inezil Penna Marinho Júnior destaca:

A interceptação, que pode abranger também o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1º, caput e § 1º, da Lei nº 9.296/1996), permite o acompanhamento de conversas contemporaneamente ao momento em que as informações são transmitidas e, nos termos da parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, sempre dependerá de autorização judicial e da observância dos requisitos da Lei nº 9.296/1996 (destaques originais).⁴⁸

Guilherme Caselli complementa que o acesso a essas informações depende de prévia autorização, pois, em relação a elas, seus detentores “guardam a expectativa de privacidade”.⁴⁹

A exiguidade do prazo para decidir (24 horas – artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.296/1996) e a exigência legal específica de fundamentação (artigo 5º da Lei nº 9.296/1996) ocasionam, a seu turno, a propagação de decisões judiciais que se valem da motivação *per relationem*. Sensíveis a esse quadro fático, os Tribunais Superiores, como se viu, têm legitimado o uso da técnica.

Mostra-se importante, todavia, a fixação de balizas para a validação do método. Por mais que ele se revele ágil e apto a aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário, permanecem em vigor as imposições constitucionais e legais de uma adequada fundamentação da decisão que afasta o direito fundamental ao sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal). Não se pode olvidar, ainda, que as interceptações telefônicas, telemáticas e informáticas representam um meio excepcional de obtenção da prova, sobretudo por não

⁴⁸ MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. **Processo penal nos crimes federais**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 156.

⁴⁹ CASELLI, Guilherme. **Manual de investigação digital**. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 30.

seguirem a regra prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal e serem produzidas longe do contraditório que favorece a defesa.

Além disso, a motivação desempenha papéis essenciais ao controle da atividade intelectual do juiz. É por meio dela que se garante a fiscalização *política* (externa; social) da decisão, ou seja, o monitoramento público de sua conformidade com a ordem jurídica constitucional.⁵⁰ A motivação também salvaguarda o controle *endoprocessual* (interno; das partes), abrindo espaço à verificação da compatibilidade do *decisum* com o conjunto probatório dos autos, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.⁵¹ A esse respeito, o professor Antonio Magalhães Gomes Filho adverte:

(...) a tarefa de atuar concretamente o direito para a solução de conflitos não é mecânica nem automática; exige, ao contrário, juízos muito mais complexos, que envolvem não somente a escolha da regra, mas também a sua interpretação e, ainda, a verificação da harmonia de seu conteúdo com os preceitos maiores da lei fundamental.⁵²

Por todas essas razões, mesmo diante do uso da técnica *per relationem*, é imperioso o estabelecimento de limites que assegurem a observância da prescrição constitucional e legal de fundamentação, notadamente na decisão que autoriza o início ou a prorrogação de interceptações telefônicas, telemáticas e informáticas.

3.1 REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS

Do julgamento do RHC nº 119.342/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível extrair as primeiras balizas para o uso adequado — e válido — da motivação *per relationem* no âmbito das interceptações telefônicas, telemáticas e informáticas: *(i)* necessidade de referência concreta, por meio de reprodução e ratificação expressa, dos argumentos alheios incorporados à decisão, inclusive com o acréscimo de motivação individualizada pelo magistrado; *(ii)* demonstração, ainda que sucinta, do porquê da imprescindibilidade da medida invasiva da intimidade; e *(iii)* motivação concreta das razões pelas quais a medida está sendo autorizada naquele momento processual.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64-79.

⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-107.

⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

Sobre o *primeiro requisito*, sua observância tem por foco resguardar o controle político da decisão. A reprodução e a ratificação expressa dos trechos incorporados de outro documento pelo julgador, para compor o seu raciocínio, são essenciais à fiscalização externa da ordem judicial pela sociedade. Com efeito, “a dificuldade de acesso aos documentos referidos pelo discurso justificativo impede a realização do controle externo e difuso da opinião pública sobre a forma como se realiza a atividade jurisdicional”.⁵³ Ademais, o acréscimo de motivação individualizada pelo magistrado também é importante para que não se omita a “inafastável valoração crítica sobre os argumentos a que [se] adere”.⁵⁴

O *segundo requisito* apontado pelo Tribunal Superior busca preservar a exigência legal de inadmissão da medida invasiva quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis (artigo 2º, inciso II, e artigo 5º, parte final, da Lei nº 9.296/1996):

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: (...) II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; (...)
Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (destaques não originais).

Sendo assim, ao deferir o início ou a prorrogação da interceptação telefônica, telemática ou informática, o juiz deverá — mesmo que se valha da técnica *per relationem* quanto aos elementos fáticos do caso concreto — expor, de forma individualizada, o porquê da imprescindibilidade da diligência invasiva. Em outras palavras, quanto a esse ponto da exigência legal de fundamentação, não poderá o magistrado se utilizar do método de reenvio e fazer mera referência ao texto de outro documento. Ao contrário, será necessário expor, ainda que de forma sucinta, as razões pelas quais outras técnicas investigativas mais brandas não teriam a mesma capacidade de chegar ao meio de prova pretendido.

O *terceiro requisito* refere-se à necessidade de demonstração da utilidade contemporânea da medida. Isso ocorre para evitar que o juiz deixe de considerar elementos supervenientes ao documento referido e que poderiam dispensar o uso da interceptação telefônica.

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

A exigência de exposição da contemporaneidade dos elementos fático-processuais para o deferimento de diligências cautelares, que, de alguma forma, afastam direitos e garantias fundamentais, tem sido objeto de salutar preocupação do legislador penal. A título de exemplo, cita-se a nova redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) aos artigos 312, § 2º, e 315, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 312, § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Art. 315, § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

O mesmo entendimento pode ser incorporado no âmbito da diligência probatória prevista na Lei nº 9.296/1996. Para se deferir o início ou a continuidade desse meio excepcional de obtenção da prova, o juiz deverá demonstrar a contemporaneidade fática de sua utilidade naquela etapa processual. Essa demonstração em específico, conforme balizado pelo STJ no julgamento do HC nº 119.342/SP, não poderá ocorrer por meio da técnica *per relationem*, exigindo-se motivação pontual e concreta das razões pelas quais a medida está sendo autorizada ou prorrogada na data da decisão.

3.2 CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS

Ultrapassadas as premissas extraídas do precedente do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 119.342/SP), o professor Antonio Magalhães Gomes Filho indica, ainda, outros quatro critérios para validar o uso do método da motivação *per relationem* nas decisões judiciais.

Segundo ele, em resumo, deve haver (i) um nexo de relevância quanto ao *objeto de deliberação* entre os textos justificativos; (ii) identidade quanto à *profundidade de cognição* realizada nos dois provimentos que se integram; (iii) *legitimidade judicial* do autor do texto a que se faz referência para justificar a decisão; e (iv) *ordem cronológica* dos provimentos integrados, só sendo possível a remissão a textos antecedentes.⁵⁵

Sobre o *primeiro critério*, a questão da contemporaneidade é novamente objeto de destaque. O professor Gomes Filho esclarece que deve

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165-166.

haver entre a decisão e o documento referido “uma identidade atual e concreta entre [su]as premissas (...), sob pena de não estar atendido o requisito da integralidade da justificação, pois não analisados todos os dados essenciais para a decisão”.⁵⁶ Nesse contexto, impõe-se ao magistrado a consideração dos dados mais contemporâneos sobre as aquisições probatórias dos autos, sobretudo as incorporadas ao feito após a juntada do documento reportado.

Especificamente no que toca à diligência de interceptação, o juiz não pode desconsiderar, por exemplo, os autos circunstanciados mais recentes apresentados pela autoridade policial. Assim, ao autorizar a prorrogação da medida, parece ser inviável a mera referência à decisão primeva — aquela que defere o início da diligência —, uma vez que, depois dela, novos e relevantes dados de cognição são integrados ao caderno processual. Em outros termos, essas informações mais atuais fazem com que se alterem as premissas e as razões de decidir do juiz e impossibilitam o uso generalista da técnica *per relationem*, isto é, sem uma motivação minimamente individualizada.

O *segundo critério* atrela-se ao momento processual em que a decisão é proferida e a respectiva profundidade cognitiva nele exigida. Logo, “não seria possível imaginar o aproveitamento da justificação adotada num provimento cautelar, em que por natureza a cognição é superficial e sumária, para integrar posteriormente a motivação da sentença de mérito, *v. g.*, quanto à autoria do crime”.⁵⁷

Por conseguinte, o documento utilizado como referência na decisão deve estar posicionado na mesma etapa processual e estampar o mesmo nível cognitivo reivindicado por ela. No âmbito da interceptação telefônica, telemática e informática, o processo penal está na fase administrativa, de investigação ou de inquérito policial, ou na fase instrutória da ação penal. O nível de cognição exigido nesses estágios é apenas indiciário (não exauriente), mas deve superar a mera suspeita. A referência à doutrina dos professores Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel é imperiosa para a correta delimitação do momento probatório:

A existência de uma investigação policial ou instrução resulta como pressuposto lógico da interceptação telefônica. Ao menos, urge a presença de indícios prévios, de dados objetivos conhecidos, que vão além da mera suspeita. Os órgãos da persecução penal devem já contar com dados suficientes sobre a autoria para só depois estarem habilitados a pedir a interceptação. Não existe interceptação de “prospecção”, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

em algum possível crime. A interceptação é, de outra parte, pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar. Não há interceptação “pré-delitual” (...). A interceptação pode ser o primeiro ato da “investigação criminal”, desde que já existam indícios razoáveis de autoria ou participação em uma infração penal.⁵⁸

Destarte, a decisão apenas pode fazer referência a documento que pertença à mesma conjuntura processual em que está sendo prolatada, respeitando, acima de tudo, a identidade do nível cognitivo demandado para a fase investigativa ou instrutória da persecução penal.

Quanto ao *terceiro critério*, Antonio Magalhães Gomes Filho tece críticas à prática utilizada nos juízos criminais que adotam como razões de decidir o conteúdo de pronunciamentos realizados pelo órgão do Ministério Público. Segundo ele, “essa prática, além de não atender à apontada exigência de *legitimidade*, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso [do juiz], também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a *imparcialidade* da decisão”.⁵⁹

Apesar da pertinência dos alertas do professor paulista, a jurisprudência admite, conforme visto anteriormente, o uso da motivação *per relationem* com referência a documentos elaborados por agentes estranhos ao juízo. Mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que possui precedentes mais restritivos, prevalece o entendimento pela validade da “utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir”. Exige-se, todavia e acertadamente, que “a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios” (STJ, RHC 94.488/PA, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/04/2018).

Idêntica posição é encontrada na Suprema Corte:

“HABEAS CORPUS” (...) ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MOTIVAÇÃO “*PER RELATIONEM*”. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF, HC 121036 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014).

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-98.

⁵⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

Por fim, o *quarto critério* busca respeitar a cronologia, a sequência lógica, dos atos processuais. Gomes Filho explica que, “diante da exigência inafastável de que as razões possam ser conhecidas pelos interessados, só é possível imaginar a remissão a um texto antecedente”.⁶⁰ O juiz apenas pode se valer da motivação *per relationem* para referenciar argumentos já conhecidos pelas partes. Não se admite, então, um pretensão exercício de “futuurologia”.

Nesse quadro, pode haver, por inúmeras causas, mudança na identidade física do magistrado reitor do feito e, conseqüentemente, na percepção intelectual do processo. Outrossim — e de maneira ainda mais relevante —, os elementos fáticos também costumam se alterar no decorrer da instrução probatória, conferindo novos e imprevisíveis rumos ao feito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desta pesquisa, pode-se concluir, de forma genérica, que: (i) o uso da técnica da motivação *per relationem* no âmbito das interceptações telefônicas é uma imposição fática, decorrente do avanço e da difusão tecnológica, da exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais, da exiguidade do prazo para decidir e das limitações próprias do Poder Judiciário; (ii) sensíveis a esse cenário, os Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm cancelado a prática; e (iii) apesar de conferir maior agilidade aos trabalhos, é imperioso o estabelecimento e a observância de critérios para a validade do método, sob pena de afronta a preceitos constitucionais caros aos cidadãos que figuram como foco da persecução penal.

Especificamente sobre a validade da decisão que se utiliza da técnica da motivação *per relationem*, é possível extrair da doutrina e da jurisprudência balizadores de relevo, sobretudo: (i) a necessidade de reprodução e ratificação expressa dos argumentos incorporados, inclusive com acréscimo de motivação individualizada pelo magistrado, visando garantir o controle externo da decisão; (ii) a demonstração, ainda que sucinta, da imprescindibilidade da medida; (iii) a exposição concreta das razões pelas quais a diligência está sendo autorizada naquela etapa do processo (contemporaneidade); (iv) a observância da mesma profundidade de cognição nas peças que se integram; e (v) o respeito à ordem cronológica dos provimentos integrados, só se mostrando viável a remissão a textos antecedentes.

Ao cabo, conclui-se pela importância da preservação do debate relacionado ao objeto deste estudo, em especial por envolver direitos e garantias valiosos ao processo penal e seus atores.

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CASELLI, Guilherme. **Manual de investigação digital**. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. **Processo penal nos crimes federais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022.

NOVOS PODERES: JUDICIÁRIO LEGIFERANTE, LEGISLATIVO PRESIDENCIALISTA E EXECUTIVO PARLAMENTAR

Teresa Melo⁶¹

RESUMO

O artigo descreve novas atribuições de cada um dos Poderes da República, questionando o entendimento de que a separação de poderes é um desenho rígido. Defende que a separação de poderes depende do desenho estabelecido pela constituição de um país e, nesse sentido, que o texto da Constituição de 1988 admite, inclusive, que um Poder exerça a função típica de outro. Entretanto, o desenho dos Poderes deve estar restrito à moldura da Constituição de 1988, sendo também por ela limitada. Dessa forma, há hipóteses em que ao Judiciário é legítimo criar normas, não havendo falar em atuação como “legislador negativo”, leitura mal compreendida das lições de Kelsen. Por outro lado, há situações de exercício ilegítimo de atribuições de outros poderes, em desenhos não compatíveis com a Constituição. A partir dessas premissas, o artigo analisa três configurações institucionais: o Judiciário legiferante; o Legislativo presidencialista e o Executivo parlamentar.

Palavras-chave: direito constitucional; separação de poderes; reeleitura; novas atribuições dos poderes.

INTRODUÇÃO: A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES

*“Enquanto os homens exercem seus podres poderes
Morrer e matar de fome, de raiva e de sede
São tantas vezes, gestos naturais”
(Caetano Veloso, “Podres Poderes”).*

Propor a existência de uma nova separação de poderes desafia o entendimento majoritário, calcado na concepção kelseniana de cortes constitucionais como legisladores negativos, bem como na clássica doutrina de Montesquieu. A noção de separação de poderes que se reproduz há anos,

⁶¹ Professora de Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Procuradora Federal. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8707732841163423> ORCID: 0000-0002-0209-8860 Email: t.melo.costa@gmail.com

e que encobre a existência de concepções doutrinárias diversas entre si⁶², prescreve, por exemplo, que ao Judiciário caberia apenas aplicar (ou suspender, nos casos de inconstitucionalidade) as leis aprovadas pelo Legislativo; ao Legislativo apenas legislar e ao Executivo apenas administrar. A explicação da doutrina clássica costuma evoluir da divisão estritamente funcional para a fórmula consagrada pelo direito estadunidense de controle recíproco entre os poderes, ou *checks and balances*⁶³, passando pela menção quase automática a Montesquieu como maestro de uma separação de poderes que até hoje seria aplicada, concepção que levou Bruce Ackerman a clamar por um necessário adeus ao pensador do século XVIII⁶⁴, cuja doutrina já não é mais suficiente para descrever e prescrever a interação entre os poderes atuais do Estado.

Esse, aliás, é um bom ponto de partida para a análise de tantas inconsistências teóricas. O enfoque histórico baseado na obra e na doutrina de Montesquieu – e não diretamente na tradição e constituição inglesas –, além da adoção de uma espécie de separação de poderes universal e congelada no tempo, são os fatores apontados por Nuno Piçarra como responsáveis “por muita da controvérsia, dos mal-entendidos e das perplexidades que se geraram, não só em torno da doutrina, como em torno do próprio princípio constitucional homônimo”.⁶⁵

De acordo com o que se extrai da doutrina, a separação de poderes comporta duas dimensões principais: uma mais ampla, que a concebe a partir de uma perspectiva (i) *orgânico-funcional*; e uma mais concreta, que analisa o princípio com base em uma visão (ii) *dogmático-constitucional*, emoldurada pela

⁶² PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 12: “Podem enumerar-se, para já, pelo menos as seguintes aceções: 1a. Distinção entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem; 2a. Independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos, perante a acção ou interferência de outro; 3a. Limitação ou controlo do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro; 4a. Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos; 5a. Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais”.

⁶³ O que não significa que a releitura estadunidense seja “esvaziada de conteúdo social”, como lembrado por Conrado Hübner Mendes e Cícero de Araújo. MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶⁴ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 14, jan./abr. 2014: “Nenhum outro campo de pesquisa académica é tão intensamente dominado por um único pensador, quiçá um pensador do século XVIII”.

⁶⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 19.

engenharia institucional prevista na constituição em vigor em determinado Estado, em determinada época. As duas perspectivas nem sempre se compatibilizam, podendo até mesmo ser antagônicas. A dimensão orgânico-funcional (ou *separação de poderes como doutrina*) corresponde ao que usualmente se costuma descrever como separação de poderes: pressupõe a diferenciação material das funções do Estado, sendo cada uma delas atribuída a um órgão estatal específico e independente dos demais, seja por exigências de caráter jurídico ou por razões garantísticas, para que ao final nenhum dos órgãos exerça, sozinho, todo o poder conferido ao Estado. Mas essa concepção não se basta.

Para complementar ou contrastar com o prisma orgânico-funcional, entra em jogo a concepção *dogmático-constitucional* da separação de poderes, ou *separação de poderes como princípio*. Assim entendida, a separação de poderes deve se amoldar ao projeto previsto na Constituição, já que *não é prévia ao texto constitucional e nasce a partir dele*.⁶⁶ A determinação do conteúdo, do sentido e do alcance do princípio da separação de poderes é atribuída pela constituição em vigor, e não o contrário.⁶⁷

A canonização de uma dimensão funcional – ou doutrinária – da separação de poderes esbarraria, assim, “em contraste cada vez mais nítido com a realidade constitucional, bem como a sua identificação, nalguns casos, com um programa político-constitucional pré-democrático”.⁶⁸ Pré-democrático porque a *matriz congelada da separação de poderes*⁶⁹ foi concebida para equilibrar as forças de uma sociedade hierarquizada e estamental, dividida entre realeza, aristocracia e povo, que em nada se parece com os ideais de liberdade, igualdade e democracia preconizados pela Constituição de 1988.

Com efeito, se o princípio da separação de poderes não resultar em exercício do poder político em conformidade com a promoção dos direitos

⁶⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16.

⁶⁷ Essa concepção foi defendida expressamente pelo Ministro Eros Grau em voto proferido no julgamento conjunto dos mandados de injunção que questionavam a ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos: “não há que falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original”. Voto do Ministro Eros Grau no julgamento conjunto do MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, do MI 670/ES, Rel. Min. a Rosa Weber e do MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux. STF, Plenário, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

⁶⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 14.

⁶⁹ Ver MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 170.

fundamentais e da democracia, poderá estar a serviço da velha ordem política ou de grupos de interesse organizados, mas não da Constituição. Um poder exercido sem preocupação com sua dimensão social pode até obedecer (formalmente) à divisão proposta por Montesquieu, mas não é capaz de se autolegitimar a partir da mera invocação do “princípio da separação de poderes”.

A releitura do princípio da separação de poderes pelo constitucionalismo contemporâneo adiciona outras preocupações constitucionais ao ideal de contenção do arbítrio, como a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a exigência de arranjos institucionais que tutelem os direitos fundamentais e a democracia.⁷⁰ O Estado passou de inimigo a ser combatido a agente promotor de interesses sociais relevantes, e a mudança de seu papel implicou a necessidade de redefinição da concepção constitucional que se tem de separação de poderes. Deve-se buscar a melhor engenharia institucional, a indicação do órgão ou do poder estatal mais adequado para promover os valores ínsitos à nova separação de poderes, desde que não haja abusos.

Além disso, considerando que a tomada de decisões no Estado de Direito é de natureza dinâmica, o princípio constitucional da separação de poderes comporta que as instituições passem a negociar “passo a passo seus raios de atuação. Mesclam atos de ativismo e contenção, ocupação e desocupação de espaço, variando de acordo com a ‘voltagem política do conflito’”⁷¹, sempre em busca da solução que melhor promova os direitos fundamentais e o projeto da Constituição. Não se pode descuidar, por fim, da existência de um controle recíproco entre os Poderes, razão pela qual a atuação complementar dos Poderes – fora de seu raio típico de atuação –, para ser compatível com a Constituição de 1988, deve deixar espaço para a sua revisão pelo Poder constitucionalmente competente para a tomada da decisão em primeiro lugar.

Estabelecidas as premissas principais em relação à separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional, os cenários discutidos nesse artigo demonstram que os Poderes da República, seja por desenho constitucional, por escolha do legislador, por interpretação das cortes, ou por degeneração do sistema, estão atuando de forma bem diferente da doutrina clássica da separação

⁷⁰ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Harvard Law Review, number 3, volume 113, 2000, p. 7-8: “I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, ‘Separating power on behalf of what?’ The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny”.

⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais**, separação de poderes e deliberação. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 185 e 186.

de poderes. A questão que se coloca diante de cada diferente cenário é: qual combinação de atividades e funções é admitida pela Constituição de 1988 e quais são inconstitucionais? Embora o princípio da separação de poderes não seja, em si, um obstáculo à maior divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, inclusive do compartilhamento excepcional de suas funções típicas, impede que um Poder obstrua o exercício da *função constitucional típica* do outro, além de demandar espaço para controle e revisão pelo Poder constitucionalmente competente para a função típica em jogo.

Estabelecidas essas premissas, três cenários passam a ser analisados, em que o exercício da atividade típica de um Poder do Estado é compartilhado por outro Poder, o que, a depender do caso, pode – ou não – configurar degeneração do sistema constitucional ou aprimoramento da arquitetura constitucional de tomada de decisão.

2 O JUDICIÁRIO LEGIFERANTE

A atuação das cortes constitucionais como “legisladores positivos” corresponde à compreensão da separação de poderes a partir de uma constituição concreta, em vigor, e não de um texto pretérito. A dimensão doutrinária da separação de poderes é essencial ao Estado de Direito e deve subsistir como limitação e moderação do poder, mas é insuficiente para descrever a realidade normativa, principalmente a estabelecida pela Constituição de 1988. No contexto brasileiro, a questão da legitimidade do exercício do poder político e sua correlação com o princípio da separação de poderes é ainda mais significativa, diante da forma como, na prática, o Legislativo e o Executivo se relacionam.

Refiro-me ao *presidencialismo de coalizão*, capaz de corromper a interação institucional com a cooptação do Legislativo por um Executivo forte, ou com a dragagem de um Executivo fraco para as entranhas de um Legislativo autointeressado.⁷² O presidencialismo de coalizão brasileiro forjou-se dentro e *apesar* do princípio constitucional da separação de poderes, cuja engenharia institucional não tem sido capaz de representar freio ao exercício concertado e concentrado do poder, muitas vezes contra a sociedade. É para combater vícios como esse que a separação de poderes deixa de pressupor apenas uma divisão material das funções supostamente exclusivas de cada um dos ramos do Estado, aspirando a uma validade científica universal e atemporal, para ser entendida dentro das exigências do texto da Constituição, cujo controle da divisão de competências só faz sentido se visar a realização das finalidades e do projeto de país nela previstos.⁷³

⁷² Ver ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁷³ M. J. C. Vile chega a afirmar que qualquer visão da separação de poderes que não abranja

Se a atuação normativa do Judiciário é permitida pela Constituição observadas algumas regras, é também por ela limitada – e a busca de parâmetros para a atuação normativa do Judiciário é a maior variável nessa equação. De toda forma, não há sentido em invocar aprioristicamente o princípio da separação de poderes como escudo contra a criação judicial, a significar que o Judiciário deva permanecer inerte mesmo na hipótese de ausência de norma garantidora do exercício de um direito fundamental. Em um contexto em que o Supremo Tribunal Federal, além do controle normativo, passou a exercer também o controle de efetividade da própria Constituição de 1988⁷⁴, pode-se concordar com a existência de uma nova missão das cortes constitucionais, ao lado da defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático: a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, aqui também referida como atuação jusnormativa da corte constitucional.

Em estudo comparado intitulado *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Allan Randolph Brewer-Carías analisa o sistema constitucional dos mais diferentes países para, ao final, constatar que embora as cortes constitucionais tenham como princípio básico a sua submissão à Constituição, não invadindo o campo de atuação do legislador ou do constituinte originário, todas atuam, em maior ou menor grau, como *legisladores positivos*. Nesse sentido, a atuação como “legislador positivo” seria o *novo papel das cortes e supremas cortes do mundo*, merecendo análise e formulação de limites. Não correspondem a legisladores no sentido de *propor, de forma livre*, normas de caráter geral e abstrato, tal como os legisladores eleitos. Mas não há como negar que o papel das cortes constitucionais se modificou radicalmente ao longo dos anos, principalmente no pós-guerra, sendo hoje influenciado por princípios como o da conservação da norma e o da prevalência dos direitos humanos. Em casos de proteção dos direitos fundamentais, por exemplo, o professor venezuelano Brewer-Carías entende que não há dúvidas quanto à aceitação da atividade criadora dos tribunais constitucionais com interferência na função legislativa, para aplicar princípios e valores constitucionais.⁷⁵

a justiça social e os instrumentos necessários para satisfazê-la, é “*uma concepção morta de separação de poderes*”: “The picture has changed because this value (justiça social) is seen as superior to the others, because the main purpose of this new structure is to co-ordinate the older structures, and therefore to some extent to subordinate them. The political party process has come to encompass the electoral, legislative, and executive processes, and indeed the judicial process as well. The rise of this new value and the structures which ensure its realization must mean that any facile view of ‘the separation of powers’ is dead”. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967, p. 385.

⁷⁴ Sobre o tema, v. MELO, Teresa. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 84 e ss.

⁷⁵ BREWER-CARIÁS, Allan Randolph. **Constitutional Courts as Positive Legislators**. Nova Iorque:

No que aqui interessa, o impacto do papel normativo das cortes constitucionais é produzido sobre três principais áreas: (i) nas normas constitucionais, com influência sobre o poder constituinte originário e derivado; (ii) na legislação infraconstitucional, seja ao adicionar, reduzir ou substituir provisões; ao decidir sobre a produção de efeitos temporais das leis; seja na ausência de legislação, suprindo a omissão total ou parcial do legislador ordinário; e (iii) no processo constitucional, notadamente na criação de novas técnicas de decisão.

Todos os três campos de normatização pelas cortes constitucionais podem ser verificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF interfere criativamente no texto da Constituição e das emendas constitucionais, na legislação existente, na supressão da omissão do legislador e no processo de controle de constitucionalidade, apesar de não diferenciar esses campos, nem analisar cada hipótese de criação judicial de forma individualizada. Parece incontestável que os pressupostos para a intervenção criativa da Corte com impacto no poder constituinte são diferentes daqueles referentes à supressão da omissão em tema de direitos fundamentais, embora essa diferenciação fuja ao objeto do presente estudo. Abaixo seguem exemplos que demonstram que o Supremo Tribunal Federal exerce atividade criativa em cada um dos campos acima referidos.

(i) A primeira forma de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal é a que produz efeitos sobre o poder constituinte originário ou derivado, porque interfere sobre o próprio texto constitucional. Ocorre, por exemplo, tanto ao integrar normas constitucionais, como também ao resolver disputas federativas entre órgãos e entes estatais, ao apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, ou ao exercer legitimamente a chamada mutação constitucional.

Os dois principais casos em matéria de atuação positiva do STF com impacto nas normas constitucionais referem-se aos julgados sobre nepotismo (ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto) e fidelidade partidária (MS 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia). A ADC 12 tinha por objeto a Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que impedia a contratação de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados sem concurso público. O Supremo Tribunal Federal não apenas julgou constitucional a resolução do CNJ, com fundamento direto no princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição, como *estendeu a proibição do nepotismo até o terceiro grau de parentesco nos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; da União, Estados e Municípios*. O precedente, de conteúdo fortemente criativo, deu origem à Súmula Vinculante 13/STF.⁷⁶

Cambridge University Press, 2011, p. 892.

⁷⁶ Súmula Vinculante 13/STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta,

Na seara político-partidária, o julgamento do MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, adicionou à Constituição uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar. Embora a migração voluntária de partido político (infidelidade partidária) constasse expressamente do art. 35 da Constituição *de 1969* como causa de perda de mandato – e *não* houvesse sido reproduzida no art. 55 da Constituição de 1988 –, o STF considerou a fidelidade partidária como “corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”. Acrescentou ao texto constitucional, por suposta interpretação constitucional, um novo fato gerador de perda do mandato parlamentar.

Em matéria de processo constitucional, uma decisão importante de atuação criativa do Supremo Tribunal Federal com interferência nas normas constitucionais refere-se ao julgamento dos embargos de declaração no RE 571.572/BA, Rel. Min. Ellen Gracie. Ao apreciar os aclaratórios, sem citar a questão de fundo, o STF se deparou com a seguinte questão processual: como prestigiar a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça para uniformizar a interpretação do direito ordinário federal, se a própria Constituição não prevê o cabimento de recurso especial contra acórdão de turmas recursais dos juizados especiais? Na hipótese, não se encontravam presentes os pressupostos de cabimento dos embargos de declaração, nem o recurso extraordinário havia sido conhecido quanto à discussão sobre a competência do STJ – tendo a matéria, quanto ao ponto, transitado em julgado.

De toda forma, em razão da inexistência de outro meio processual capaz de solucionar o problema, a Corte resolveu conhecer dos embargos para solucionar a questão, declarando “o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional”. Dessa forma, estabeleceu uma nova hipótese de cabimento de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça.⁷⁷

colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

⁷⁷ O acréscimo foi registrado com precisão por Thiago Magalhães Pires: “O STF atuou como legislador positivo. Simples assim. Ao contrário do que costuma dizer, mas de acordo com sua jurisprudência recente, o Tribunal modificou o sistema constitucional para alterar, em caráter transitório, a regra pertinente ao cabimento da reclamação para o STJ. Note-se que tanto essa norma como aquela que define o cabimento do recurso especial – e que seria, por assim dizer, a grande ‘culpada’ pelo problema identificado – foram estabelecidas pelo próprio poder constituinte originário”. PIRES, Thiago Magalhães. Legislador negativo? O STF e a vinculação dos juizados especiais à jurisprudência

O impacto também pode ser sentido em matéria de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Emenda Constitucional no 62/2009, que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao ADCT, cujo texto foi objeto da ADI n. 4357 e da ADI n. 4425, ambas da relatoria do Min. Luiz Fux.⁷⁸ Do mesmo modo com a Emenda Constitucional no 73/2013, que criara quatro Tribunais Regionais Federais, questionada no âmbito da ADI 5.017, Rel. atual Min. Luiz Fux.⁷⁹ Embora nem todas as ações diretas de inconstitucionalidade tenham sido julgadas no mérito, foram admitidas e processadas perante o Supremo Tribunal Federal.

(ii) O segundo campo de incidência de decisões de cunho criativo do Supremo Tribunal Federal refere-se à legislação infraconstitucional, aquele

do STF. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 15, jul-set 2009, p. 336.

⁷⁸ A Emenda Constitucional nº 62/2009 estabeleceu novo regime especial de pagamento de precatórios e foi parcialmente declarada inconstitucional nas ADIs 4357 e 4425, Rel. Min. Luiz Fux, por violação a cláusulas pétreas, como a garantia do acesso à justiça, a independência entre os poderes e a coisa julgada. Seu julgamento pode ser considerado um marco em termos de atuação do STF com impacto nas normas constitucionais, o que não significa afirmar que tenha atuado como “constituente positivo”. O Tribunal concluiu que a declaração pura e simples da inconstitucionalidade material de dispositivos da emenda geraria uma situação inconstitucional ainda mais grave: o retorno ao regime de pagamento de precatórios anterior. Considerando que a Emenda Constitucional no 62/2009 pelo menos movimentara a fila de precatórios, resolveu estabelecer um verdadeiro *sistema normativo de transição em substituição ao anterior, criado por emenda constitucional*. A solução encontrada é bastante complexa e envolve os seguintes pontos principais: (i) quanto à correção monetária, o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para considerar válido o índice básico da caderneta de poupança (TR) para a correção dos precatórios até a data do julgamento da modulação de efeitos (25 de março de 2015), estabelecendo, em sua substituição, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E); (ii) foram mantidas as compensações, leilões e pagamentos à vista realizados até a data do julgamento da modulação de efeitos; (iii) estendeu-se, pelo prazo de cinco anos (a contar de janeiro de 2016), a possibilidade de realização de acordos diretos com os credores de precatórios, observada a ordem de preferência e; (iv) foi atribuída ao Conselho Nacional de Justiça a competência para supervisionar o pagamento de precatórios nos termos da decisão, e para apresentar proposta normativa que solucionasse duas outras questões: a compensação de precatórios vencidos com a dívida ativa; e o uso compulsório de 50% dos depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios.

⁷⁹ Na ADI 5017, Rel. atual Min. Luiz Fux, o Ministro Joaquim Barbosa, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da Emenda Constitucional nº 73/2013, que acrescia parágrafo ao art. 27 do ADCT para criar os Tribunais Regionais Federais das 6a, 7a, 8a, e 9a Regiões, que deveriam ser instalados em até seis meses da data de promulgação da emenda. No caso, após basear-se em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA para concluir que os gastos com os novos tribunais eram ineficientes para enfrentar “o afogamento da Justiça Federal” – cujo gargalo, no entender do Ministro, estaria na primeira instância e nos julgados especiais –, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que a medida era de iniciativa privativa do Judiciário e “nem sequer a utilização do expediente de emenda à Constituição poderia atalhar a prerrogativa de iniciativa do Poder competente na propositura legislativa e nas discussões que sejam de seu *direto interesse*” (grifei). Tratava-se, portanto, o próprio exercício do poder de emendar a Constituição quanto à organização do Poder Judiciário, ainda que o Presidente do Supremo Tribunal Federal não possua legitimidade ativa na forma do art. 60 da CF.

relacionado à essência do controle de constitucionalidade das leis: o papel de interpretar e verificar a compatibilidade e a efetividade de leis e atos normativos com a Constituição Federal. A partir da consagração de técnicas de decisão que evitam ao máximo a declaração de inconstitucionalidade das normas, prestigiando-se a sua conservação e a atuação do legislador ordinário, aumenta-se o conteúdo criativo dos julgados do STF em relação às leis existentes. Ao invés de simplesmente declarar uma lei como inconstitucional, o Supremo tem buscado determinar quais as interpretações da norma são compatíveis com a Constituição; ou promover a alteração normativa capaz de torná-la constitucional; ou mesmo adicionar o conteúdo necessário para afastar sua inconstitucionalidade.

Há várias decisões que exemplificam a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal com impacto na legislação infraconstitucional. Ao julgar a ADI 4815, Rel. Min.a Cármen Lúcia, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, sem redução do texto dos arts. 20 e 21⁸⁰ do Código Civil para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão, declarar inexigível a necessidade de consentimento do biografado para a publicação de suas biografias.

Outro julgado com interferência criativa da Corte na legislação infraconstitucional refere-se à ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, que apreciou a constitucionalidade do art. 1º da Lei no 9.536/1997. A norma garantia ao servidor público removido *ex officio* (no interesse da Administração) para localidade diversa, o direito de transferência “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga”. Embora a lei não restringisse o exercício do direito à congeneridade das instituições, o STF estabeleceu que a interpretação do dispositivo em conformidade com a Constituição “pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de pública para pública –, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública”.

De outro lado, é para o campo da omissão inconstitucional e de suas repercussões que o foco de estudo em matéria de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal tem classicamente se orientado, principalmente nos casos em que a ausência de regulamentação interfere na fruição de direitos fundamentais.⁸¹ Isso porque, além da prever a ação direta de

⁸⁰ Art. 20, Código Civil: c“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Art. 21, Código Civil: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

⁸¹ “Se considerarmos que os direitos fundamentais são condições para a cooperação democrática,

inconstitucionalidade por omissão (ADO) para o controle do impacto da omissão legislativa na higidez do sistema normativo, a Constituição de 1988 estabeleceu uma garantia específica quando direitos subjetivos estão em disputa: o mandado de injunção, cuja construção seguiu uma longa caminhada jurisprudencial. De um (i) primeiro momento em que o Supremo entendia que só deveria dar ciência da mora ao Poder Legislativo, passou-se pela (ii) concepção intermediária, em que o tribunal estabelecia prazo para a aprovação de norma regulamentadora, até chegar ao (iii) momento atual, em que o Supremo Tribunal Federal já assume que juridicamente lhe cabe estabelecer a norma faltante. Ou seja: com base em fundamento constitucional, o Supremo reconhece seu papel de legislador provisório, cujas normas serão válidas até a superveniência de lei infraconstitucional regulamentadora da matéria. Três importantes temas foram julgados pelo STF em mandado de injunção: o direito de greve no serviço público⁸², o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos⁸³ e a necessidade de regulamentação do aviso prévio.⁸⁴

então, o Judiciário possui também a prerrogativa de concretizá-los quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. (...) Não há, portanto, obstáculos democráticos à possibilidade de o Judiciário elaborar a norma regulamentadora capaz de permitir a concretização de tais condições. Pelo contrário, a democracia o requer. Para que se justifique a atuação judiciária, é necessário apenas que a não-regulamentação implique deixar de concretizar um direito fundamental. Do contrário, cabe à maioria decidir sobre a conveniência e a oportunidade de elaborar a norma regulamentadora”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. **Revista Interesse Público**, v. 43, 2007, p. 114.

⁸² MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, do MI 670/ES, Rel. Min. a Rosa Weber e do MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux. Diante da ausência de norma regulamentadora do art. 37, VII, da CF, o Supremo Tribunal Federal decidiu caber à Corte adotar “medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configurasse como ofensa ao modelo de separação de poderes”. Aplicou ao setor público, por analogia, a Lei no 7.783/1999, que disciplina o direito de greve no âmbito privado. E mais. O reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos e a ausência de norma regulamentadora produzia ainda uma outra consequência: a necessidade de fixar a competência constitucional para processo e julgamento dos dissídios de greve do setor público. Até a definitiva disciplina legislativa, o STF sanou a omissão para aplicar, também por analogia, os critérios da Lei no 7.701/1998 para decidir se a competência para processo e julgamento dos futuros casos seria do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça. STF, Plenário, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

⁸³ No MI 721, Rel. Min. Rel. Marco Aurélio, o STF não apenas verificou a ausência de regulamentação do art.40, § 4º, da Constituição Federal, que disciplina a aposentadoria especial no serviço público, como determinou a aplicação do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91, por analogia. Estendeu a regra do regime geral de previdência social ao regime próprio, porque ambas tratariam de aposentadoria especial. Embora aqui, a rigor, a razão de direito não seja a mesma, o STF aplicou a regra do regime geral por presunção de que os casos seriam iguais.

⁸⁴ A analogia é recurso muito utilizado para suprir a ausência de regulamentação de direitos subjetivos, porque seu fundamento é o princípio da igualdade, na medida em que onde existe a mesma razão deve haver a mesma disposição do direito. Mas no MI 943, Rel. Min. Gilmar

(iii) Em matéria de processo constitucional, a atividade inovadora do Supremo Tribunal Federal tem sido exercida de duas formas principais: para interpretar ampliativamente as competências da Corte, e para a criação de meios processuais para solucionar o caso concreto. O maior exemplo de *ampliação* de uma competência do Supremo Tribunal Federal refere-se à possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas à Constituição⁸⁵, que embora não listada expressamente no rol do art. 102 da Constituição Federal, decorreu da *interpretação* conjunta do art. 102, I, *a*, e do art. 62, §4º da CF. Hoje, o STF entende que lhe cabe realizar o controle de qualquer emenda à Constituição, independentemente da matéria. Outra criação de competência realizada pelo STF, mas em favor do Superior Tribunal de Justiça, refere-se à hipótese de cabimento de reclamação para o STJ quando em jogo a uniformização da interpretação da lei federal realizada pelos juizados especiais e incabível recurso especial.⁸⁶

(iv) Quanto à criação de novas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, não se pode deixar de registrar o acórdão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. atual Min. Luís Roberto Barroso). A Corte, por maioria, considerou válido o procedimento de demarcação contínua da reserva indígena (ao invés da demarcação em ilhas), mas estabeleceu uma série de *salvaguardas institucionais* para a execução do julgado, decorrentes do art. 231 e 232 da Constituição. Embora nem todas as condicionantes possam, de fato, ser reconduzidas ao texto constitucional, *a declaração de constitucionalidade com a fixação de subregras constitucionais* corresponde a uma técnica de decisão inédita no STF. O Tribunal estabeleceu um verdadeiro regime jurídico de constitucionalidade, a partir da incidência de dezenove condicionantes.⁸⁷

Mendes, o STF constatou a inexistência de qualquer parâmetro normativo preestabelecido em matéria de aviso prévio proporcional, diferentemente do que ocorrera com o direito de greve ou com a aposentadoria especial. O Ministro Gilmar Mendes, então, indicou adiamento do feito para consolidar as propostas de regulamentação da matéria, de forma a concretizar o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Nesse ínterim, em prazo recorde, foi publicada a Lei 12.506/2011, que finalmente disciplinou o instituto, passando a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos casos pendentes de julgamento final.

⁸⁵ STF, Plenário, ADI 829, Rel. Min. Moreira Alves, j.14.04.1993, p. 16.09.1994: “Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – no caso, a n. 2, de 25 de agosto de 1992 – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”.

⁸⁶ STF, Plenário, RE 571.572-EDcl, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 26.08.2009, p. 27.11.2009. do Supremo Tribunal Federal, a internacionais celebrados pelo Brasil. er nyres Britto: e seus Ministros. bianos. mpata

⁸⁷ A doutrina não conseguiu classificar o acórdão da PET 3.388, Rel. atual Ministro Luís Roberto Barroso, porque seu conteúdo não se adequa à nenhuma categoria de decisão existente na doutrina

Todos esses casos, dos três grandes campos identificados, demonstram que a discussão acerca da possibilidade de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal apresenta um desvio de perspectiva. A verdadeira questão não está em saber *se* o STF pode inovar normativamente, porque é certo que *algum grau de atividade legislativa está contido na função jurisdicional das cortes*. Entretanto, porque juízes *não* são legisladores, estão sujeitos a limites diferenciados no exercício da atividade normativa.

No recorte do Professor Conrado Hübner Mendes, “passamos a discutir ‘*se*’ uma Corte está ou não legislando, e não ‘*quando, como, quanto e por que*’ legisla”.⁸⁸ A atuação legislativa das cortes constitucionais em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, não é uma peculiaridade do STF, é um papel que está sendo exercido pela maioria dos tribunais constitucionais do mundo e que decorre da própria Constituição, por menos usual que essa afirmação possa parecer. Estabelecida a premissa de que existe atividade legislativa *dentro* da função jurisdicional, passa-se então à necessidade mais importante na matéria: a definição de limites, critérios e parâmetros para a intervenção criativa da Corte⁸⁹, o que ultrapassa os limites do presente trabalho.⁹⁰

3 O LEGISLATIVO PRESIDENCIALISTA

A expressão “legislativo presidencialista” encontra inspiração no desenho atual do Poder Legislativo brasileiro, centrado e concentrado nos presidentes das casas legislativas e nos líderes partidários. A regra da maioria, mola mestra do ideal democrático, e operada descritivamente por um conjunto de representantes que refletiriam as cosmovisões da sociedade, aproxima-se de um mito se considerada

brasileira do controle de constitucionalidade. Muitos qualificam o acórdão como uma decisão aditiva, mas os pressupostos das aditivas não se encontram presentes na hipótese. Fato é que o conjunto chamado pelo Supremo Tribunal Federal de salvaguardas institucionais no caso Raposa Serra do Sol é conhecido pela Corte Constitucional da Colômbia como subregras constitucionais, núcleo da técnica de decisão colombiana que identifiquei por decisão paramétrica (sentenças hito), embora na corte vizinha tenha servido para qualificar decisões que declaram a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade. O que o Supremo Tribunal Federal consagrou no precedente da Raposa Serra do Sol foi o uso da sentença paramétrica de constitucionalidade, embora nem todos os parâmetros firmados no precedente ostentem, de fato, o atributo da constitucionalidade.

⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. Ativismo social, não judicial. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/ativismo-social-nao-judicial-22983759>. Acesso em: 16 ago. 2018.

⁸⁹ No campo da omissão inconstitucional há alguns trabalhos doutrinários que estabelecem parâmetros para a atuação positiva legítima do Supremo. Ver, por exemplo, SARLET, Ingo; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos direitos fundamentais e o STF como “legislador positivo”. Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 13, n. 2, jul-dez 2013, p. 95-133.

⁹⁰ Para aprofundamento da questão, v. MELO, Teresa. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

a estruturação do Poder Legislativo. No dia a dia parlamentar, as decisões mais importantes da República são tomadas por (i) um conjunto pequeno e seletivo de pessoas – os Presidentes das Casas Legislativas e líderes partidários –, passando ao largo da grande maioria dos congressistas; além de serem, em regra, (ii) discutidas apenas no âmbito de comissões temáticas das Casas, uma vez que a regra no processo legislativo é a adoção do procedimento comum abreviado, e não do procedimento comum ordinário⁹¹; além de (iii) os projetos de lei, quando submetidos a Plenário, serem votados por votação simbólica, e não nominal. Esse desenho faz com que o Poder Legislativo, idealmente referido como majoritário e representativo, seja centrado e concentrado em apenas alguns de seus membros. Refiro-me aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aos Colégios de Líderes, aos Presidentes das Comissões Temáticas e aos líderes de cada sigla partidária – que se sobrepõem em importância e influência aos plenários e às próprias comissões.⁹²

O Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal exercem, cada um na respectiva Casa, a presidência da Mesa Diretora, integrada ainda por dois vice-presidentes e quatro secretários, eleitos diretamente por seus pares a cada biênio. As Mesas possuem atribuições importantes, mas na maioria das vezes de natureza apenas administrativa. As manifestações de cunho decisório, por sua vez, estão centradas na figura do Presidente da Casa Legislativa. Já os líderes partidários são encarregados da coordenação e representação dos interesses da sua bancada⁹³ ou

⁹¹ No procedimento comum abreviado os projetos de lei não são apenas debatidos e discutidos no âmbito das comissões temáticas das Casas Legislativas, mas também por elas votados em caráter terminativo ou conclusivo, a significar que após a votação seguem para a casa revisora ou para a sanção ou veto do Presidente da República. Dessa forma, não há discussão e votação do projeto de lei pelo Plenário, mas apenas pelos congressistas que têm assento nas comissões por onde o projeto de lei tramita. Sobre processo legislativo e seus diferentes ritos, conferir CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

⁹² As comissões podem ser permanentes ou temporárias e são formadas por uma pequena parcela do número de membros de cada casa legislativa. São compostas em observância à regra da proporcionalidade partidária, calculada no início de cada legislatura. A Câmara dos Deputados possui atualmente 25 comissões permanentes, sendo 13 no Senado Federal. Na Câmara dos Deputados, o número de integrantes de cada comissão permanente é definido no início de cada legislatura e pode variar entre o mínimo de 3,5% e o máximo de 13% do total de deputados; no Senado Federal, o número de membros de cada comissão específica já vem fixado no regimento interno, sendo que a menor delas tem 11 e as maiores, 27 membros. No caso das comissões temporárias, o número de membros, em ambas as casas, é definido no ato ou requerimento de criação de cada comissão.

⁹³ V. Art. 9º, caput e § 4º, do RICD. Apenas as bancadas com representação equivalente a, no mínimo, um centésimo do total de deputados, possuem direito a compor uma liderança. As bancadas que não dispõem desse número podem indicar um de seus integrantes para encaminhar a votação de proposição e para falar em sessão, uma vez por semana, durante cinco minutos. Por praxe, participam do Colégio de Líderes na qualidade de representante do partido,

de determinado bloco parlamentar, havendo também líderes que não representam uma bancada específica, mas sim os interesses da maioria, do governo, da minoria e da oposição (respectivamente, o líder da maioria, o líder do governo, o líder da minoria e o líder da oposição), mas ainda assim com poder de fala e influência política. Por fim, o Colégio de Líderes, como o nome indica, corresponde a órgão integrado por todos os líderes da Casa, presidido pelo Presidente da Mesa⁹⁴, de caráter apenas consultivo, mas nem por isso de menor importância. Suas decisões são tomadas preferencialmente por consenso, mas quando isso não é possível, decide-se por maioria absoluta de votos, os quais são ponderados em função da expressão numérica da bancada que cada líder representa (art. 20, § 2º, RICD). Os líderes do Governo, da Minoria, da Maioria e da Oposição podem participar das reuniões do Colégio de Líderes, mas não têm direito a voto.⁹⁵

Tomando por base a Câmara dos Deputados, em 2022 o Colégio de Líderes era composto por 22 líderes de bancada, um representante partidário⁹⁶ e 4 líderes que representavam Governo, Maioria, Minoria e Oposição, que junto com o Presidente da Casa totalizavam 28 membros.⁹⁷ Era esse o total de

sem assento formal ou direito de voto no colegiado.

⁹⁴ O colégio de líderes não funciona exatamente como descrito pelo Regimento Interno, tendo assumido contornos mais fluidos, seguindo prática iniciada na Assembleia Nacional Constituinte. De toda forma, constata-se “uma crescente institucionalização dessas reuniões ao longo dos anos, com o anúncio público de sua ocorrência, sua frequência quase semanal, acompanhamento de jornalistas, apoio administrativo e rotina de comunicação formal entre o Presidente e os Líderes sobre sugestões de agenda e elaboração de relatórios de matérias a serem apreciadas. Esse desenho institucional se explica pelo fato de que o poder formal de agenda do Presidente de incluir matérias na Ordem do Dia das sessões é contrabalançado pelas prerrogativas dos Líderes de retirarem matérias de pauta durante as Sessões e de promoverem obstrução nas votações, exercendo, assim, poderes de veto sobre a agenda do Plenário (RICD/89, artigos 117, VI, e 82, § 6º). Por outro lado, os poderes positivos de agenda dos Líderes, especialmente por meio dos requerimentos de urgência, são significativamente mitigados na prática pela capacidade do Presidente da Casa de não obrigatoriamente pautar as matérias urgentes. De acordo com as regras regimentais de urgência (RICD/89, artigos 153 a 157), as proposições com urgência solicitada pelos Líderes e aprovada pelo Plenário, em especial aquelas sujeitas ao apoio e quórum de votação por maioria absoluta, deveriam ser automaticamente incluídas na Ordem do Dia. No entanto, ao longo dos anos, uma longa fila de espera de matérias com urgência aprovada foi se formando, ficando sua inclusão em Ordem do Dia condicionada a uma nova decisão do Presidente em acordo com os Líderes”. VIEIRA, Fernando Sabóia. *Efeitos das regras procedimentais legislativas nas decisões da Câmara dos Deputados*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 95.

⁹⁵ Art. 20, § 1º, RICD.

⁹⁶ Art. 9º, § 4º, RICD: “O Partido que não atenda o disposto no caput deste artigo não terá Liderança, mas poderá indicar um de seus integrantes para expressar a posição do Partido no momento da votação de proposições, ou para fazer uso da palavra, uma vez por semana, por cinco minutos, durante o período destinado às Comunicações de Lideranças”.

⁹⁷ Disponível em <https://www.camara.leg.br/deputados/lideres-e-vice-lideres-dos-partidos>.

peessoas que integravam o Colégio de Líderes da Câmara dos Deputados, um número infinitamente menor que os 513 membros eleitos – mas que, por sua vez, concentram em si as decisões mais importantes dos trabalhos legislativos – desde consultas sobre a pauta e definições de urgências regimentais, a designação de relatorias de proposições e composição de comissões. Vem daí a provocação título do presente item, que compreende o Poder Legislativo como a manifestação dos interesses e consensos dos presidentes e líderes, assemelhando-se a um poder “presidencialista”. Não à toa que, na maioria das vezes, resta à minoria parlamentar e à oposição apenas o exercício do poder de fala, da prerrogativa de obstrução⁹⁸ e o acesso ao Poder Judiciário.

Observando o recorte da Câmara dos Deputados, o Presidente da Casa tem poderes quase absolutos, pois suas decisões não encontram possibilidade real de revisão pelo Plenário ou por outro órgão da Casa, precisando ainda superar a barreira da jurisprudência das questões *interna corporis* para serem analisadas e controladas pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), o Presidente é o representante da Câmara quando se pronuncia coletivamente, e o supervisor de seus trabalhos, cabendo-lhe *cinquenta e seis* atribuições expressamente previstas no art. 17 do RICD, além de outras que decorrem de suas funções e prerrogativas.⁹⁹

Acesso em: 25 ago. 2022.

⁹⁸ O que se costuma chamar pejorativamente de “kit obstrução” consiste, na verdade, em exercício legítimo da *oposição* à maioria de ocasião, a partir do uso de um conjunto de *regras* democraticamente estabelecidas e positivadas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Sobre o tema, v. MELO, Teresa e MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Legalismo autoritário e autoritarismo legislativo: uso abusivo de decretos e neutralização da oposição na crise da democracia.** In: CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone e BUSTAMANTE, Thomas (orgs.). *Democracia e Resiliência no Brasil. A disputa em torno da Constituição de 1988.* Madri: Bosch Editor, 2002, p. 295 e ss.

⁹⁹ Art. 17 do RICD: “São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: I - **quanto às sessões da Câmara:** a) presidi-las; b) manter a ordem; c) conceder a palavra aos Deputados; d) advertir o orador ou o aparteante quanto ao tempo de que dispõe, não permitindo que ultrapasse o tempo regimental; e) convidar o orador a declarar, quando for o caso, se irá falar a favor da proposição ou contra ela; f) interromper o orador que se desviar da questão ou falar do vencido, advertindo-o, e, em caso de insistência, retirar-lhe a palavra; (Alínea com redação adaptada aos termos da Resolução nº 25, de 2001, conforme republicação determinada pelo Ato da Mesa nº 71, de 2005) g) autorizar o Deputado a falar da bancada; h) determinar o não-apanhamento de discurso, ou aparte, pela taquigrafia; i) convidar o Deputado a retirar-se do recinto do Plenário, quando perturbar a ordem; j) suspender ou levantar a sessão quando necessário; l) autorizar a publicação de informações ou documentos em inteiro teor, em resumo ou apenas mediante referência na ata; m) nomear Comissão Especial, ouvido o Colégio de Líderes; n) decidir as questões de ordem e as reclamações; o) anunciar a Ordem do Dia e o número de Deputados presentes em Plenário; p) anunciar o projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões e a fluência do prazo para interposição do recurso a que se

refere o inciso I do § 2º do art. 58 da Constituição Federal; q) submeter a discussão e votação a matéria a isso destinada, bem como estabelecer o ponto da questão que será objeto da votação; r) anunciar o resultado da votação e declarar a prejudicialidade; s) organizar, ouvido o Colégio de Líderes, a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados; t) designar a Ordem do Dia das sessões, na conformidade da agenda mensal, ressalvadas as alterações permitidas por este Regimento; u) convocar as sessões da Câmara; v) desempatar as votações, quando ostensivas, e votar em escrutínio secreto, contando-se a sua presença, em qualquer caso, para efeito de quórum; x) aplicar censura verbal a Deputado;

II - quanto às proposições: a) proceder à distribuição de matéria às Comissões Permanentes ou Especiais; b) deferir a retirada de proposição da Ordem do Dia; c) despachar requerimentos; d) determinar o seu arquivamento ou desarquivamento, nos termos regimentais; e) devolver ao Autor a proposição que incorra no disposto no § 1º do art. 137; **III - quanto às Comissões:** a) designar seus membros titulares e suplentes mediante comunicação dos Líderes, ou independentemente desta, se expirado o prazo fixado, consoante o art. 28, caput e § 1º; b) declarar a perda de lugar, por motivo de falta; c) assegurar os meios e condições necessários ao seu pleno funcionamento; d) convidar o Relator, ou outro membro da Comissão, para esclarecimento de parecer; e) convocar as Comissões Permanentes para a eleição dos respectivos Presidentes e Vice-Presidentes, nos termos do art. 39 e seus parágrafos; f) julgar recurso contra decisão de Presidente de Comissão em questão de ordem; **IV - quanto à Mesa:** a) presidir suas reuniões; b) tomar parte nas discussões e deliberações, com direito a voto; c) distribuir a matéria que dependa de parecer; d) executar as suas decisões, quando tal incumbência não seja atribuída a outro membro; **V - quanto às publicações e à divulgação:** a) determinar a publicação, no Diário da Câmara dos Deputados, de matéria referente à Câmara; b) não permitir a publicação de pronunciamento ou expressões atentatórias do decoro parlamentar; c) tomar conhecimento das matérias pertinentes à Câmara a serem divulgadas pelo programa Voz do Brasil; d) divulgar as decisões do Plenário, das reuniões da Mesa, do Colégio de Líderes, das Comissões e dos Presidentes das Comissões, encaminhando cópia ao órgão de informação da Câmara; **VI - quanto à sua competência geral, dentre outras:** a) substituir, nos termos do art. 80 da Constituição Federal, o Presidente da República; b) integrar o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; c) decidir, juntamente com o Presidente do Senado Federal, sobre a convocação extraordinária do Congresso Nacional, em caso de urgência ou interesse público relevante; d) dar posse aos Deputados, na conformidade do art. 4º; e) conceder licença a Deputado, exceto na hipótese do inciso I do art. 235; f) declarar a vacância do mandato nos casos de falecimento ou renúncia de Deputado; g) zelar pelo prestígio e decoro da Câmara, bem como pela dignidade e respeito às prerrogativas constitucionais de seus membros, em todo o território nacional; h) dirigir, com suprema autoridade, a polícia da Câmara; i) convocar e reunir, periodicamente, sob sua presidência, os Líderes e os Presidentes das Comissões Permanentes para avaliação dos trabalhos da Casa, exame das matérias em trâmite e adoção das providências julgadas necessárias ao bom andamento das atividades legislativas e administrativas; j) encaminhar aos órgãos ou entidades referidos no art. 37 as conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito; l) autorizar, por si ou mediante delegação, a realização de conferências, exposições, palestras ou seminários no edifício da Câmara, e fixar-lhes data, local e horário, ressalvada a competência das Comissões; m) promulgar as resoluções da Câmara e assinar os atos da Mesa; n) assinar a correspondência destinada ao Presidente da República; ao Vice-presidente da República; ao Presidente do Senado Federal; ao Presidente do Supremo Tribunal Federal; aos Presidentes dos Tribunais Superiores, entre estes incluído o Tribunal de Contas da União; ao Procurador-Geral da República; aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; aos Chefes de Governo estrangeiros e seus representantes no Brasil; às Assembleias estrangeiras; às autoridades

Para destacar algumas, o Presidente da Câmara dos Deputados pode, sozinho, rejeitar preliminarmente uma proposição; determinar qual rito deverá seguir (o que pode significar sua aprovação ou arquivamento); seu apensamento a outra proposição (inclusive em fase final de tramitação);¹⁰⁰ indicar por quais comissões determinada proposição deverá ser discutida – sendo que se despachar para mais de quatro comissões de mérito deverá ser instalada, necessariamente, uma comissão especial, responsável não apenas pela análise do mérito, mas também da admissibilidade da proposição, em substituição à CCJ e à CFT (Comissão de Constituição e Justiça e Comissão de Finanças e Tributação que, respectivamente, analisam a constitucionalidade e técnica legislativa da proposição e sua adequação orçamentária e financeira);¹⁰¹ designar a ordem do dia (ouvido o colégio de líderes). Suas decisões não precisam ser fundamentadas (nem mesmo para a criação de comissões

judiciárias, neste caso em resposta a pedidos de informação sobre assuntos pertinentes à Câmara, no curso de feitos judiciais; o) deliberar, ad referendum da Mesa, nos termos do parágrafo único do art. 15; p) cumprir e fazer cumprir o Regimento. § 1º O Presidente não poderá, senão na qualidade de membro da Mesa, oferecer proposição, nem votar, em Plenário, exceto no caso de escrutínio secreto ou para desempatar o resultado de votação ostensiva. § 2º Para tomar parte em qualquer discussão, o Presidente transmitirá a presidência ao seu substituto, e não a reassumirá enquanto se debater a matéria que se propôs discutir. § 3º O Presidente poderá, em qualquer momento, da sua cadeira, fazer ao Plenário comunicação de interesse da Câmara ou do País. § 4º O Presidente poderá delegar aos Vice-Presidentes competência que lhe seja própria”.

¹⁰⁰ “Esse procedimento viabiliza a inclusão imediata de matéria na pauta a ser considerada como alternativa a outra já em apreciação, com a possibilidade, inclusive, de ser conferida, pelo Plenário, preferência para a matéria nova. Desse modo, pode o Presidente acelerar a tramitação de um projeto, ou mesmo de uma proposta de emenda à Constituição, fazendo com que a matéria não passe pelas Comissões e seja incluída em Ordem do Dia, mesmo sem pareceres e sem urgência aprovada, ao determinar seu apensamento a outra proposição mais antiga que já tenha pareceres das Comissões ou urgência concedida. Esse expediente já foi utilizado inclusive para acelerar a tramitação de propostas de emenda à Constituição, fazendo com que proposta já aprovada pelo Senado Federal fosse submetida de imediato ao Plenário da Câmara sem pareceres das Comissões pela via de anexação a outra já com tramitação concluída, sobre o mesmo tema, mas com conteúdo diferente”. VIEIRA, Fernando Sabóia. *Efeitos das regras procedimentais legislativas nas da Câmara dos Deputados*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 99-100.

¹⁰¹ “No caso das Comissões Especiais, esses efeitos são ainda mais notórios, uma vez que sua própria criação é controlada pelo Presidente da Casa, a quem cabe a decisão de constituir-las, e pelos Líderes, que designam os respectivos membros. Assim, é de se esperar que elas só sejam formadas quando já se tem acordos sobre sua presidência, relatoria e mesmo sobre o conteúdo da matéria a ser aprovada”. VIEIRA, Fernando Sabóia. **Efeitos das regras procedimentais legislativas nas da Câmara dos Deputados**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 85. Comissões especiais são constituídas para examinar propostas de emenda à Constituição, proposições distribuídas a mais de três Comissões Permanentes, além de projetos de código e de reforma do regimento (art. 34 RICD).

especiais) e os recursos previstos regimentalmente contra suas decisões não possuem, em regra, efeito suspensivo, só sendo inseridos na pauta do Plenário por sua própria decisão – o que gera poderes quase absolutos. O poder de agenda do Presidente da Câmara é, sem dúvida, o mais importante de toda a extensa lista de atribuições que lhe são atribuídas, seguido pela prerrogativa de decidir, monocraticamente, as questões de ordem sobre interpretação e aplicação do Regimento Interno ou de normas constitucionais.

Os poderes regimentais de agenda são conferidos ao Presidente da Câmara dos Deputados, que sobre o tema ouve o Colégio de Líderes – usualmente referido como “reunião de líderes”. O Presidente também pode pautar determinada matéria sem antes submetê-la à reunião de líderes, dado o caráter apenas consultivo do colegiado, embora essa não seja a prática. Por outro lado, os líderes influenciam a composição da pauta por integrarem o Colégio e, também, pela prerrogativa que possuem de conceder urgência regimental a determinada proposição¹⁰², já que suas assinaturas, para esse efeito, representam o número de deputados integrantes da bancada por eles liderada (voto ponderado). No entanto, como o número de proposições com urgência aprovada é muito grande, sua inclusão em pauta acaba dependendo apenas da vontade discricionária do Presidente da Câmara. Além disso, a urgência regimental faz com que a proposição seja votada diretamente em Plenário, sem necessidade de tramitação anterior pelas comissões, fazendo surgir o fenômeno do império do relator de plenário¹⁰³, e neutralizando a atuação da minoria e da oposição parlamentares.¹⁰⁴

¹⁰² V. arts. 155 a 157 do RICD.

¹⁰³ Sobre o tema, v. MELO, Teresa. Medidas provisórias e estratégias anti-democráticas em tempos de COVID-19. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-provisorias-e-estrategias-anti-democraticas-em-tempos-de-covid-19-14042020>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹⁰⁴ “Com relação à influência do regime de urgência e da atuação de Relatores designados em Plenário pelo Presidente, pode-se verificar a frequente ocorrência, em matérias de importância para o Governo, da combinação entre regime de urgência, Relatores de Plenário e a aprovação de Substitutivos propostos por estes durante a discussão e votação da matéria, como nos recentes casos dos Projetos de Lei n. 5.839/09, sobre a exploração de petróleo no Pré-Sal e seu regime de partilha, n. 8.843/17, que deu origem à Lei n. 13.506/17, acerca da atuação do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários; n. 8.612/07, que deu origem à Lei n. 8.612/17, relativa aos Partidos Políticos; n. 2.960/15, que deu origem à Lei n. 13.254/17, sobre a repatriação de bens e direitos mantidos no exterior; e n. 5.735/13, que deu origem à Lei n. 13.165/15, relativa a custos em campanhas eleitorais; e ainda dos Projetos de Lei Complementar n. 257/16, que deu origem à Lei Complementar n. 156/16, que criou o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal; e n. 343/17, que deu origem à Lei Complementar n. 159/17, que instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal”. VIEIRA, Fernando Sabóia. Efeitos das regras procedimentais legislativas nas decisões da Câmara dos Deputados. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 96.

As questões de ordem estão previstas no art. 95 do RICD e sua solução pode promover alterações temporárias ou permanentes nas regras do Regimento Interno, com aplicação imediata, inclusive para o caso que a suscitou. De acordo com Fernando Sabóia Vieira, correspondem a verdadeiro

“poder normativo e regulamentar exercido monocraticamente pelo Presidente da Câmara dos Deputados de difícil controle. As decisões dos Presidentes em Questões de Ordem afetam consideravelmente o processo decisório da Casa (...) e são meios comuns de introduzir alterações dos procedimentos, às vezes provisórias e ad hoc, modificadas em seguida, às vezes se firmando de modo mais permanente como uma espécie de jurisprudência e fonte normativa interna”.¹⁰⁵

Como pontuado anteriormente, o controle é dificultado pelo fato de o recurso contra a decisão do Presidente da Câmara em questões de ordem, dirigido ao Plenário, não impedir o prosseguimento da discussão da matéria – além de o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a admissibilidade e o mérito do apelo depender de decisão do Presidente da Câmara dos Deputados (o próprio recorrido) para ser pautado em Plenário (por ele presidido).¹⁰⁶

Ao lado do Presidente da Casa Legislativa e do Colégio de Líderes, os líderes de bancada correspondem ao terceiro grande grupo com poder de influência na Câmara dos Deputados. De acordo com o Regimento Interno, os líderes são os representantes das bancadas dos partidos, dos blocos parlamentares, da maioria, da minoria, do governo e da oposição, e dispõem de uma série de prerrogativas e atribuições regimentais, entre as quais: (i) usar da palavra, durante as sessões, por tempo proporcional ao tamanho de sua bancada; (ii) participar dos trabalhos de qualquer comissão, sem direito a voto, mas podendo encaminhar e requerer verificação de votação; (iii) encaminhar a votação das proposições no plenário, orientando sua bancada; (iv) indicar os membros da bancada que irão integrar cada comissão e substituí-los a qualquer tempo; (v) registrar os candidatos aos cargos da Mesa que possam ser disputados por sua bancada. Os líderes do Governo, da Maioria, da Minoria

¹⁰⁵ VIEIRA, Fernando Sabóia. *Efeitos das regras procedimentais legislativas nas decisões da Câmara dos Deputados*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 77.

¹⁰⁶ “Dados do SILEG mostram que na 54ª Legislatura, de 2011 a 2015, foram apresentados 59 recursos contra decisões do Presidente em Questões de Ordem, tendo sido todos arquivados sem deliberação do Plenário”. VIEIRA, Fernando Sabóia. *Efeitos das regras procedimentais legislativas nas decisões da Câmara dos Deputados*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018, p. 77.

e da Oposição só dispõem das prerrogativas específicas de encaminhar votação, participar dos trabalhos das comissões e fazer uso da palavra durante as sessões, já que não representam propriamente uma bancada. As lideranças das bancadas partidárias, dos blocos parlamentares, do Governo, da Maioria, da Minoria e da Oposição na Câmara dos Deputados têm estruturas próprias e independentes de suas correspondentes no Senado Federal.

O rol de atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados e a existência de recursos que, na prática, não são submetidos ao Plenário, além da concentração da influência e agenda nas pessoas dos líderes partidários, no mínimo, restringem a incidência dos princípios democrático, representativo e republicano. A separação de poderes demanda, como visto, possibilidade de revisão e controle, ainda que dentro do mesmo poder, já que o combate à concentração de poder consiste no núcleo da separação de poderes. Não é o que se vê na prática legislativa e bicameral da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, apesar da Constituição.

4 O EXECUTIVO PARLAMENTAR

Em artigo publicado no jornal O Globo, o Professor Gustavo Binembojm defendeu a necessidade de revisão do sistema político, uma vez que a realidade tem demonstrado, desde o governo de Michel Temer, “uma mutação informal no processo político brasileiro, que envolve um necessário e contínuo compartilhamento de poderes entre Executivo e Legislativo, sem vínculo necessário com o resultado das eleições”. A tese é a de que a governabilidade do Presidente da República depende menos da formação de uma base de apoio parlamentar do que de sua sujeição ao grupo inorgânico de partidos conhecido como Centrão.¹⁰⁷

O fenômeno em curso no Brasil, por assim dizer, corresponde a uma transição do modelo de presidencialismo de coalizão para um presidencialismo parlamentar, considerando o protagonismo que o Congresso Nacional adquire diante de um Executivo fraco e sem uma base parlamentar organizada. O ponto é relevante e demandaria estudo específico, mas não há dúvidas de que o fortalecimento do Legislativo brasileiro é uma realidade inegável, que se reflete não apenas no maior controle da agenda do país, mas também na apropriação do orçamento público, com impacto direto na sua relação com o Executivo.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Presidencialismo parlamentar e mutação constitucional. Disponível em: file:///C:/Users/teresa.melo/Downloads/Gustavo%20Binembojm_%20Presidencialismo%20parlamentar%20e%20muta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%20_%20Fumus%20boni%20iuris%20-%20O%20Globo.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

Nos últimos anos, o Congresso Nacional assumiu um profícuo controle sobre sua agenda, com maior rejeição, caducidade ou até mesmo devolução¹⁰⁸ de medidas provisórias e discussão de grandes reformas a partir do próprio Legislativo¹⁰⁹, com a correspondente diminuição da importância que o Executivo costumava ter em temas de grande repercussão nacional.¹¹⁰ Sem juízo de valor sobre o conteúdo, as reformas constitucionais que impuseram o teto de gastos, a nova Previdência Social, e o orçamento de guerra, foram conduzidas pelas comissões e Presidentes das Casas Legislativas, sendo celebradas como vitória pessoal do Presidente da Câmara dos Deputados no caso da Reforma da Previdência.¹¹¹ Para o bem e para o mal, o parlamento brasileiro passou a ter maior controle de sua atividade típica, ainda que o Executivo mantenha poderes previstos constitucionalmente, como o de editar medidas provisórias, requerer urgência constitucional e iniciar o processo legislativo em relação a determinadas matérias.

Mas as circunstâncias da política nacional impuseram outras derrotas ao governo federal, ampliando sua dependência do Legislativo. A execução do orçamento público, típico exemplo de competência do Executivo, tem migrado para o Legislativo e seus membros. A parcela discricionária do orçamento mingua a olhos vistos e deixa cada vez menos espaço para escolhas do Presidente e de seu governo. Se é certo que o Executivo continua aplicando ou executando os recursos, também é certo que a alocação desses mesmos recursos tem sido cada vez mais atribuída ao Legislativo. No cenário atual, temos institucionalizadas dois tipos de emendas impositivas em favor do Legislativo: as individuais e as de bandada, previstas no art. 166 da CF. As individuais correspondem à quota de recursos disponível para alocação por cada parlamentar, a seu próprio critério, sem nenhum tipo de revisão

¹⁰⁸ Sobre o tema, v. MELO, Teresa. **Devolução de medidas provisórias pelo Congresso Nacional: desafios do mais recente instrumento de controle recíproco entre os Poderes**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devolucao-de-medidas-provisorias-pelo-congresso-nacional-15092021>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹⁰⁹ V. Agência Câmara, Governo edita mais medidas provisórias que gestões anteriores, mas menos MPs se convertem em lei. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-anteriores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>. Acesso em: 25 ago. 2022 e Congresso, Congresso rejeita 11 de 20 medidas provisórias de Bolsonaro. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/congresso-derrubou-onze-e-sancionou-nove-mps-de-bolsonaro/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹¹⁰ V. Agência Câmara, Aprovação da reforma será uma vitória do Parlamento, não do governo. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/561779-maia-aprovacao-da-reforma-sera-uma-vitoria-do-parlamento-nao-do-governo/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹¹¹ V. O Globo, A quem atribuir a vitória pela aprovação da reforma da Previdência. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/artigo-quem-atribuir-vitoria-pela-aprovacao-da-reforma-da-previdencia-23798750>. Acesso em: 25 ago. 2022.

ou votação. Cada deputado ou senador pode apresentar uma determinada quantia em emendas por ano, sendo que metade do valor deve ser destinado à saúde, conforme as regras constitucionais.¹¹² As emendas de bancada estadual são coletivas, propostas por cada sigla partidária, devendo observar critérios objetivos imparciais e que atendam de forma igualitária e impessoal as emendas apresentadas, independentemente de autoria.¹¹³ Uma terceira modalidade de emenda parlamentar tomou o noticiário e a pauta do Supremo Tribunal Federal: as emendas do relator do orçamento, que recebem o marcador “RP9” no Congresso Nacional, popularmente conhecidas como “orçamento secreto”.¹¹⁴

As emendas de relator são as de responsabilidade do Relator-Geral do orçamento, concebidas primordialmente para correção de erros materiais ou omissões, para fins de ajustes técnicos e formais do orçamento. Não têm previsão constitucional e são reguladas pela Resolução n. 1/2006 do Congresso Nacional, que dispõe sobre “a Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição, bem como a tramitação das matérias a que se refere o mesmo artigo”.¹¹⁵ Formalmente, portanto, existem há muito tempo,

¹¹² Historicamente, as emendas individuais e coletivas eram utilizadas para a obtenção de apoio político e para o favorecimento de parlamentares da base governista. Como a liberação dos recursos inseridos por meio das emendas era discricionária, eram executados conforme o interesse político do Executivo – o famigerado “toma lá dá cá”. Foi para combater essa prática que, em 2015, a Emenda Constitucional n. 86, que acrescentou ao art. 166 os parágrafos 9º, 10 e 11, tornou obrigatória a execução das emendas individuais, favorecendo-se a distribuição isonômica dos recursos públicos, independentemente de apoio ao governo.

¹¹³ Em 2019, o orçamento impositivo foi ampliado pela Emenda Constitucional n. 100, que ao inserir o parágrafo 12 ao texto do art. 166, também tornou as emendas de bancadas estaduais e do Distrito Federal obrigatórias, limitadas a 1% da receita corrente líquida do exercício anterior.

¹¹⁴ A propósito, conferir a série de reportagens do jornalista Bruno Pires para o Estadão, que teve início com a seguinte: **Orçamento secreto bilionário de Bolsonaro banca trator superfaturado em troca de apoio no Congresso**, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-cria-orcamento-secreto-em-troca-de-apoio-do-congresso,70003708713>. Acesso em: 25 ago. 2022. No texto, se lê: “Os ofícios, obtidos pelo Estadão ao longo dos últimos três meses, mostram que esse esquema também atropela leis orçamentárias, pois são os ministros que deveriam definir onde aplicar os recursos. Mais do que isso, dificulta o controle do Tribunal de Contas da União (TCU) e da sociedade. Os acordos para direcionar o dinheiro não são públicos, e a distribuição dos valores não é equânime entre os congressistas, atendendo a critérios eleitorais. Só ganha quem apoia o governo”.

¹¹⁵ Art. 144 da Resolução CN n.º 1/2006: “Os Relatores somente poderão apresentar emendas à programação da despesa com a finalidade de: I - corrigir erros e omissões de ordem técnica ou legal; II - recompor, total ou parcialmente, dotações canceladas, limitada a recomposição ao montante originalmente proposto no projeto; III - atender às especificações dos Pareceres Preliminares. Parágrafo único. É vedada a apresentação de emendas que tenham por objetivo a inclusão de programação nova, bem como o acréscimo de valores a programações constantes dos projetos, ressalvado o disposto no inciso I do caput e nos Pareceres Preliminares”.

embora destinadas inicialmente a pequenos ajustes técnicos e ultimamente empregadas também para alteração de dotações orçamentárias.

À medida que parte considerável do orçamento se tornou impositivo, passou-se a utilizar a emenda do relator como subterfúgio para burlar a distribuição isonômica e transparente de recursos, alocando-se consideráveis quantias sob essa rubrica, em afronta ao disposto no art. 166 da Constituição de 1988. Isso porque as emendas ao projeto de lei orçamentária, para serem aprovadas, devem ser compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; devem indicar os recursos necessários, provenientes da anulação de despesas; e devem ser relacionadas com os dispositivos do texto do projeto de lei ou com a correção de erros ou omissões.

A expressão orçamentária de tais emendas vêm sendo ampliada ano após ano, com um incremento considerável a partir de 2020, quando totalizaram R\$ 21,9 bilhões de reais. Para se ter uma ideia, o número contrasta com o total verificado em 2016, de R\$ 9,1 bilhões de reais. No orçamento de 2021, novamente foi realizada a dotação de imensa quantia às emendas do relator, que alcançaram 18,5 bilhões de reais. Além disso, as emendas de relator não têm tido suas informações individualizadas e publicizadas da mesma forma que as emendas individuais e de bancada, não sendo possível identificar os parlamentares que fizeram a indicação dos recursos nem a destinação específica das verbas.

O ponto é que a alocação de recursos do orçamento tem assumido caráter cada vez mais provincial, uma vez que os congressistas e bancadas tendem a priorizar suas bases eleitorais e seus estados. Para além do impacto que a impositividade de tais emendas pode causar à igualdade política e à paridade de armas nas eleições, operam em uma lógica contrária à própria ideia de orçamento, que deveria ser a peça responsável pelo planejamento e execução de finanças e políticas públicas, com escolhas de prioridades pelo governo eleito.

Além disso, com o “orçamento secreto”, a tradição hiperpresidencialista brasileira que vem sendo questionada pela ciência política tende a cair definitivamente por terra. Em respeito à Constituição de 1988, a prática foi obstada por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal¹¹⁶, pois impediria qualquer presidente eleito de governar. A execução da decisão do STF e sua capacidade de impedir a prática considerada inconstitucional ainda estão em aberto, demandando cuidadoso monitoramento. De toda forma, o ponto é que o Poder Executivo, a cada eleição, está cada vez mais dependente do Poder Legislativo, que não apenas elabora, discute e vota as leis do país, como

¹¹⁶ V. STF, ADPF 850, ADPF 851, ADPF 854 e 1014, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, julgadas em 19.12.2022.

também tem decidido definitivamente sobre recursos do orçamento. A chave do cofre foi copiada e não pertence apenas ao seu proprietário. O Legislativo coordenado e cooptado por um grupo seletivo e inorgânico de pessoas, representado pelo grupo comumente denominado “Centrão”, tem decidido as regras do jogo e subjugado o Executivo. A balança está desequilibrada e a governabilidade em jogo. Resta saber se a Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal estarão a postos para resolver os problemas daí resultantes.

CONCLUSÃO

A separação de poderes não é uma realidade imutável, mas a contenção do arbítrio e da concentração de poder que integram o seu núcleo devem orientar qualquer desenho harmônico de relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como se estudou no texto, as mutações institucionais – constitucionais ou não – estão ocorrendo não apenas nos tribunais, mas podem ser identificadas também no Parlamento e no Executivo. Entretanto, embora os vícios que afrontam a Constituição de 1988 possam ser atribuídos a todos os atores institucionais, os estudiosos do direito em regra se preocupam com a descrição e a prescrição para o Judiciário em geral, e para o Supremo Tribunal Federal em particular. O Executivo está cada vez mais atrofiado e desequilibrado na balança. De ameaça na redemocratização passou a forte candidato à vítima dos demais Poderes. A desigualdade institucional também devem ser objeto de estudo do direito.

É certo que a lógica do Legislativo é muito diferente daquela observada no Judiciário. Juízes e tribunais são formalistas e operam com base no “legislado”; enquanto o Parlamento, como o próprio nome invoca, tem na palavra e na busca informal de consensos o seu principal motor. A lógica do “acordado” traz reflexos diretos para a institucionalidade do Legislativo, que não se preocupa com a fundamentação de proposições e decisões, com a formalização de acordos, e nem mesmo com a vinculação aos regimentos internos, interpretados e alterados informalmente por decisão individual dos presidentes das casas legislativas, via questões de ordem. A natureza do Parlamento deve ser respeitada, mas encontra limites e deve seguir a liturgia da Constituição. Os Poderes da República precisam voltar-se para a consecução do projeto constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 14, jan./abr. 2014.
- ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. *Harvard Law Review*, number 3, volume 113, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. **Presidencialismo parlamentar e mutação constitucional**. Disponível em: file:///C:/Users/teresa.melo/Downloads/Gustavo%20Binenbojm_%20Presidencialismo%20parlamentar%20e%20muta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%20_%20Fumus%20boni%20iuris%20-%20Globo.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.
- BOWEN, Naíça Mel dos Santos. **Desvendando as lideranças partidárias: Um estudo sobre o processo de institucionalização dessas unidades na Câmara dos Deputados**. Brasília, 2018. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37260>.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Constitutional Courts as Positive Legislators**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.
- CAVALCANTI, Moema Ramos. **Processo legislativo dos projetos de lei submetidos ao regime de urgência: Uma visão a partir do presidencialismo de coalizão**. Brasília, 2013. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/15639>. Acesso em: 22 set. 2022.
- FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. **O colégio de líderes: surgimento e evolução**. Brasília, 2012. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/9572>. Acesso em: 22 set. 2022.
- MELO, Teresa. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- MELO, Teresa. **Medidas provisórias e estratégias anti-democráticas em tempos de COVID-19**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-provisorias-e-estrategias-anti-democraticas-em-tempos-de-covid-19-14042020>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- MELO, Teresa. **Devolução de medidas provisórias pelo Congresso Nacional: desafios do mais recente instrumento de controle recíproco entre os Poderes**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devolucao-de-medidas-provisorias-pelo-congresso-nacional-15092021>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- MELO, Teresa e MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Legalismo autoritário e autoritarismo legislativo: uso abusivo de decretos e neutralização da oposição na crise da democracia**. In: CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone e BUSTAMANTE, Thomas (orgs.). *Democracia e Resiliência no Brasil. A disputa em torno da Constituição de 1988*. Madri: Bosch Editor, 2022.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. **Ativismo social, não judicial**. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/ativismo-social-nao-judicial-22983759>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIRES, Thiago Magalhães. **Legislador negativo? O STF e a vinculação dos juizados especiais à jurisprudência do STF**. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 15, jul-set 2009.
- SARLET, Ingo; VIANNA, Rodrigo. **A tutela dos direitos fundamentais e o STF como “legislador positivo”**. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 13, n. 2, jul-dez 2013.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de**

incidência. **Revista Interesse Público**, v. 43, 2007.

VIEIRA, Fernando Sabóia. **Efeitos das regras procedimentais legislativas nas decisões da Câmara dos Deputados**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro: UERJ, 2018.

VIEIRA, Fernando Sabóia. **Poderes e Atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados no Processo Decisório Legislativo**. Brasília, 2009. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/10253>. Acesso em: 22 set. 2022.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Oxford University Press, 1967.

PARA ALÉM DOS AUTOS: DIÁLOGOS PELA DEMOCRACIA¹¹⁷

Ramon de Medeiros Nogueira¹¹⁸, Rogério Etzel¹¹⁹,
Karen Hippertt¹²⁰, Adriane Garcel¹²¹

RESUMO

O trabalho tem por escopo analisar, no Estado de Direito, a relação entre a justiça multiportas, métodos adequados e democracia participativa. A problemática reside em investigar o papel do modelo vigente de resolução de conflitos no resgate da participatividade democrática. Para tanto, foi feito uso do método lógico dedutivo combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como principal contribuição do trabalho tem-se que a participatividade, elemento essencial as democracias contemporâneas, é apreendida na prática e de forma gradual, com influência relevante das experiências prévias obtidas através da resolução de conflitos e sistemática processual. Por fim, o trabalho conclui que a justiça multiportas é essencial ao cultivo da democracia e cidadania ativa, com impactos para além da lide. Uma vez alargar os espaços de diálogo,

¹¹⁷ Trabalho apresentado no IX Congresso Luso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONLUNBRADEC (28 a 30 de maio de 2023) pelas coautoras e alunas do Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD – UNICURITIBA.

¹¹⁸ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba – UNICURITIBA (1999-2009). Professor de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (2001-2003). Procurador-Geral do Tribunal de Justiça Desportiva (2011).

¹¹⁹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Professor do Centro Universitário Positivo. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP

¹²⁰ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>.

¹²¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica da Presidência do TJPR e Mediadora Judicial. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

resgata e incentiva, ou melhor, ensina, para que, posteriormente, se participe e exercite a cidadania ativa também no espaço público.

Palavras-chave: processo civil; democracia; cidadania ativa; justiça multiportas.

INTRODUÇÃO

Assim com o direito e a ciência jurídica, o processo e seus institutos evoluem conjuntamente com a sociedade.

Do mesmo modo, a democracia, não é projeto pronto e acabado, mas em construção diária e perpétua. Se renova a cada novo sopro, conforme venham vindo novos ares.

É utópico imaginar que cidadania e democracia serão, assim, ideias perpétuas, que vigorarão de forma perene, sempre, ao longo da história.

Em tempos de guerra e pandemia, quando a democracia de um país é ameaçada, de desigualdade e intolerância, as temáticas, democracia e cidadania ativa, precisam migrar para o centro do debate.

A democracia se mantém, assim, quando cultivada, com a participação da população no seio da sociedade, exercitando ativamente a cidadania.

Tratam-se ambas de ideias complementares, dependentes uma da outra. Não existe democracia sem participação social, mas também a cidadania só poderá ser exercida no seio de um Estado Democrático de Direito, sendo elemento legitimador.

O problema é que se por muito tempo obstou-se a participação, silenciada a voz pelo regime de exceção. Quando veio a redemocratização, com a Constituição Cidadão, repleta de direitos e valores, no contexto de um processo transplantado à moda Eurocêntrica – procedimentalista, burocratizado e que fomentava a resolução unicamente pela via estatal – não se sabia muito bem como, ou furtava-se, ao exercício ativo da cidadania.

Deixou-se de participar tanto quanto era preciso. Calou-se a voz, quando era necessário falar. No lugar, conferiu-se poderes ao advogado para que, no exercício do direito de ação, provocasse a jurisdição inerte a atuar na resolução da contenda trazida. Detalhada no papel a lide, a pretensão resistida, exige-se do juiz da causa uma solução adequada, tempestiva e efetiva.

Vislumbra-se a figura de um Judiciário paternalista. Após as diretas já, pouco se viu no espaço público. Atuadas e distribuídas, as questões políticas passaram a ocupar a pauta diária do Judiciário no fenômeno que ficou conhecido como judicialização das questões políticas e sociais.

Aborto, redução da maioria penal, fornecimento de medicamentos e etc. – questões trazidas à justiça e que refletem o alargamento demasiado da

jurisdição, com o Judiciário passando ao centro da democracia, encarregado de coordenar as forças vivas, materializar os direitos fundamentais e tutelar a pessoa humana, mesmo quando inoperantes os demais poderes políticos.

A tragédia dos comuns se viu refletiva na disfuncionalidade do sistema jurídico processual que, na sociedade do litígio, restou abarrotado de demandas imparáveis. Foi preciso mudar o prumo. A crise convidou ao repensar dos institutos processuais e do processo como um todo.

Entrava em vigor, o Código de Processo Civil para inovar na ordem jurídica processual, avançando em pontos essenciais.

Diante deste cenário, o presente estudo tem por escopo analisar, no Estado de Direito, a relação entre a justiça multiportas, métodos adequados e democracia participativa. Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

Para tanto, além da introdução e conclusão, a exposição se desenvolverá em três capítulos. Investigar-se-á, primeiramente, a ideia de democracia e participatividade do Estado de Direito. Na sequência, o conflito e o processo na sociedade do litígio e a sua relação com a participatividade da sociedade brasileira. Por fim, irá se adentrar no cerne da problemática do presente estudo analisando a relação o modelo vigente de resolução de conflitos e a democracia participativa.

2 ESTADO DE DIREITO: DEMOCRACIA E PARTICIPATIVIDADE

O vocábulo “democracia” é um substantivo formado pela união das palavras “demos” e “kratos”, traduzindo-se na expressão poder do povo, ou governo do povo, e tendo por símbolo as praças públicas (ágoras). Conforme destaca Alencar¹²², na Grécia Antiga, “A praça representa o grande recinto da nação [...]. Ali discutiam-se todas as questões do Estado [...]”.

Destarte, conforme já dizia Aristóteles, o homem é um ser gregário, é da sua natureza o viver em sociedade, sendo um animal político por excelência. A dissolução da esfera pública, de um espaço para ação e discurso, para exercício da democracia, nestes termos, foi exatamente o que deu origem ao totalitarismo.

Após cerca de doze anos, de um estado legislativo, de exceção, se sucederam, em vitória histórica, as democracias contemporâneas.

Em eterna construção, a democracia se articula em dois pilares principais, autogoverno dos povos e direitos e garantias fundamentais.¹²³

¹²² ALENCAR, José de. **Sistemas representativos**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1868. p. 36.

¹²³ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem**

Neste sentido, Victoriano¹²⁴ chama atenção ao fato de que a luta pela democracia e cidadania “tem colocado hegemonicamente, o cidadão como titular de direitos – políticos, civis e sociais – em relação ao Estado e a outros particulares”.

Também, advindo do bojo das revoluções, o movimento do Constitucionalismo destinou-se a refazer os pactos antes existentes.

Mantendo-se permanentemente inconformado com as injustiças históricas, volta-se a assegurar, com a dinamicidade que lhe é inerente, a realização diária da democracia cujo conteúdo em processo de acabamento busca conformar-se com a organicidade da realidade.

Embora a democracia aposte na vontade da maioria como elemento legitimador do poder e o constitucionalismo dela desconfie, receoso quanto ao despotismo, é, em razão disto, que ambos se complementam em uma verdadeira sinergia. Limitações “exageradas ao poder podem bloquear os canais de atuação da soberania popular e, conseqüentemente, comprometer a autonomia política do cidadão como coautor do seu destino coletivo”.¹²⁵ Em contrapartida, “uma “democracia” sem limites [...], tende a dinamitar os direitos das minorias, além de outros valores e liberdades essenciais à formação da cidadania [...]”.¹²⁶

Diante disto, constitucionalismo e cidadania ativa, com intensa participatividade, se relacionam, assegurando a igualdade e que a democracia se realize dia a dia “acolhendo as forças de combate por uma sociedade mais justa”.¹²⁷

Para Bonavides ¹²⁸, a democracia ocidental é “[...] regime [...] onde o poder político se sustenta numa teoria da soberania popular, é aquela forma de poder em que os governantes são escolhidos em eleições livres, mediante sufrágio universal”, mas cuja outorga da legitimidade não se esgota com o voto.

Longe de meramente representativa, impõe um atuar ativo de seus cidadãos, autênticos sujeitos de direitos e deveres.

Assim, a democracia atual em muito se distingue do modelo meramente representativo, e vem a desembocar até mesmo no Direito.

aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 2.

¹²⁴ VICTORIANO, Marcia Regina. Capacitando para a democracia participativa. **Revista Avesso do Avesso**, Araçatuba, v. 1., n. 1., p. 87 – 97, jun. 2003.p. 88.

¹²⁵ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹²⁶ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹²⁷ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 126.

No modelo participativo, a legitimação do Direito reside na existência de um procedimento discursivo-argumentativo, um discurso prático geral, como substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito, no processo de tomada das decisões político-administrativas, conforme descrevem Alexy e Habermans.

Do mesmo modo, a legitimação do poder estatal encontra-se na participação popular, que permite à sociedade desempenhar um papel de destaque na escolha dos rumos que serão seguidos.¹²⁹

Rosenfield¹³⁰ conceitua a democracia como um agir político, um regime de poder que “parte do pressuposto de que o mundo político é o mundo das opiniões e de que estas têm igualmente direito de tornarem-se públicas”.

Assim, contemporaneamente, tem-se, não governados, mas cidadãos. Sujeitos titulares ativos, que abrem, a partir da possibilidade de participação efetiva no exercício do poder público, espaços outros de participação. O exercício ativo da soberania, explica Benevides¹³¹, é o que confirma a soberania popular, elemento essencial da democracia.

Sobretudo, em países como o Brasil, que possuem experiências tão heterogêneas, há a necessidade de valorização de modelos contra-hegemônicos, capazes de incorporar novos temas com ampliação da gramática social – adverte Boa Ventura de Souza Santos¹³² ao tratar da democracia participativa em contraposição ao modelo representativo passivo.

Em adição, Hanna Arendt¹³³ vislumbra o pertencimento como núcleo fundante da ideia de cidadania, uma vez assegurar a participação ativa de cada um dos cidadãos na condução da sociedade política cumprindo a missão de melhoramento e autopreservação evidenciada por Leo Strauss.¹³⁴ Ao obter o consenso na esfera pública, se reconhece a importância do outro para uma ação que leve a consecução de um objetivo maior.

A autodeterminação coletiva, diante disto, é elemento legitimador do regime, com expressão máxima na participação.

À vista disso, tem-se não haver democracia sem participação por meio da ação política comunicativa. Quando a ação e o discurso deixam de ser

¹²⁹ FILARDI, Hugo. Democracia e Processo—Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional. Revista de Direito, v. 63, 2004.

¹³⁰ ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 50.

¹³¹ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia**. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 - 237, 1996.

¹³² SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Reinventar a democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva. p. 46.

¹³³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 302.

¹³⁴ STRAUSS, Leo. **La ciudad y el hombre**. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 16 – 17.

relevantes, o espaço público se abre ao totalitarismo, com um poder que se legitima por si só, de forma arbitrária.

Em Habermas, o agir comunicativo enquanto legitimador, assegurados direitos de comunicação e participação política, instrumentaliza um espaço eminentemente de integração social.

No Brasil, o processo de reabertura democrática foi impulsionado por milhões de brasileiros que foram as ruas reivindicar às diretas já.

O retorno da regularidade das instituições instrumentalizou-se por uma nova Constituição que deu início à redemocratização, com mudanças profundas no ordenamento jurídico.

Conjuntamente com a retomada da vida pública, às “nossas circunstâncias”¹³⁵ impeliam que se conferisse centralidade a pessoa humana, de modo que, no Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana foi erigida ao patamar de supraprincípio, orientador e conformador de toda a ordem jurídica.

Somado a isso, a luta pela democracia e cidadania fez retornar ao povo o poder estatal, assegurada a participação.

Segundo explica Moraes¹³⁶, a Constituição conjugou democracia e Estado de Direito, combinando a forma representativa dos Parlamentos e a consecução da supremacia da Constituição, bem como o respeito aos Direitos Fundamentais.

O princípio democrático é trazido já de início, na Constituição que, ao prever, no artigo 1º, que o poder advém do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, destaca a exigência de participação popular na vida política a assegurar a soberania popular.¹³⁷

Elucida Moreira Neto¹³⁸ que o princípio da participação abrange as formas de ação de todos os três poderes, legislativa, judicial e administrativa, visando, principalmente, “à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentalmente, possa servir a seu controle de legalidade”.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 66.

¹³⁶ MORAES, Alexandre et al (org.). **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 7.

¹³⁷ Ao tratar do princípio da participação administrativa no Estado de Direito, Rafael Carvalho Rezende, destaca, que: “A consagração de um Estado de Direito reforça a democracia nos Estados Contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalada pela crise da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei. É justamente em razão disso que a participação administrativa ganha força e consubstancia-se em um verdadeiro princípio, cujo fundamento constitucional é o art. 1º”. – (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. **Revista da Emerj**, 1998. v. 9. n. 35. p. 158 – 176, 2006. Rio de Janeiro.

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 76 – 90.

Nesta linha, tem-se o reconhecimento, pelo constituinte, da democracia autêntica associada a efetiva participação popular nas decisões e escolhas dos governantes, que impõe a previsão de mecanismos de ampliação da eficácia da representatividade.

Destarte, a Constituição convida ao fortalecimento de um espaço público de debate outrora perdido, que remete à *pólis* grega, retomada da natureza política do homem, com a participatividade correspondendo a pilar central da democracia. Conforme Bonavides¹³⁹, democracia sem participação popular “é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”.

Ato contínuo, embora a Constituição institucionalize a sociedade plural, contemplando valores e interesses, dada a hipercomplexidade social, sendo raro o consenso, caberá a democracia participativa, possibilitar que se perfaçam os anseios do constituinte ao harmonizar os dissensos e gerar estabilidade social. Também, assegurar a mutação do resultado das deliberações, sempre reversíveis, com possibilidade de adequação às novas realidades.

Assim, constata-se que a efetividade da democracia não se esvai com o reconhecimento do cidadão como sujeito de direitos e deveres, muito menos com a participação em eleição, mas engloba a igualdade política para que efetivamente possa participar de forma ativa na construção do Estado de Direito no espaço público.

Para além, os benefícios da participação e consensualidade extrapolam a seara da legitimidade, vindo a corroborar, inclusive, com o atendimento das exigências do artigo 37 da Constituição Federal pela Administração.¹⁴⁰

O consenso-negociação faz com que a administração se volte para a coletividade, com identificação dos interesses que busca estabelecer. Com isso, a discricionariedade, unilateralidade e autoritarismo das decisões ficam

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 345.

¹⁴⁰ “A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entes e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação” – (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78).

de lado, a medida que ocupa um lugar de mediadora, que dirime conflito de interesses, desempenhando tarefa que, agora, é aberta a colaboração.¹⁴¹

Inobstante, embora tão óbvia e natural possa parecer a democracia como algo que “está à nossa volta como as mesas e cadeiras e o ar que respiramos, normalmente tido como concedidos [...]”, verdade seja dita, sua legitimidade e eficácia tem perpassado por verdadeira crise. Conforme destaca Maritain¹⁴², “A tragédia das democracias modernas é que ainda não conseguiram realizar a democracia” por completo.

Na Teoria Constitucional da Democracia Participativa, ceticamente, Bonavides¹⁴³ sinalizava uma inevitável fragilização da democracia em países de modernidade tardia advertido que “somos uma democracia bloqueada, uma democracia sem povo”, também apontando para o descrédito dos poderes políticos no Brasil.

De fato, a fragilização dos poderes político e inoperância é evidente. Basta ver o fenômeno do alargamento da jurisdição que passa a ser provocada recorrentemente a atuar, até mesmo em questões políticas.

Bonavides¹⁴⁴ conclui, desta forma, pela necessidade de se fazer valer a vontade Constitucional com a introdução de mecanismos de democracia participativa, aptos a engajar o povo soberano na tomada de decisão. Assim, gradativamente, via consenso, se resgatará a legitimidade democrática constitucional, naquilo que chama de “repolitização da legitimidade”. Mas, ressalta, a transição se dará de forma gradual. Antes de mais nada, é preciso aprender a participar e a educação política se dá justamente por meio da participação.

Conforme destaca Victoriano¹⁴⁵, só “[...] se aprende a participar, participando. Só nos tornamos verdadeiramente democráticos, se praticarmos a democracia quotidianamente. A educação política se dá na prática política. Não foi inventado de outro jeito”. Daí o caráter eminentemente educativo da cidadania participativa e participação popular

¹⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

¹⁴² In: ALEIXO, José Carlos Brandi. Democracia representativa. **Revista de Informação Legislativa**. a. 14, n. 53, p. 67 - 92, jan.-mar. 1977. p. 79.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 160. p. 10.

¹⁴⁵ VICTORIANO, Marcia Regina. Capacitando para a democracia participativa. **Revista Avesso do Avesso**, Araçatuba, v. 1., n. 1., p. 87 – 97, jun. 2003.

3 TEMPOS LÍQUIDOS: O CONFLITO E O PROCESSO NA SOCIEDADE DO LITÍGIO

É da natureza do homem ser um animal social que vive em comunidade, convivendo e socializando, do início ao fim de sua vida.

Conforme destaca Rodrigues, “É historicamente impossível conceber um Homem-solitário, exceto por limitados espaços de tempo, havendo uma propensão inata e natural para o ser humano se agregar em comunidades”.¹⁴⁶

Na mesma linha, Gimenez, Del’Olmo e Angelin¹⁴⁷, sinalizam a impossibilidade do ser feliz isolado em uma comunidade infeliz, já que é a própria sociedade que “[...] contribui na construção da felicidade e do bem-estar daqueles que nela vivem e compartilham, ao passo que transmite segurança (lugar da liberdade), paridade (no lugar da igualdade) e rede (no lugar da fraternidade) [...]”.

O viver em comunidade é condição ontológica do ser humano¹⁴⁸ e que envolve “[...] relações de convívio pessoal, intimidade, afeto, solidariedade, compromisso com o bem comum, apoiadas no sentimento de confiança e reciprocidade”.¹⁴⁹

De outro giro, as relações humanas podem dar-se de forma cooperativa, competitiva ou conflituosa. Mas, o litígio é inevitável mesmo nas sociedades mais pacíficas. Sua natureza é relacional, natural à interação social, de forma que onde houver sociedade, necessariamente, haverá litígio como parte das relações humanas.

Segundo explica Birnbaum, o conflito não “[...] está, portanto, circunscrito a uma etapa particular da evolução supostamente disfuncional da humanidade. Com Weber, a novação de conflito adquire uma nova dimensão, já que se torna natural ao mundo social; perde o caráter “patológico” e transforma-se num conceito analítico aplicável a todo sistema social”.¹⁵⁰

Assim, elemento fisiológico da estrutura humana que é, o conflito em si é positivo por provocar mudanças na sociedade, permitindo o desenvolvimento

¹⁴⁶ RODRIGUES, Cláudio Ferreira. **Curso de Constitucional: Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. ISBN 978-85-99559-14-7. p. 46.

¹⁴⁷ GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. **Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna**. 2017. p. 262.

¹⁴⁸ GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. **Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna**. 2017. p. 262.

¹⁴⁹ SCHMIDT, João Pedro. **Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica**. In: Ciências Sociais Unisinos. São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 300 - 313, set/dez 2011. p. 312.

¹⁵⁰ BIRBAUM, Pierre. **O Conflito**. In: Raymond Boudon (org.). **Tratado de Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 256.

do sujeito, constituindo-se forma de socialização.¹⁵¹ Isto é, de interação entre os indivíduos no seio da sociedade.

Se nas comunidades primitivas, diante do conflito, recorria-se a autotutela ou vingança privada, ao se deparar com os seus riscos e danos, a solução passou a ser atribuída a terceiro, facilitador ou árbitro, com posição respeitável, pretendendo visando a obtenção de uma solução consensual; tendo sido, mais tarde, delegada ao Estando.

Nasce, assim, o processo judicial como monopólio do Estado. Conforme já dizia o brocardo romano, *ubi societas ibi jus*, isto é, onde houver sociedade, haverá o Direito, com a função precípua de exercer o controle social.

Em contrapartida, juridicamente, o conflito é tido como “uma contraposição intersubjetiva de direitos e obrigações, como um fenômeno que se produz quando, a respeito de um mesmo bem”, coexistem pretensões distintas, com o litígio sendo, classicamente, “uma das formas de resolver uma disputa legal”.¹⁵²

Destacam Junior e Borges¹⁵³ que, a princípio, a resolução do conflito, que vier a se manifestar no plano intersubjetivo, ou mesmo nas relações entre indivíduo-Estado, será o fim a que se destinará o Estado juiz. Caberá a ele se colocar “[...] neste espaço de pressão e de inquietude entre os fatos e seus estados e a própria experimentação material do direito [...]”, em meio ao estiramento social, para examinar, evidenciar, avaliar escolhas, presumir respostas, “[...] construindo raciocínios e promovendo a própria degustação do Direito”.

Nesta linha, passa a ter, o Judiciário, o monopólio para julgar e resolver as contraposições oriundas das relações intersubjetivas. Ao dizer quem tem o direito no caso concreto, exercendo seu poder soberano e independente, classicamente, pretende-se que coloque fim ao conflito, assegurando os fins constitucionalmente eleitos¹⁵⁴ e a pacificação social.

Diante disto, quanto ao exercício jurisdicional no Estado moderno, Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁵⁵ o conceituam como sendo um desmembramento do próprio poder estatal que, quando provocado, exerce função pacificadora, com vias a colocar fim aos conflitos interindividuais, através de decisão imposta, relativa às pretensões apresentadas.

¹⁵¹ SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: Sociologia del antagonismo. Trad. Javier Eraso Ceballos. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013.

¹⁵² GORCZEWSKI, Clovis. **Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007. p. 32.

¹⁵³ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

¹⁵⁴ GORCZEWSKI, Clovis. **Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007. p. 42.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

Em síntese, em uma acepção clássica, é a jurisdição “[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.¹⁵⁶

Em contrapartida, Theodoro Júnior¹⁵⁷ a define, não como poder, mas função estatal. A função que o Estado tem de declarar e realizar a vontade da lei de forma concreta, ante eventuais controvérsias, uma atividade “[...] desinteressada de conflito”.

Quanto à sua finalidade última, destacam, Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁵⁸, a jurisdição tem o papel de “eliminar os conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos”. Destacam, ainda, a realização do bem comum mediante a pacificação obtida com a justiça.

Já, para Theodoro Júnior¹⁵⁹, se promove com a justa composição do litígio. Reestabelecida a ordem jurídica, elimina-se o conflito e, por corolário, alcança-se a paz social, sendo a obtenção desta o fim último almejado.

Com a virada axiológica para o Estado Democrático de Direito, a jurisdição despontou “[...] como a grande caixa de ressonância dos anseios por “concretização” de direitos (e cumprimento das promessas previstas constitucionalmente) [...]”.¹⁶⁰

Como resultado da inoperância dos demais poderes políticos, o Judiciário teve ampliado seu papel de atuação, tido “como última instância de deliberação capaz de efetivar e/ou assegurar direitos fundamentais”.¹⁶¹ Dado isso, o correlato acesso à Justiça torna-se símbolo do próprio exercício da democracia no espaço público.

Por corolário, ao mesmo tempo em que da jurisdição se passa a exigir um atuar efetivo, com tutela bastante adequada tornou-se inevitável, diante da constitucionalização, “o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

¹⁵⁷ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

¹⁵⁹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.

¹⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, n. 4., 2009.

¹⁶¹ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 7.

brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário ¹⁶²”, que provoca, “[...] no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”.¹⁶³

Dado isso, a crise da justiça torna-se inevitável com entraves a entrega tempestiva e satisfativa da tutela jurisdicional.

Para além, a sociedade contemporânea foi responsável por tornar cada vez mais complexas e voláteis as relações emergentes, gerando uma verdadeira crise de sentidos, com a instabilidade e liquidez intensificando ainda mais a crise do litígio.

Ao tratar da virtualização da sociedade e do impacto das redes sociais no contexto contemporâneo Tércio Sampaio e Guilherme Roman¹⁶⁴ destacam que, após uma década, a vida, os valores, as formas de escolha, padrões de decisão, vida pessoal e em sociedade, modos de ser e agir, tudo, se flexibilizou, com formação de uma multiplicidade de valores e hierarquias, cada vez mais heterogêneos e múltiplos.

O contexto, propício para a crise dos sentidos, foi responsável, segundo os autores, pela desestabilização do papel do Estado, que passa a precisar aglutinar processos, num contexto em que o solopismo moral, metafísico e gnociológico que se sobrepõe.

Enuncia Marcelo Neves¹⁶⁵, nesta linha, que a hipercomplexidade da contemporaneidade faz do consenso algo eventual, de modo que se deve buscar absorver o dissenso por intermédio de um acordo que contemple as diferenças, as divergências morais e interesses subjetivos.

Inobstante, embora a Constituição Federal assinale a democracia no Brasil, marcada pela intensa participatividade como elemento legitimador, o Processo Civil, até então, nos moldes em que foi estruturado, seguia lógica antagônica, instituindo modelo polarizado, adversarial e pouco participativo. Basta vez a concepção clássica, estritamente formal, acerca do papel da jurisdição trazida anteriormente.

A disputa exclusivamente judicial acaba por frustrar a autonomia, cooperatividade e participatividade das partes para que resolvam autonomamente os seus conflitos, tendo por produto uma sociedade eminente litigante, voltada ao embate e terceirização dos conflitos, com resultado sempre soma zero.

¹⁶² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁶³ SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 1, 2012. p. 3122.

¹⁶⁴ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 144.

Completamente arritmico, adotando via exclusivamente heterocompositiva, procedimentalista e burocratizada, o Código de Buzaid passou a representar barreira a concretização dos fins constitucionalmente eleitos, que posicionaram a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, situando as partes em posição de passividade à espera da resolução a ser imposta por terceiro, responsável por dizer quem tem a razão, ganhou e perdeu, no caso concreto.

Para Crespo¹⁶⁶, a participação é fundamental à redução do descompasso entre a lei e a realidade, mas os códigos existentes na América Latina, por, em sua maioria, serem importados da Europa, acabam dela carecendo. Ao mesmo tempo, a passividade impede a obtenção de melhores soluções para todos os envolvidos.

A delegação da resolução dos conflitos, dentro da lógica meramente processual, como via exclusiva prevista no Código arritmico, também deixa de lado questões fundamentais, como os sentimentos das partes, interesses e posições, essenciais para uma resolução que se pretenda efetiva.

Conforme preceitua Antônio Carlos Ozório Nunes¹⁶⁷, no processo de comunicação há fatores muito mais relevantes que transcendem a palavra, “comunicamos principalmente através das emoções, do sorriso, do timbre de voz, do olhar, do vestuário, do aperto de mão, do gesto, da postura corporal, da vontade de ouvir e até mesmo do brilho no olhar”.

Assim, além de ir na contramão da participatividade, sustentáculo da democracia, o modelo vigente distancia a jurisdição de seu fim último, tornando-a incapaz de efetivamente resolver os conflitos de interesse trazidos, com a pacificação social.¹⁶⁸

Em crise, o modelo anterior é substituído por um paradigma engajador de solução de conflitos adotado pela legislação que lhe sucede.

4 AGIR COMUNICATIVO, FRATERNIDADE E DEMOCRACIA - PROCESSO PARA ALÉM DOS AUTOS

A democracia se mantém quando cultivada, com a participação da população no seio da sociedade, exercendo ativamente a cidadania.

Não existe democracia sem participação social, mas também a cidadania só poderá ser exercida no contexto de um Estado Democrático de

¹⁶⁶ ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁶⁷ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

¹⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social**: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. [recurso eletrônico]: 2003. p. 13.

Direito, sendo dele elemento legitimador. Conforme destaca Bonavides, “a posição passiva em face da coisa pública faz súditos, e não cidadãos”,¹⁶⁹

Passados mais de 30 anos do início do processo de redemocratização engendrado pela Constituição Federal, a ausência de mobilização do povo, “[...] descrito como passivo demais, sem muita consciência política”, faz da “[...] letargia político-social” característica que marca a história política do Brasil.¹⁷⁰

A exígua participatividade no espaço público se faz presente na alta taxa de litigiosidade dos Tribunais – a grande caixa de ressonâncias das questões políticas e sociais do país, com aumento significativo da demanda por justiça.

Questões envolvendo políticas públicas, relações entre poderes e direitos fundamentais, são trazidas para resolução pelo judiciário, com jurisdição extremamente alargada, naquilo que ficou conhecido como judicialização da política. De modo paradoxal, agora, caminha-se em sentido contrário, quando da “explosão de litigiosidade que judicializou o social”, em um processo de “desjudicialização’ da resolução dos conflitos”.¹⁷¹

Diante deste cenário, Bonavides¹⁷² adverte a necessidade de uma implementação gradativa da participatividade, característica da democracia, no contexto de um país em que os cidadãos não estão acostumados com o “exercício do protagonismo constitucional”.

Explica Linhares¹⁷³, do mesmo modo, que a participatividade “[...] precisa ser erigida aos poucos até que um dia possa ser naturalmente assimilada como elemento intrínseco à cultura política nacional”.

O Código de Processo Civil de 1973, abarrotado de plagas europeias, não apenas acentuou o descompasso entre a lei e a realidade, instaurando uma crise sem precedentes, com a disfuncionalidade do sistema jurídico-processual e fragilização dos mecanismos de implementação de direitos, mas uma verdadeira crise de representatividade, contribuindo para o desgaste da democracia à medida do aumento da litigiosidade.

Uma vez formalista, burocratizado, prevendo com exclusividade a via heterocompositiva, fomentou a adoção pelas partes de postura passiva, pouco participativa e muito dependente do Estado.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 2.

¹⁷⁰ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁷¹ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 66.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21.

¹⁷³ LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 24.

O Código de Buzaid nada mais é do que reflexo da realidade de toda a América Latina que tem seus códigos como sendo meros produtos do direito europeu, muito formalista, pouco participativo e em completa dissonância com a heterogeneidade existente.

Carecendo de participação, a legislação processual resulta em uma “resolução de conflitos que “[...] opera em uma área de “pálida sombra da lei”, adverte Crespo.¹⁷⁴

No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges¹⁷⁵ chamam atenção ao fato de que, no Brasil, a sistemática, a ciência jurídica e a dogmática do direito passaram por um processo de mero transplante e assimilação da teoria europeia, como espécie de produtos da própria colonialidade do poder e do ser latino-americano precedente, o que causou uma assincronicidade entre a teoria contida nos regramentos e a realidade prática.

Destacam, ainda, que a ação é social, de sorte que toda experiência vivida é produto da consciência, por ela situada no contexto de relações outras anteriormente experimentadas.¹⁷⁶

Uma vez que a parte, dentro de um litígio que lhe envolva na esfera privada não seja acostumada, ou incentivada, ao diálogo, a resolução pacífica e autocompositiva, mas a lide resistida, a contenda no Judiciário, resolvida pelo Estado paternal, em uma posição passiva, falta-lhe a experiência prévia a lhe capacitar para que se envolva participando significativamente, também, na esfera pública.

Neste sentido, considerando que só se aprende a participar participando, e a função orientadora e estabilizadora dos sentidos, exercidas pelos códigos, sejam normativos, sejam éticos, cuja repetição exaustiva e padronizada é responsável por formar tradições e conservar os sentidos.¹⁷⁷ Também, a ação, como um agir social motivado por experiências múltiplas vivenciadas pelos agentes, extrai-se a importância de uma legislação que inspire a participatividade, o agir dialógico e comunicativo. Isto é, a formação de uma sociedade que participe com intensidade da democracia legitimando-a em vários momentos.

Tanto a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu Política Judiciária Nacional de Resolução Adequada de Conflitos,

¹⁷⁴ In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021. p. 41.

¹⁷⁵ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

¹⁷⁶ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 26.

¹⁷⁷ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 29.

como o Código de Processo Civil, que veio a instrumentalizar e reforçar a resolução, instituindo o Tribunal Multiportas, e a Lei 13.140/2015, todos, a se complementar, foram essenciais a mudança de paradigma rumo a uma justiça pacífica, dialógica e participativa de resolução de conflitos.

No Código de Processo Civil de 2015, a opção pelo modelo de uma justiça transformadora, mais participativa, cooperativa e dialógica, em detrimento da heterocompositiva, passiva e impositiva, se revela em vários momentos, evidenciando uma autêntica revolução paradigmática no Processo Civil, com efeitos que extrapolam os autos, auxiliando na formação de uma nova cultura, mais participativa, também na esfera pública.

Ao todo, são 22 ocorrências sobre a mediação no diploma, conforme Tartuce¹⁷⁸, sendo que, já de início, na parte geral, há toda uma seção voltada aos mediadores e conciliadores entre os auxiliares da justiça. Bem como, o capítulo V, que vem a tratar especificamente da audiência de conciliação e mediação que é mencionada nos §§1º e 2º.

Ainda, há a adoção expressa pelo código do modelo de um Tribunal Multiportas, no §1º do artigo 3º, com a possibilidade da arbitragem e a obrigatoriedade da mediação ou conciliação, em sede preliminar, antes mesmo de polarizada a lide (art. 334, caput).

No §2º do mesmo artigo, o Código ressalta a predileção pela solução consensual que deverá ser promovida pelo Estado, sempre que possível. Caberá, neste sentido, aos partícipes do processo, juízes, advogados, defensores e Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial, estimulá-la.

O modelo de uma justiça transformadora vai ao encontro do que preceitua a Constituição Federal que acolhe o princípio da solução adequada dos conflitos de interesses e estimula a solução pacífica ao dispor, no art. 5º, inciso XXXV, sobre o acesso extremamente adequado à justiça com entrega de uma tutela extremamente adequada e satisfativa.

A justiça consensual é constituída pela mediação, negociação e conciliação que, juntas, ao lado da jurisdição e arbitragem, compõe o Tribunal Multiportas, dentro de um modelo de processo dialógico cooperativo, que tem por fundamento político justamente a maior participação das partes, auxiliadas pelo mediador, ou conciliador, na solução do conflito, elemento “[...] característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC**: questionamentos reflexivos. 2013. In: FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 27 mar. 2020.

¹⁷⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CÂNDIDO, Rangel Dinamarco.

A resolução voltada a pacificação, com a colaboração direta dos envolvidos, é capaz de transformar o conflito em um espaço de “[...] reintegração da desordem, o que significa uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes”.¹⁸⁰

Além disso, diferentemente do que ocorre na lógica do litígio, necessariamente soma zero, a resolução construída pelas partes com auxílio de terceiro, neutro, imparcial, contribui para que de forma voluntária se chegue a uma solução muito mais aceitável e satisfativa, com pacificação social.

Também, às questões essenciais ao litígio, “o conflito sociológico, do qual a “lide” é apenas a ponta do *iceberg*”¹⁸¹, que usualmente ficariam de lado no processo judicial, conquanto analise apenas àquela parte do litígio trazida aos autos, não são deixadas de lado. A solução é, assim, muito mais efetiva e satisfativa.

Há, ainda, a redução dos custos e danos psicológicos enfrentados pelas partes, mesmo quando encerrado o relacionamento, ao mesmo tempo em que são fortalecidas a confiança e o respeito. Os resultados são transformadores, transcendendo a relação jurídica processual.

Inobstante, no âmbito da linha principiológica adotada pelo Código, há a previsão, para além da efetividade e adequação, do princípio da cooperação. Conforme preceitua o artigo 6º do Código de Processo Civil, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O instituto do negócio jurídico processual (NJP) também vem a possibilitar que às partes de um negócio jurídico possam estipular os atos processuais a serem, ou não, praticados, diante do ajuizamento de uma ação. Seja em contrato, acordo ou convenção, ou até mesmo antes ou durante o procedimento judicial. O instituto fomenta o diálogo e cooperação entre as partes no exercício da autonomia da vontade.

O modelo de uma justiça mais participativa proporciona às partes protagonismo na resolução dos seus conflitos, tendo por resultado maior comprometimento, responsabilização, ao conferir mais eficiência e transparência, com estímulo da paz.

Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3.

¹⁸⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. A “jurisconstrução” de uma resposta para os conflitos sociais a partir das “alternative dispute resolution” (adr) no Brasil. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2015. p. 25-26.

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O novo código de processo civil.** Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0235-5. p. 3.

Para Crespo¹⁸², o Tribunal Multiportas faz parte “de uma solução sistêmica para um futuro melhor”, uma vez que o estímulo da participação e a experiência vivida auxiliem na aquisição de competências necessárias a uma interferência significativa cada vez maior nas decisões públicas.

Além disso, ao romper com “[...] um padrão binário de passividade ou agressão[...]” e “[...] abrir um leque de opções [...]”¹⁸³, os métodos autocompositivos transformam não apenas o processo, mas contrabalançam as forças de exclusão com aprimoramento da qualidade da participação.

Ao participarem, ou serem estimuladas a resolução autônoma, pacífica, cooperativa e dialógica, as partes, trarão consigo a experiência, valores e expertises apreendidas no âmbito privado para a esfera pública.

A função contra-fática desempenhada pela experiência de resolução autônoma será capaz de gradativamente modificar os padrões de inércia e passividade até então existentes.

Consoante destaca Crespo¹⁸⁴, preparando “[...] cada pessoa que entrar no Tribunal Multiportas a lidar efetivamente com os conflitos, essas habilidades poderiam passar do âmbito privado para a esfera pública”.

Trata-se de uma nova perspectiva cultural de superação da passividade que empodera às partes para que, juntas, de forma pacífica e autônoma, possam resolver seus conflitos com atendimento de interesses múltiplos.

Diante disto, tem-se a Justiça Multiportas, máxime, a via autocompositiva, como essencial ao cultivo da Democracia e cidadania ativa, com impactos para além da lide.

Conquanto alargue os espaços de diálogo, a resolução colaborativa resgata e incentiva, ou melhor, ensina, para que, posteriormente, se participe e exercite a cidadania ativa também no espaço público.

Convidando-se a dialogar e a participar efetivamente na esfera privada aprende-se a fazer o mesmo quanto às questões do Estado. Além disso, os ganhos também são vistos em termos de efetividade.

Cuida-se de uma nova forma, mais customizada, humanizada, dialógica de se resolver os conflitos de interesse e que permite, sobretudo, uma tutela

¹⁸² ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021. p. 81.

¹⁸³ ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021. p. 121.

¹⁸⁴ ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021. p. 82.

extremamente adequada da pessoa humana, com satisfatividade, como resultado da entrega da prestação jurisdicional.

Mais que isso, a sistemática Multiportas é instrumento valioso na realização da cidadania ativa com o robustecimento da Democracia, ideias que devem ser cultivadas dia a dia nas questões políticas e sociais que dizem respeito ao cotidiano da população conferindo legitimidade em oportunidades várias.

CONCLUSÃO

O estudo constatou que a democracia autêntica não se esvai com o reconhecimento do cidadão como sujeito de direitos e deveres, nem mesmo com a mera participação em eleição. Está atrelada também a autodeterminação coletiva, com intensa, igualitária e efetiva participação popular nas decisões e escolhas dos governantes, como elemento legitimador. Assim, já de início, deixa claro a Constituição, no decorrer do artigo 1º, ao prever a adoção de mecanismos de ampliação da eficácia da representatividade.

Em contrapartida, o transplantar puro e simples da legislação europeia e do direito como um todo foi responsável pela adoção de um Código, por muito tempo vigente, disfuncional, formalista e burocratizado, que pouco contribuiu para a formação de uma cultura participativa.

O Código de Processo Civil de 1973 sedimentou, no país, uma cultura eminentemente litigante, de inércia.

A ausência prolongada de experiências participativas no processo extrapolou a seara privada, acarretando uma verdadeira crise de participatividade, que acentuou a crise das instituições e da própria democracia.

O Código de Processo Civil, ao promover uma verdadeira revolução processual, adotando um modelo participativo, dialógico, cooperativo e fraterno, que conta com diversos encaminhamentos de resolução, servirá de experiência prévia contrafática que capacitará à participação, também, na esfera pública, mudando padrões de inércia e passividade até então existentes.

Em contrapartida, a implementação da participatividade é processo gradual em um país em que a população ainda não está acostumada com o “exercício do protagonismo constitucional”.¹⁸⁵

Pouco a pouco, aprende-se, na prática, a participar. Do seio do processo, do conflito privado, gradualmente, a experiência é trazida para o público, quando, a cidadania ganha corpo, tornando-se, ao fim, algo natural, um elemento cultural interno, que fará da cultura do litígio relato do passado medieval.

¹⁸⁵ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia**. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 - 237, 1996.

REFERÊNCIAS

- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.
- ALEIXO, José Carlos Brandi. Democracia representativa. **Revista de Informação Legislativa**. a. 14, n. 53, p. 67 - 92, jan.-mar. 1977.
- ALENCAR, José de. **Sistemas representativos**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1868.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 05 abr. 2021.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia**. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 - 237, 1996.
- BIRBAUM, Pierre. **O Conflito**. In: Raymond Boudon (org.). **Tratado de Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CÂNDIDO, Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FILARDI, Hugo. **Democracia e Processo – Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional**. Revista de Direito, v. 63, 2004.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. **Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 37. n. 2. jul./dez. 2017.
- GORCZEVSKI, Clovis. **Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O novo código de processo civil**. Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0235-5.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MORAES, Alexandre et al (org.). **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: Guia Prático da Autocomposição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, n. 4., 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. **Revista da Emerj**, 1998. v. 9. n. 35. p. 158 – 176, 2006. Rio de Janeiro.
- RODRIGUES, Cláudio Ferreira. **Curso de Constitucional: Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. ISBN 978-85-99559-14-7.
- ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Reinventar a democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva.
- SCHMIDT, João Pedro. **Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica**. In: Ciências Sociais Unisinos. São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 300 - 313, set/ dez 2011.
- SIMMEL, Georg. **El Conflicto: Sociología del antagonismo**. Trad. Javier Eraso Ceballos. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 1, 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A “jurisconstrução” de uma resposta para os conflitos sociais a partir das “alternative dispute resolution” (adr) no brasil. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2015.
- STRAUSS, Leo. **La ciudad y el hombre**. Buenos Aires: Katz, 2006.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. 2013. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 27 mar. 2020.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
- VICTORIANO, Marcia Regina. Capacitando para a democracia participativa. **Revista Avesso do Avesso**, Araçatuba, v. 1., n. 1., p. 87 – 97, jun. 2003.
- WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**. [recurso eletrônico]: 2003.

O DIREITO DE AUTOR E OS SISTEMAS COPYRIGHT E DROIT D'AUTEUR: PROTEÇÃO JURÍDICA EM FACE DOS LIVROS IMPRESSO E DIGITAL

Zulmar Fachin¹⁸⁶, Jéssica Fachin¹⁸⁷

RESUMO

(O artigo) Estuda o direito de autor e sua proteção jurídica no Brasil. Considera que ele se localiza no campo dos direitos fundamentais e da personalidade. O objetivo do trabalho é refletir sobre os aspectos morais e patrimoniais do direito de autor, abordando os sistemas *copyright* e *droit d'auteur* e como eles impactaram no Direito brasileiro. Para tanto, a partir do método dedutivo, este estudo configura-se como exploratório, com abordagem qualitativa, com recurso aos procedimentos de pesquisa documental e bibliográficos pautado em textos normativos e doutrinários publicados em livros e revistas científicas. Os resultados apontam que o direito de autor recebe proteção jurídica adequada, carecendo, no entanto, de proteção mais clara e específica para o autor de livro digital.

Palavras-chave: autor; direito da personalidade; livro; tecnologias.

INTRODUÇÃO

O direito de autor tem sido objeto de estudos cada vez mais relevantes. Não apenas a doutrina, mas também o legislador, nos planos constitucional e infraconstitucional, tem lhe dedicado proteção. Ele vem sendo estudado em sua dupla dimensão - espiritual e econômica -, possibilitando compreender, então, os seus aspectos morais e patrimoniais. Parte-se da premissa de que o direito de autor é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e da personalidade, visto que,

¹⁸⁶ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL. Coordenador do Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br ORCID - 0000.0001.5514.5547.

¹⁸⁷ Doutora em Direito Constitucional (PUCSP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC) e Direito Processual Civil (IDCC). Graduada em Direito (PUCPR). Licenciada em Letras (UEL). Professora na UEL e no Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologia” da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Coordenadora de Pós-Graduação *Lato Sensu* do IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogada. E-mail: jessicaafachin@gmail.com ORCID: 0000-0003-0486-7309.

além de estar previsto no catálogo constitucional específico dos direitos e garantias fundamentais, revela-se genuína manifestação da personalidade humana.

A pesquisa está delimitada no tempo e no espaço. Estuda a proteção normativa do direito de autor estabelecida a partir da Constituição de 1988, sem, no entanto, desconsiderar a evolução histórica no plano legislativo e também doutrinário, restringindo-se, todavia, ao estudo do tema no Direito brasileiro. Após identificar, sistematicamente, que o vasto campo da propriedade intelectual compreende os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*, o estudo volta-se aos direitos autorais, focalizando, especificamente, o direito de autor, desconsiderando os direitos conexos e o programa de computador, o qual, inclusive, é objeto de lei específica.

Frente aos avanços da sociedade deste início de século, justifica-se a pesquisa pela necessidade de contribuir para a compreensão dos diversos aspectos do direito de autor, abrangendo as dimensões moral e patrimonial de sua obra, também, pelo esforço que deve existir para perscrutar o tratamento específico dado pelo Direito brasileiro a essa modalidade de criação intelectual. Posto isto, dentre as produções do intelecto humano, o livro ocupa espaço privilegiado e, nesse contexto, o livro digital tornou-se merecedor de atenção específica, visto ser imperioso proteger os direitos de autor do criador de obra publicada na forma digital. Desse modo, devem receber adequada proteção jurídica o autor de livro impresso e, da mesma forma, o autor de livro digital.

O problema da pesquisa pode ser assim formulado: o Direito brasileiro protege suficientemente o direito de autor, em seus aspectos moral e patrimonial? O autor recebe adequada proteção jurídica em relação ao livro impresso e também ao livro digital?

A pesquisa trabalha com a hipótese de que o direito de autor é protegido tanto em seus aspectos morais como patrimoniais, visto que a lei brasileira contempla os sistemas do *copyright* e do *droit d'aut*. Considera, ainda, a hipótese de existência de proteção do direito de autor não apenas em relação ao livro impresso, mas também no que tange ao livro digital.

É importante registrar, desde logo, que o direito de autor pode ser estudado como um exemplo de direito fundamental, mas igualmente a partir de uma perspectiva dos direitos da personalidade. Seja qual for a ótica escolhida pelo estudioso, deve-se buscar estabelecer a maior proteção jurídica possível ao direito de autor, abrangendo os direitos morais e os de natureza patrimonial.

A pesquisa divide-se em três partes. Na primeira, estuda os fundamentos teóricos do direito de autor, considerando-o exemplo de direito fundamental e da personalidade. Na segunda, trata dos sistemas *copyright* e *droit d'auteur* de proteção do direito de autor, abrangendo, assim, os direitos morais e os

direitos patrimoniais decorrentes desta espécie de criação intelectual. Na terceira, estuda a proteção jurídico-normativa do direito de autor no Brasil, focalizando, especificamente, a Lei de Direitos Autorais.

1 PERSPECTIVAS TEÓRICAS DO DIREITO DE AUTOR: DIREITO FUNDAMENTAL E DA PERSONALIDADE

O direito de autor deve ser compreendido como direito fundamental e ao mesmo tempo da personalidade. É direito fundamental por força de sua alta densidade axiológica, tendo recebido, por isso, status formal na Constituição brasileira de 1988; é direito da personalidade por ser manifestação genuína da essência da pessoa humana. Esses dois direitos, porém, realizaram diferentes trajetórias no tempo.

Os direitos da personalidade são antigos, arrancaram do direito privado, pertenceram às relações privadas e, em regra, localizaram-se e localizam-se nos Códigos Civis. Eram compreendidos como direitos privados da personalidade. Em relação a tais direitos, tem-se afirmado que “A tutela jurídica se funda na lei e depende dela” (VERA-CRUZ PINTO, 2004, p. 71), não necessitando estar prevista na Constituição. Conforme lição de Maurício Mazur, os direitos da personalidade remontam ao Direito antigo grego e romano. Nessa perspectiva, a tutela da personalidade oferecida pelo direito constitucional aproveita a longa evolução histórica do direito civil e, por isso, a fonte imediata dos direitos da personalidade não é a Constituição, mas o Código Civil (MAZUR, 2012).

Contudo, é importante registrar que, se o reconhecimento de direitos da personalidade é antigo, remontando aos gregos e aos romanos (SZANIAWSKI, 1993; TEPEDINO, 2004), sua teoria é recente, contando com menos de um século de existência: “A teoria dos direitos da personalidade, ou direitos personalíssimos, é produto da elaboração doutrinária que se iniciou no séc. XIX, atribuindo-se a Otto Gierke a paternidade da denominação” (AMARAL, 2000, p. 250).

Registra-se, portanto, que a formulação desta teoria foi uma grande conquista em favor da pessoa humana, traduzindo um momento alto no desenvolvimento do Direito, especialmente os da personalidade. Pontes de Miranda (1974, Tomo VII, p. 5) afirma que “Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, novo manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica”.

Analisando os direitos da personalidade em diversos países, Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet afirmam que:

Os direitos da personalidade, tanto no Brasil (artigos 11-21, CCB/2002), quanto em Portugal (artigos 70-81, CCP), encontram no Direito Civil seu âmbito normativo primário. Essa afirmação implica o reconhecimento de que as normas do Código Civil fornecem os meios primários de vinculação dos particulares, sem necessidade de recorrência permanente ao texto constitucional para sua concretização (MIRANDA, RODRIGUES JUNIOR; FRUET, 2010, p. 16-17).

Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais são conceitualmente distintos, embora, por vezes, o mesmo direito possa ser catalogado em qualquer dos dois campos teóricos: é o caso do direito de autor.

No campo dos direitos da personalidade, mantêm-se diferentes perspectivas entre jusnaturalistas e positivistas. Para os jusnaturalistas, como Limongi França e Carlos Alberto Bittar, tais direitos existem independentemente da chancela do Estado. Limongi França (1998) sustenta que, além dos direitos da personalidade privados reconhecidos pela lei, há outros que não dependem desta formalidade para existirem. Por sua vez, Carlos Alberto Bittar (2006) sustenta que tais direitos são inatos, cabendo ao Estado reconhecer sua existência e formalizá-lo para lhes atribuir força jurídica, garantindo-os em face não apenas do poder estatal, mas também da incursão de ações dos particulares. Neste sentido, cabe ao Estado reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram. Assim, o Estado não os cria, apenas reconhece sua existência.

Os positivistas, por outro lado, como Adriano de Cupis (2008), entendem que os direitos da personalidade são aqueles criados pelo Estado. Neste sentido, Adriano de Cupis reconhece que esses direitos são essenciais e imprescindíveis ao ser humano.

Todos os direitos, enquanto destinados a darem conteúdo à personalidade, poderiam dizer-se 'direitos da personalidade'. Mas em linguagem jurídica comum, tal denominação é reservada aqueles direitos subjetivos, cuja função, relativa à personalidade, se especializa, constituindo o 'minimum' necessário e imprescindível do seu conteúdo CUPIS, 2008, p. 13).

Cada direito da personalidade deve ser protegido, promovido e efetivado na vida cotidiana. Desrespeitar um direito da personalidade equivale a agredir a própria sociedade, a qual, por meio das instituições, deve proteger os seus membros, sob pena de soçobrar. Na lição de Santos Cifuentes, "A sociedade decai quando não se respeitam todos e cada um de seus membros, quando aquele sentido primordial de ser uno é desconhecido, quando a personalidade é atropelada" (CIFUENTES, 2008, p. 95).

Já os direitos fundamentais são identificados com a modernidade, tem matriz no direito público, em regra pertencem às relações de direito público e localizando-se nas Constituições. São compreendidos como direitos públicos fundamentais. Neste sentido, podem ser mencionados alguns documentos jurídico-normativos importantes para a consolidação desses direitos, tais como a Declaração de Direitos (Inglaterra, 1689), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínea (Estado Unidos, 1776), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (União Soviética, 1918).

Antonio E. Perez Luño compreende os direitos fundamentais como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, um marco de proteção de situações jurídicas subjetivas. Na perspectiva axiológica objetiva, os direitos fundamentais são o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, obtido a partir de relações tensas e dos esforços de cooperação realizados para alcançar metas comuns. Já em uma dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem-se no estatuto jurídico dos cidadãos, tendo em vista suas relações com o Estado e também as relações entre si. Desse modo, esses direitos buscam proteger a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana em face do poder e também frente aos demais membros do grupo social (LUÑO, 1996). Esta concepção mínima de direitos fundamentais deve ser ampliada, de modo a abranger direitos fundamentais que exigem atuação do poder público para que possam ser efetivamente usufruídos pelas pessoas. Para melhor compreender a vasta abrangência desses direitos, recomendam-se outras leituras (SARLET, 2015).

Os direitos fundamentais têm sido uma preocupação central das sociedades do pós-segunda guerra mundial, cujas Constituições passaram a ocupar posição de centralidade jurídica, as quais, promulgadas a partir deste marco histórico, priorizaram e ampliaram o rol de tais direitos. Um exemplo expressivo e sempre recorrente é a própria Constituição brasileira de 1988.

Analisando as lições acima referidas, bem como as de outros autores, tanto brasileiros quanto estrangeiros, constata-se que, em regra, definir direitos fundamentais significa abranger muitos direitos da personalidade, sendo a recíproca também verdadeira. As relações entre esses direitos são bastante íntimas, existindo, na verdade, um largo espaço comum no qual podem ser encontrados direitos da personalidade que são direitos fundamentais e direitos fundamentais que são direitos da personalidade.

Para compreender esta simbiose, a lição de Gomes Canotilho é bastante esclarecedora.

Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da

personalidade. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Registre-se, neste campo, que o constituinte brasileiro de 1987-88 soube conciliar os dois aspectos, protegendo direitos fundamentais e da personalidade sob a mesma rubrica do catálogo específico “direitos e garantias fundamentais” (arts. 5º a 17), o que não significa, todavia, ignorar a existência de alguns desses direitos localizados, de modo disperso, ao longo da Constituição, como são os casos do direito ao meio ambiente (art. 225) e do direito à cultura (arts. 215 e 216). Na lição de Mazur,

Sem violar a distinção estrutural entre as espécies de direitos, a unidade da ordem jurídica autoriza que alguns ou todos os direitos da personalidade sejam qualificados como direitos fundamentais e possibilita que os direitos fundamentais sejam contidos aos direitos da personalidade, numa operação de transposição (e não de sobreposição) de uma espécie a outra (MAZUR, 2012, p. 26).

Neste sentido, em que pese haver, às vezes, esforço doutrinário para estabelecer distinções entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, é necessário reconhecer que há entre eles mais semelhanças do que distinções. Maurício Mazur (2012) afirma que a dicotomia entre ambos os termos não os opõe, visto que, em sentido contrário, deve-se construir uma dogmática incentivadora de relacionamento internormativo capaz de fortalecer a proteção da personalidade. Assim, se, por um lado, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, é preciso reconhecer que, por outro, a maioria dos direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos da personalidade.

Embora tenham realizado trajetórias distintas, não se deve apostar na dicotomia. A convergência, e não a separação, entre direitos da personalidade e direitos fundamentais reforça a proteção dos direitos essenciais da pessoa humana. Neste sentido, tanto aqueles como estes devem ser compreendidos e efetivados em uma perspectiva de complementaridade. Em outras palavras, são direitos indispensáveis, essenciais e complementares entre si; são protetores da dignidade da pessoa humana, de modo que, sem eles, a convivência social ficaria irremediavelmente comprometida.

A doutrina tem observado, contudo, que “há direitos da personalidade que não se qualificam como direitos fundamentais e que existem direitos fundamentais não necessariamente identificáveis como direitos da personalidade” (MIRANDA, RODRIGUES JUNIOR, FRUET, 2012, p. 16).

Vale registrar que, para José Castan Tobeñas (1992), os direitos fundamentais têm maior amplitude do que os da personalidade. Em uma perspectiva moderna e tão ampla dos direitos fundamentais do homem, garantidos política e internacionalmente, os direitos da personalidade constituem somente uma parte deles, exatamente quando estiverem dotados dessa característica, qual seja, a fundamentalidade.

Uma questão importante, ainda a ser melhor desenvolvida no Direito brasileiro, é saber que se os direitos políticos, como o direito de voto, também podem ser considerados direitos da personalidade. Pontes de Miranda (1983) entendia que, nos Estados democráticos, o direito de voto não é direito da personalidade, mas apenas um direito político. Esse entendimento, contudo, tem sido modificado. Após reconhecer que, tradicionalmente, os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa, afastavam-se dos direitos de personalidade, Gomes Canotilho admite que, hoje em dia, cada vez mais os direitos fundamentais (políticos) tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa. Isto ocorre em razão da interdependência, cada vez mais intensa, entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão e também em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’ (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Diante do que foi analisado, não é difícil concluir que o direito de autor, tanto em sua dimensão moral como em sua vertente patrimonial, pode ser estudado a partir dos direitos fundamentais e também com fulcro nos direitos da personalidade. Em outras palavras, o direito de autor configura exemplo de direito fundamental e, ao mesmo tempo, de direito da personalidade.

2 OS SISTEMAS *COPYRIGHT* E *DROIT D’AUTEUR* DE PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

Cada pessoa, por sua própria natureza humana, tem um conjunto de capacidades intelectuais, que vão se desenvolvendo ao longo de sua trajetória na face da terra. Esse conjunto de capacidades constitui, na somatória, o maior patrimônio de um Estado soberano. Neste sentido, a lição de Capelo de Souza denota que:

A capacidade criadora, enquanto síntese das mais importantes energias e estruturas corpóreo-espirituais do homem, que

acentuadamente o diferencia das demais espécies animais, constitui no âmbito da tutela geral da personalidade um bem juscivilístico hierarquicamente muito elevado (SOUZA, 1995, p. 241).

Em uma perspectiva sistêmica, conforme referido no item anterior, as criações intelectuais abarcam três campos importantes das manifestações do intelecto humano: direito autoral, propriedade industrial e proteção *sui generis*. O direito autoral abrange os direitos de autor, os direitos conexos e o programa de computador. Já propriedade industrial contempla marca, patente, desenho industrial, indicação geográfica, segredo industrial e repressão à concorrência desleal. A proteção *sui generis*, por sua vez, abrange a topografia de circuito integrado, cultivar e conhecimento tradicional. Essa pesquisa, todavia, localizada no campo dos direitos autorais, abrange, especificamente, o direito de autor, não sendo contempladas as demais criações intelectuais.

O direito de autor é produzido pelo intelecto humano. Localiza-se no campo das criações intelectuais, das quais é uma manifestação. Exemplo de direito fundamental e da personalidade, constitui-se em um ramo específico e ímpar do ordenamento jurídico, sendo considerado, às vezes, “um ramo do direito de natureza *sui generis*” (COSTA NETTO, 2019, p. 133). Ressalta-se que a forma adotada para proteger o direito de autor revela o estágio de desenvolvimento econômico, social e cultural no qual se encontra a sociedade.

Para Delia Lipszyc, o direito de autor não é apenas um tema jurídico, mas verdadeiro ramo do Direito:

É o ramo do Direito que regula os direitos subjetivos do autor sobre as criações que apresentam individualidades resultantes de sua atividade intelectual, que habitualmente são enunciadas como obras literárias, musicais, teatrais, artísticas, científicas e audiovisuais (LIPSZYC, 1993, p. 11).

Nesse campo do Direito, formam-se, naturalmente, laços que unem criador e criatura, ou seja, constitui-se uma identidade pessoal entre a obra e o seu autor. Para Pontes de Miranda, (1974, Tomo VII, p. 6), “essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é vínculo psíquico, fáctico, inabluível, portanto indissociável, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico”.

Assim, evidencia-se que o direito do autor tem dois aspectos: moral e patrimonial. O primeiro é uma expressão da dimensão espiritual do próprio autor que inova, revela seu poder de criação, sua capacidade intelectual, estando vinculado ao direito da personalidade. O segundo tem caráter econômico e pode ser alienado, localizando-se no campo do direito civil/

empresarial. Neste sentido, o autor tem sobre a obra direitos morais e direitos patrimoniais. Clóvis Beviláqua, interpretando o Código Civil de 1916, de cujo projeto foi o autor, identificava no direito autoral uma parte pessoal, íntima, inalienável e perpétua, denominada direito moral do autor, ao lado de outra parte de natureza econômica ou patrimonial, que denominou de propriedade imaterial. Trata-se, segundo ele, do direito titularizado pelo “autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica” (BEVILÁQUA, v. 3, 2003, p. 267 e 274).

A doutrina mais recente, em sua vasta contribuição para a compreensão dos direitos de autor, retoma essa divisão que expressa dois sistemas distintos de proteção de tais direitos. Neste sentido, Victor Gameiro Drummond assevera que os direitos patrimoniais se dividem em subcategorias, levando em consideração a possibilidade de exploração das obras em direitos de comunicação pública, reprodução ou edição, além de outras que a modalidade de obra puder sustentar com o objetivo de explorar a obra protegida. Por outro lado, há elementos que decorrem da subjetividade inerente à personalidade do criador e que se traduzem nos denominados direitos morais de autor. Essa divisão expressa a existência de dois sistemas de proteção jurídica dos direitos de autor (DRUMMOND, 2011, p. 48).

Os sistemas do *copyright* (do inglês, “direito de cópia”) e do *droit d’auteur* (do francês, “direito do autor”) são formas diferentes de proteger os direitos do autor. Aquele está vinculado à dimensão material da obra do autor, enquanto este se volta à sua dimensão espiritual. Em outras palavras, o sistema do *copyright*, de influência angloamericana, protege os aspectos patrimoniais da obra, ao passo que o sistema do *droit d’auteur*, de tradição francesa, garante a proteção dos direitos morais do autor. Tem-se, respectivamente, as noções de *corpus mysticum*, que é a obra em sua ideia, e *corpus mechanicum*, que se expressa na obra em sua forma.

A obra produzida pelo autor, como visto antes, gera direitos morais e direitos patrimoniais. Estes podem ser usufruídos pelo próprio autor, mas também por terceiros, visto que tais direitos, ao contrário dos de natureza moral, são transmissíveis.

O autor goza dos direitos econômicos decorrentes da sua criação intelectual. Desse modo, ele pode usufruir por si mesmo ou mediante o esforço de terceiro para a divulgação e comercialização da obra. Ressalta-se, todavia, que a utilização econômica do direito de autor não está definida em *numerus clausus*, podendo ser realizada pelas mais diversas formas (LIPSZYC, 1993, p. 52-53).

Em uma perspectiva patrimonial, os direitos de autor têm algumas características, as quais, inclusive, o aproximam de um direito comum ao mundo dos negócios. Dentre as principais, podem ser mencionadas as seguintes: temporariedade - o Direito protege a criação durante certo tempo, após o qual a obra cai em domínio público; individualização da proteção - cada obra recebe proteção de modo individualizado, o que permite ocorrer a incidência de normas jurídicas distintas; direito de propriedade sobre o bem - o adquirente de obra tem propriedade específica sobre o bem material, mas não sobre a criação intelectual nele inserida; independência das utilizações - o autor da obra pode comercializar seu uso, contudo, deve haver autorização específica para cada utilização, ou seja, a autorização dada para um livro ser transformado em filme está separada da que pode ser concedida para que o mesmo livro seja usado como tema de novela de televisão.

A dimensão patrimonial do autor autoriza a comercialização da obra, ao passo que a dimensão moral a impede. Eis a lição de Clóvis Beviláqua, ainda à luz do Código Civil de 1916:

Ceder a exploração da obra, alienar o elemento econômico, os proventos, que ela produza é lícito e de uso frequente, até porque a divisão das funções sociais determina essa maneira de ser das coisas. Mas a parte íntima e pessoal do direito autoral essa não pode ser alienada, porque é irradiação da personalidade do autor, que vincula, indissolúvel e perpetuamente, a obra a quem a produziu (...). É preciso ter em vista que no direito do autor há uma parte íntima e pessoal, que não se pode alienar, e outra patrimonial que, essa sim, é suscetível de cessão (BEVILÁQUA, 2003, p. 288).

Embora tenha decorrido mais de um século, as lições do redator do Código Civil de 1916 continuam atuais e podem ser utilizados pelo estudioso do nosso tempo.

Além de direitos patrimoniais, o autor desfruta de direitos morais, em razão do vínculo que se forma com a obra que ele produz. Segundo Andrea Hototian (2019), em face da necessidade de proteger-se tanto o autor como o seu vínculo com a obra intelectual exteriorizada, que é objeto da sua criação, os direitos morais do autor nascem com a criação da obra e despontam como direitos da personalidade. Tratam-se de “valores inerentes ao autor que, nesse contexto, é o cerne da criação, sem o qual ela não existiria e para quem se submete toda forma da utilização e reprodução da criação pela sociedade”. Neste sentido, afirma que “A projeção dos direitos morais de autor sobre a criação da obra revestida de originalidade confere ao criador uma proteção com *status* de direitos absolutos” (HOTOTIAN, 2019, p. 278). Ainda que não

se esteja diante de um direito absoluto, é de se reconhecer o liame específico formado entre o autor e a obra que ele produz. Trata-se de vínculo *sui generis*, que somente entre eles pode existir.

Carlos A. Villalba (2014), analisando o direito de autor a partir de uma perspectiva cultural, mostra que há dois motivos justificadores da concessão de direito (moral) exclusivo ao autor da criação. O primeiro é o reconhecimento de que o direito de autor é um direito individual, visto que a obra é o fruto da criação e, portanto, ligada à pessoa de seu criador. Já o segundo é porque a proteção do autor e de sua obra é a força que impulsiona o desenvolvimento cultural e científico da humanidade.

Pedro Orlando destaca que o direito imaterial é resultado da criação humana, podendo ser resultado de raros momentos de inspiração ou de uma meditação qualquer. Afirma que “Todo direito imaterial se origina de uma criação, isto é, de uma ideação criada por iniciativa espiritual. Pouco importa que resulte de um rasgo de gênio ou de meditação diuturna” (ORLANDO, 2004, v. 9, p. 69-70).

Na sua dimensão moral, os direitos do autor têm as seguintes características: perpétuo - perdura por toda a existência do autor e, inclusive, por longo período após a sua morte, que, no Direito brasileiro, é de setenta anos; irrenunciável - o titular do direito de autor não pode dele se desinvestir; inalienável - o ato de alienação seria um ato jurídico ineficaz; imprescritível - a faculdade de exercer os direitos de natureza moral não prescreve com o fluir do tempo; e incedível - é insuscetível de ser objeto de contrato de cessão.

Nesse contexto, torna-se importante analisar se o direito moral de autor é inato ou não. Carlos Alberto Bittar (2006) entende ser inato, visto tratar-se de um direito da personalidade que existe em si mesmo, situado na órbita dos direitos ligados ao próprio ser humano. A pessoa tem o direito de criar ou não criar a obra, exercendo ou não o direito inato relativo à sua criação. Assim, não se deve confundir a existência do direito com o seu exercício. Em outras palavras, o direito moral de autor integra a personalidade do homem abstraído da sua condição de autor. Vir a se constituir em autor, elaborando obra, seria apenas um momento posterior à existência do direito moral de autor.

Já para outros autores, como Adriano de Cupis e Delia Lipszyc, o direito moral de autor não é inato, mas criado pelo Direito. Na lição de Adriano de Cupis: O direito de autor, por outro lado, não é um direito inato. Na verdade, ele surge apenas como resultado de um ato de criação intelectual, ou seja, não cabe a quem tem personalidade, mas àquele que, além de ter personalidade, se qualifica ulteriormente como ‘autor’ (CUPIS, s.a., p. 588).

Constata-se, por essa doutrina, que o autor da obra somente o será se exercer a criação, visto que não há autor inato e, desse entendimento,

compartilha Délia Lipszyc (1993), que distingue o autor do ato de criação, afirmando que o autor nasce do ato de criação da obra. Seria dizer que, sem a criação, não há autor; se não há autor, não há direito moral de autor.

Por fim, vale ressaltar as diferenças apontadas por Silmara Juny de Abreu Chinallato (2008) entre direitos morais e direitos patrimoniais do autor: a) distinção entre o corpo mecânico (patrimonial) e o corpo místico (moral), reconhecendo apenas àquele a possibilidade de propriedade e posse; b) definição de prazo ilimitado para os direitos morais e limitado para os direitos patrimoniais; c) viabilidade de usucapião em relação dos direitos patrimoniais, o que é insuscetível de ocorrer em face dos direitos morais; e) perda dos direitos patrimoniais após determinado lapso temporal, ao passo que os direitos morais são perpétuos; f) possibilidade de alienação dos direitos patrimoniais e inalienabilidade dos direitos autorais; g) interpretação “normal” em face dos direitos patrimoniais, mas interpretação restritiva em face de direitos morais; h) possibilidade de uso da tutela processual possessória em direitos patrimoniais, o que é insuscetível/impossível para proteger direitos morais; i) aquisição da propriedade dos direitos patrimoniais do autor, mas não dos direitos morais.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA DO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

O direito de autor tem recebido especial proteção jurídica na ordem internacional e em âmbito doméstico. No Direito Internacional, o primeiro documento jurídico-normativo foi a Convenção da União de Berna (Convenção Internacional para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas), publicado em 1886. Após diversos aditamentos, o documento está em vigor até hoje, tendo sido, inclusive, ratificado pelo Estado brasileiro. Dotado de enorme relevância, esse documento “consagrou de forma ampla e definitiva os direitos de autor em todo o mundo” (COSTA NETO, 2019, p.110).

Outros documentos importantes sobre o direito de autor podem ser mencionados: a Convenção de Roma (Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executores, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão), publicada em 1961; a Convenção Universal sobre Direitos do Autor, assinada em 1952; e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - ADPIC ou TRIPS, publicado em 1994. Deixa-se de analisar, de forma detida, esses documentos, visto que o estudo dos direitos do autor no âmbito do Direito Internacional não é objeto desta pesquisa.

No Direito brasileiro, os direitos de autor têm proteção tanto em âmbito constitucional como no plano infraconstitucional. A Constituição de 1988, na

linha de Constituições anteriores, protege os direitos de autor, assegurando, de um lado, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, com vedação de censura ou licença (art. 5º, inciso IX) e, de outro, garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, admitindo-se sua transmissão aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (art. 5º, inciso XXVII). No plano infraconstitucional, a matéria é regida pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei de Direitos Autorais (LDA).

Autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica (art. 11). Embora seja admitido à pessoa jurídica titularizar direitos de autor, somente a pessoa física pode ser autora e, neste ponto específico, registra-se que o conceito de autor pode estar sofrendo uma transformação. Pedro Paranaguá Sérgio Branco (2009) observa que, na sociedade da informação, o autor, muitas vezes, já não trabalha mais exclusivamente sozinho, visto que outras pessoas também participam da criação da obra. Esse autor menciona os seguintes exemplos: a) autores escrevem livros on-line, recebendo contribuições de leitores; b) programas de televisão tem seu roteiro determinado - ou, ao menos, alterado - pela participação dos espectadores, inclusive em tempo real; c) usuários de internet criam suas obras derivadas de obras de outros autores, mantendo o valor artístico e cultural. Neste sentido, afirma que “A wikipedia é um grande projeto de criação intelectual que desafia os paradigmas dos direitos autorais” (BRANCO, 2009, p. 45-46). Diante dessa realidade, poder-se-ia afirmar que a autoria da obra pode ser exclusiva do autor, assim como de uma pluralidade de pessoas físicas.

A Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, disciplina os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os direitos a eles conexos, remetendo para legislação específica os direitos relativos a programas de computador. Para efeitos desta lei, os direitos de autor - modalidade de direitos autorais - são considerados bens móveis.

Esta lei trata amplamente dos direitos autorais: protege os direitos (morais e patrimoniais) do autor; disciplina a utilização de obras intelectuais e dos fonogramas; organiza e protege os direitos conexos aos de autor; reconhece as associações de titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos; prevê sanções às violações dos direitos autorais, além de conter disposições preliminares, finais e transitórias.

Salienta-se que a lei protege a obra dotada de originalidade, a qual não se localiza propriamente na ideia, mas na forma. Em outras palavras, não se exige que a ideia seja nova, mas, sim, a forma pela qual a ideia é veiculada. Uma ideia, já desenvolvida em outras obras, pode ser novamente externada por meio de livro, filme, desenho, pintura, escultura etc., sem que isso viole o

direito de autor. Assim, a ideia pode ser a mesma, porém, a forma tem que ser nova. Portanto, a originalidade é da forma.

Esse aspecto importante do direito de autor tem sido destacado pela doutrina brasileira especializada. Marcos Wachowicz (2011), ao analisar os direitos autorais e o domínio público da informação, afirma que o direito de propriedade sobre a produção intelectual aparece quando a ideia é exteriorizada por meio tangível ou intangível pelos sentidos, visto que a ideia em si, sem ser exteriorizada, não tem proteção do ordenamento jurídico. A ideia deve circular para gerar novas criações.

Se a simples ideia não recebe proteção jurídica (art. 8º, inciso I, da LDA), o direito de autor nasce e seu objeto se individualiza pela simples exteriorização da obra, não sendo necessário o registro administrativo para constituir sua propriedade literária, artística e científica (CASTELLI, 2018, p. 100). O direito de autor passa a ser reconhecido com a exteriorização do pensamento. Ele pode, todavia, levar sua obra a registro em órgão oficial, mas esse registro é facultativo e não constitutivo de direitos.

Conforme visto no item anterior, há dois sistemas de proteção dos direitos do autor: o *copyright* e o *droit d'auteur*. A lei brasileira contempla a ambos, assegurando ao autor direitos morais e patrimoniais sobre a obra que ele criou (art. 22), reconhecendo, assim, que o ato criativo gera distintos direitos.

No campo específico dos direitos patrimoniais, por força do sistema *copyright*, adotado pelo Direito brasileiro, ficaram assegurados, ao autor, direitos patrimoniais sobre a obra que produziu, os quais podem ser comercializados. Neste sentido, além do direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28), o autor pode reproduzir sua obra, colocando-a à disposição do público, na forma, local e pelo tempo que quiser, seja a título oneroso, seja a título gratuito (art. 30).

Por serem disponíveis, os direitos (patrimoniais) de autor poderão ser transferidos a terceiros, na sua totalidade ou apenas em parte. A transferência poderá ocorrer a título universal ou parcial e ser realizada pessoalmente pelo autor da obra ou por meio de representante, desde que este tenha poderes especiais para formalizar o contrato em nome daquele. Essa transferência poderá ser feita por licenciamento, concessão, cessão ou por qualquer outro meio que o Direito admitir (art. 49). Em razão da comercialização de sua obra, o autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de receber pelo menos cinco por cento sobre o aumento do preço que for verificado em cada revenda (art. 38).

Os direitos patrimoniais perduram por 70 anos (art. 41), prazo contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, devendo-se obedecer à ordem sucessória estabelecida no Código Civil. Observe-se, todavia, que os direitos patrimoniais sobre obras anônimas ou pseudônimas

também perduram por 70 anos, contatos, todavia, de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação (art. 43). Em ambas as hipóteses, decorrido o prazo estabelecido, a obra cai no domínio público. Além dessas hipóteses, também pertencem ao domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e as obras de autor desconhecido, ressalvada, nesta hipótese, a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais (art. 45).

Registra-se que a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet) estabelece que o provedor de aplicações de internet poderá ser civilmente responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Contudo, para que se possa impor ao provedor o dever de indenizar, exige-se uma ordem judicial específica. Em outras palavras, o dever de indenizar, face o reconhecimento judicial da ilicitude do ato de terceiro, somente ocorrerá se, após ser intimado da ordem judicial específica, o provedor não retirar o conteúdo (art. 19).

Veja-se que a condição para o nascimento do dever de reparar o dano não é, simplesmente, o resultado lesivo do ato, mas a existência de uma ordem judicial específica determinando a remoção do conteúdo. No entanto, se a violação for de um direito de autor ou conexo, não se exige a referida ordem judicial específica, mas basta a violação do direito para que surja o dever de indenizar (art. 19, § 2º). Ao analisar estas normas legais, Anderson Schreiber (2020) afirma que os direitos de autor, bem como os conexos, passaram a receber uma proteção mais forte, célere e efetiva do que outros direitos fundamentais do ser humano.

Já no campo específico dos direitos morais, em face do sistema *droit d'auteur*, também adotado pela LDA, o autor titulariza diversos direitos. Dentre os mais importantes, podem ser mencionados os seguintes: a) reivindicar para si a autoria da obra, direito que pode ser exercido a qualquer tempo; b) ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado na utilização da obra, deixando claro que é ele o seu autor; c) conservar a obra inédita, optando por publicá-la ou não; d) assegurar a integridade da obra, podendo ele opor-se a qualquer tipo de modificação ou prática de atos que, por qualquer forma, possa prejudicar a obra ou atingir o autor em sua reputação ou honra (art. 24, inciso I-IV). Nessas hipóteses, com a morte do autor, os direitos se transmitem aos sucessores.

São ainda direitos morais do autor modificar a obra, tanto antes como depois de utilizada, bem como retirá-la de circulação ou suspender qualquer forma de sua utilização, mesmo que já autorizada, quando a circulação ou a utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (art. 24, inciso V e VI). Em qualquer dessas hipóteses, o terceiro terá direito a ser previamente indenizado.

Outrossim, a lei garante ao autor o direito de ter acesso a exemplar único e raro, quando este se encontrar legitimamente em poder de outra pessoa, com o objetivo de preservar sua memória. O autor poderá obter uma cópia da obra por meio fotográfico ou assemelhado, mas causando o menor inconveniente possível ao detentor daquele exemplar. Neste ponto específico, se experimentar dano ou prejuízo em consequência do procedimento adotado, o titular da obra deverá ser indenizado (art. 24, inciso VII).

Ao analisar os aspectos legais da paternidade da obra, em relação aos direitos morais de autor, Andrea Hototian 2019, p. 280-281). sintetiza que:

A paternidade da obra se expressa principalmente no direito de reivindicar a autoria e de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional anunciado como autor da obra (incisos I e II do art. 24 da Lei n. 9.610/98). Além disso, o dispositivo legal menciona o direito de conservar a obra inédita, de modificá-la, de suspender sua utilização, de assegurar a sua integridade, de ter o nome vinculado à obra e de ter acesso a exemplar único.

Vale aduzir que, em face dos direitos morais de autor, a LDA atribui ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra, quando esta cair em domínio público (art. 24, 2º). Dizendo de outra forma, se, por um lado, cabe ao autor a proteção do direito sobre suas criações, por outro, caindo a obra em domínio público, o direito-dever da proteção passa a ser exercido pelo Estado.

Ressalta-se, por fim, que, em face das novas tecnologias que não param de evoluir (FACHIN, 2023), é imprescindível reconhecer que a proteção jurídica relativa ao tema aqui desenvolvido abrange não apenas o autor de livro impresso, mas também o de livro digital. Desse modo, o livro digital, também chamado de eletrônico ou e-book, gera em benefício do autor direitos idênticos aos que cabem ao autor de livro impresso. Em outras palavras, o autor também exerce sobre o livro digital direitos morais e patrimoniais.

José de Oliveira Ascensão afirma que a era digital tem suscitado possibilidades, até então não imaginadas, para a criação, a expansão e o acesso à cultura. Essa nova era, de caráter expansivo no século XXI, “Possibilita novos usos criativos na internet. Dá-lhe expansão global e instantânea. Cria uma indisponibilização permanente em relação a todas” (ASCENSÃO, 2011, p. 31).

A forma de exteriorizar as criações intelectuais mudou, gerando, inclusive, alteração dos espaços físicos. Pierre Lévy lembra que enciclopédias, dicionários, atlas geográficos, *corpus* jurídicos e históricos que, tradicionalmente, ocupavam largo espaço físico, agora, conformam-se em uma minúscula fração desse espaço (LÉVY, 2010).

Nas últimas décadas, tem ocorrido um avanço da cultura digital. Pode-se afirmar que houve a passagem do livro impresso para o livro digital, embora

aquele continue cumprindo sua função. Nessa passagem, nota-se o avanço da criatividade, da inventividade e do reconhecimento dos direitos de autor, independentemente da forma da publicação do livro, se é impressa ou digital.

O livro na forma digital contribui para ampliar o acesso ao conhecimento. Democratizando o saber, humaniza as pessoas e eleva qualidade ética da própria humanidade.

“Da sua parte, a tela simboliza a popularização e desterritorialização da arte, o igualamento das espécies de texto, o nivelamento – social, etário, étnico, de gênero – dos consumidores, enfim, a democratização, porventura a almejada socialização dos meios de criação, produção e circulação dos bens culturais. Afinal, no universo digital e na cibercultura há lugar para (quase) tudo, pois não existe censura, nem proibições, museus e obras clássicas reproduzem-se sem custo, todos podem participar dele como emissões e como destinatários” (ZILBERMAN, 2012, p. 232).

Embora seja necessário admitir que até o início deste século a quantidade de livros digitais não é expressiva (LITMAN, 2006), tornou-se imperioso reconhecer que se está diante de uma realidade sujeita a rápidas transformações. As tecnologias favorecem a expansão dessa forma de externar as criações intelectuais e o autor precisa ter protegidos os direitos decorrentes deste seu labor.

A LDA trata deste tema de modo genérico, no entanto, não se pode dizer que é omissa, porquanto ela protege as obras intelectuais, ou seja, “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (art. 7º). Observa-se que o dispositivo legal, redigido em termos abrangentes, fala em “qualquer suporte”, “tangível ou intangível” e “conhecido ou que se invente no futuro”, permitindo deduzir que ele protege também o direito de autor do livro digital. Assim como o livro impresso, o livro digital é produto do intelecto humano e, como tal, recebe proteção legal. A forma por meio da qual ele é apresentado ao público torna-se algo secundário. Impõe-se, portanto, reconhecer a existência de uma nova dimensão do direito de autor.

Nesta perspectiva, a doutrina tem observado que, em face da necessidade de atender aos mais recentes anseios sociais nas relações privadas, o direito de autor atravessa um momento de transformação, implicando em reconhecer que já não importa muito a forma pela qual a obra é levada a público pelo autor, visto que o objetivo da lei é proteger as mais diversas criações do espírito humano (ANDRÉ; RODRIGUES, 2020, p. 133).

Pode-se concluir, portanto, que o criador do livro digital, assim como o do livro impresso, tem protegidos os seus direitos de autor. Cabe ao legislador, porém, dar um tratamento legislativo mais claro, específico e detalhado aos direitos de autor relativos ao livro digital.

CONCLUSÃO

A pesquisa identificou que o direito de autor constitui-se em um direito fundamental e da personalidade não apenas por constar no catálogo constitucional específico dos direitos fundamentais, mas também por ser manifestação genuína da essência humana, visto que a obra nasce de dentro do autor.

Os direitos fundamentais e da personalidade realizaram trajetórias distintas no tempo, aquele protegido em *locus* específico da Constituição e este recebendo proteção no Código Civil ou em leis específicas. Esta aparente dicotomia, no entanto, se apaga com a aproximação entre ambos. Nos últimos anos, todavia, os direitos da personalidade também passaram a receber proteção constitucional.

A propriedade intelectual tem amplo campo de incidência, abrangendo os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. Nesse sentido, a parte dos direitos autorais contém o direito de autor, os direitos conexos e o programa de computador. Apenas o direito de autor foi objeto do estudo, sendo que a pesquisa analisou, em relação a este direito, aspectos morais e patrimoniais.

A pesquisa identificou dois sistemas de proteção do direito de autor: o copyright, de origem anglo-americano, e o *droit d'auteur*, de origem francesa, sendo que o primeiro garante os direitos patrimoniais e o segundo protege os direitos morais do autor. Ambos os sistemas foram acolhidos pelo Direito brasileiro.

Ressalta-se que, no Direito brasileiro, o autor tem proteção constitucional e legal. Na Constituição, estão asseguradas as atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como o direito exclusivo de o autor utilizar, publicar ou reproduzir sua obra, a qual é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a própria lei determinar.

A LDA estabelece ampla proteção aos mais variados aspectos do direito de autor, bem como aos direitos conexos aos de autor. Ela assegura ao autor o direito exclusivo sobre suas criações intelectuais, podendo, inclusive, obter benefícios patrimoniais com a comercialização da obra produzida.

Ocorreu, nos últimos anos, o avanço do livro digital. Embora o livro impresso continue cumprindo sua função, o livro digital tem ocupado espaço cada vez mais amplo na vida das pessoas.

O autor de livro digital tem sobre sua criação os mesmos direitos conferidos ao autor de livro impresso, ou seja, detém direitos morais e patrimoniais relativos à sua criação intelectual. Portanto, o criador da obra titulariza direitos de autor em face do livro impresso e, igualmente, do livro digital. Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito de autor sobre o livro, independentemente da forma como ele é apresentado ao público.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Fundamental de Acesso à Cultura e Direito Intelectual. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direitos de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-44.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2000.
- BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: v. 3, 2003 (História do Direito Brasileiro).
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006.
- BRANCO, Pedro Paranaçu Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, Atualiza e Consolida a Legislação sobre Direitos Autorais de dá Outras Providências.
- BRASIL. Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLI, Thais. **Propriedade Intelectual na Era Digital**: proteção global dos bens do intelecto e transnacionalidade do ambiente. Curitiba: Juruá, 2018.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito de Autor e Direitos da Personalidade**: reflexões à luz do Código Civil. Tese para Concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- COSTA NETO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CUPIS, Adriano de. **I Diritti della Personalità**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, v. IV, s.d.
- DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: elementos para uma melhor interrelação temática. **Revista da ABPI**. Rio de Janeiro: ABPI, n. 13, Jul/Ago, p. 46-58, 2011.
- FACHIN, Zulmar. **Direitos Fundamentais na Sociedade Digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- FRANÇA, R. Limongi. **Direitos da Personalidade**: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**, v. 38, dez. São Paulo: AASP, 1998.
- HOTOTIAN, Andrea. A Primazia do Direito Moral de Autor como Direito da Personalidade: aspectos relevantes. CORREIA, Atalá. CAPUCHO, Fábio Juan. *In*: **Direitos da Personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri, SP: Manole, 2019.
- LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Trad.: Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- LIPSZYC, Delia. **Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1993.
- LITMAN, Jéssica. **Digital Copyright**. 2nd ed. Nova Yorque: Prometheus Books, 2006.
- LUÑO, Antonio E. Perez. 6. edición. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1996.
- MAZUR, Maurício. A Dicotomia entre os Direitos de Personalidade e os Direitos Fundamentais. *In*: **Direitos da Personalidade**. MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. FRURT, Gustavo Bonato. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato. Principais Problemas dos Direitos da Personalidade e Estado-da-arte da Matéria no Direito Comparado. *In*: **Direitos da Personalidade**. MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. FRURT, Gustavo Bonato. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26-27.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Tomo VII, 1974.
- ORLANDO, Pedro. **Direitos Autorais**: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face

das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, v. 9, 2004 (História do Direito Brasileiro).

SARLET, Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SCHREIBER, Anderson. Liberdade de Expressão e Tecnologia. *In: Direito e Mídia*: tecnologia e liberdade de expressão. Coords. Anderson Scheiber, Bruno Terra de Moraes e Chiara Spadaccini de Teffé. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: 3. ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004.

TOBEÑAS, José Castan. **Los Derechos del Hombre**. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.

VILLARBA, Carlo A. Cultura, Derecho de Autor Y Derechos Conexos. Evolución de la Legislación Nacional. Los Tratados Internacionales y el orden constitucional. *In: Revista Jurídica de Buenos Aires*: Derecho de Autor e Cuestiones Actuales. Delia Lipszyc (Coordinadora). Buenos Aires: Facultad de Derecho - UBA, 2014.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. Considerações Genéricas sobre os Direitos da Personalidade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 70-72, abr./jun. 2004.

Marcos, WACHOWICZ. Direitos Autorais e o Domínio Público da Informação. *In: SANTOS*, Manoel J. Pereira dos. **Direitos de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226-253.

ZILBERMAN, Regina. **A Leitura e o Ensino da Literatura**. Curitiba: Intersaberes, 2012.

O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA COMO ELEMENTO DO ACESSO À JURISDIÇÃO

Heitor Moreira de Oliveira¹⁸⁸

RESUMO

Sob o pálio da doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos. Inclusive, crianças e adolescentes titularizam direitos específicos quando em contato com o sistema judiciário, na condição de vítimas ou testemunhas. O presente artigo tem por objetivo analisar um destes direitos, a saber, o direito à assistência jurídica autônoma, isto é, ser designado, em seu favor, um advogado ou defensor para atuar no interesse próprio do infante. Em que pese previsto em normativa internacional e, mais recentemente, nacional, o citado direito encontrou obstáculos quanto à sua efetivação prática, o que prejudica o acesso de crianças e adolescentes à jurisdição. Empregou-se o método hipotético-dedutivo, mediante revisão bibliográfica, inclusive com o exame de atos normativos administrativos expedidos em âmbito nacional e no Estado de São Paulo. Ao final, conclui-se que a assistência jurídica é direito essencial para assegurar a jurisdição ao público infantojuvenil.

Palavras-chave: assistência jurídica; crianças e adolescentes; lei nº 13.431/2017; vítimas ou testemunhas; acesso à jurisdição.

INTRODUÇÃO

A trajetória do tratamento jurídico da infância e adolescência tem inequívoco ponto de viragem paradigmática com a aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que, no Brasil, refletiu na inserção do artigo 227 no texto da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, na edição da Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com a adoção da doutrina da proteção integral, sai de cena o pensamento menorista então vigente, consolidado na doutrina da situação irregular, de sorte que a figura do “menor” cede espaço para o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, isto é, titulares de direitos

¹⁸⁸ Mestre e Especialista em Direito. Juiz de Direito em São Paulo (TJSP). Professor. Formador (ENFAM). São Bernardo do Campo - São Paulo – Brasil. E-mail: hmoliveira@tjsp.jus.br <https://orcid.org/0000-0003-2592-1183> <http://lattes.cnpq.br/2964405138464732>

fundamentais, cuja efetivação é dever solidário do Estado, da família e da sociedade, com absoluta prioridade.

O processo de subjetivação jurídica de crianças e adolescentes, isto é, de reconhecê-los como sujeitos de direitos, trouxe à baila o entendimento de que a capacidade de exercício dos direitos que titularizam pode estar limitada por estruturas históricas fundadas em referenciais adultocêntricos que dificultam a efetiva participação das crianças. Assim sendo, é preciso reestruturar os mecanismos estatais voltados à inclusão do público infantojuvenil, para que as crianças e os adolescentes possam ter, sob referenciais próprios, verdadeiro protagonismo, repensando-os de modo mais acessível/amigável (*friendly*), adaptado às suas particularidades.

Quando ouvidas em juízo, seja na condição de vítima ou de testemunha, as crianças e os adolescentes gozam de direitos específicos a tal condição, dispostos na Lei nº 13.431/2017, especialmente em seu artigo 5º. Nessa linha de raciocínio, o presente artigo tem por objetivo examinar um direito específico que toda criança e adolescente goza quando em contato com o mecanismo judiciário na condição de vítima ou testemunha de ato de violência, qual seja, o direito a receber assistência jurídica qualificada, ou seja, à representação jurídica autônoma. É direito fundamental e imprescindível ao exercício dos demais direitos da criança e adolescente que participam dos processos judiciais e, nessa medida, ao pleno e efetivo acesso à jurisdição.

Trata-se de pesquisa pautada no método hipotético-dedutivo e que se norteou por ampla revisão bibliográfica em artigos científicos, nacionais e estrangeiros, sobre a temática, em cotejo com o estudo da legislação brasileira e estrangeira, incluindo atos administrativos de caráter normativo expedidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

1 AS CRIANÇAS E OS ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA EM JUÍZO

O artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989) reconhece às crianças e adolescentes o direito de expressar as suas opiniões e de tê-las devidamente consideradas, bem como o direito de ser ouvido em todos os processos judiciais e administrativos que lhes digam respeito.

No mesmo sentido, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) também reconhece, expressamente, o direito da criança e do adolescente expor os seus pontos de vista e de ter sua opinião levada em consideração nos assuntos ou procedimentos que os afetem, dentre outros, em seus artigos 16, inciso II; 28, §§ 1º e 2º; 45, § 2º; 111, inciso V; 124, incisos I, III e VIII; 161, § 3º; e 168.

O art. 8º do Protocolo Facultativo à Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (2000) autoriza, em todos os estágios do processo judicial criminal, a adaptação de procedimentos diante das necessidades especiais de crianças e adolescentes como vítimas ou testemunhas.

A Resolução nº 20/2005 - ECOSOC, editada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, contém Diretrizes para a Justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes. A normativa reconhece direitos específicos às crianças e adolescentes nas condições de vítima ou de testemunha em processo judicial, notadamente direitos voltados à participação e à representação, com o escopo de colocar o cidadão infantojuvenil a salvo da revitimização e de protegê-lo contra privações e sofrimentos no curso do processo judicial, valorizando-se, noutra vértice, o seu protagonismo (MELO, 2020, p. 101-102).

Em síntese, crianças e adolescentes não podem ser alijadas dos processos que cuidam de assuntos que os afetem. Ao revés, têm o direito de participar de tais processos, mormente de manifestar os seus pontos de vista, opiniões e desejos.

No particular, duas observações devem ser anotadas. Primeira, trata-se de direito e não de obrigação (dever). Com efeito, a

emissão da opinião não é obrigatória para a criança, inclusive, o seu direito em querer ou não falar sobre os fatos dos quais foi vítima deve ser respeitado. Entretanto, em manifestando sua vontade de falar, seja como vítima ou como testemunha, desde que esteja em litígio interesse seu, o direito impõe ao Poder Judiciário o dever de sua oitiva. (ZAVATTARO, 2020, p. 42)

Em segundo lugar, não basta ouvir a criança e o adolescente. É imprescindível que suas opiniões sejam devidamente consideradas, ainda que, ao final, não sejam acatadas.

Vale dizer, a autoridade judiciária deve fundamentar, inclusive, as razões por que não acolheu a opinião da criança ou do adolescente. Isso porque o direito de ser ouvido e de falar em juízo não é mera formalidade legal. Para tanto, essencial que o procedimento judicial seja adaptado às particularidades próprias dos sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento, com vulnerabilidades e fragilidades que precisam ser consideradas quando da formatação de modalidades específicas de oitiva.

Para responder às necessidades específicas de crianças e adolescentes testemunhas ou vítimas de violência, diversas experiências ao redor do globo encampam boas práticas visando à oitiva não revitimizante do público infantojuvenil (NEWLIN *et al.*, 2015).

No Brasil, em 2003, por iniciativa do magistrado José Antônio Daltoé Cezar, deu-se início ao Projeto “Depoimento Sem Dano” (DSD), em Porto Alegre. Da lavra do idealizador do DSD, colhem-se as principais características do inovador procedimento:

Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento. (CEZAR, 2007, p. 61)

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a prática a nível nacional através da Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010, que recomendou aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, sob a nomenclatura depoimento especial (BRASIL, 2010).

No ano seguinte, a Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fez publicar às páginas 9 a 18 da edição 963 do DJE de 30/05/2011 o Protocolo CIJ nº 00066030/11, que contém as principais regras gerais que devem ser seguidas para o “atendimento não-revitimizante de crianças e adolescentes vítimas de violência, especialmente sexual” no âmbito do Poder Judiciário paulista (SÃO PAULO, 2011).

Finalmente, o depoimento especial tornou-se lei, de aplicação obrigatória, em 2017, com a aprovação da Lei nº 13.431/2017, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e dispôs que “a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial” (artigo 4º, § 1º) (BRASIL, 2017).

A citada lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018 e, no âmbito específico do Poder Judiciário nacional, pela Resolução CNJ nº 299/2019.

A principal finalidade da Lei nº 13.431/2017 é assegurar, às crianças e aos adolescentes, atendimento humanizado, diferenciado e qualificado, tanto na rede de proteção, quanto perante a autoridade judiciária ou policial, colocando-os a salvo de qualquer tipo de sofrimento no curso do atendimento, especialmente de dano secundário (revitimização) derivado de violência institucional, “inclusive quando praticado (ainda que inadvertidamente) pelos profissionais encarregados de sua proteção e/ou que atuarão no processo de responsabilização do vitimizador” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 28).

Na esteira da doutrina de escol (SCHMIDT, 2020, p. 236-237), em linhas gerais, é possível sistematizar as principais características do procedimento do

depoimento especial: crianças e adolescentes são entrevistados por profissionais técnicos capacitados e habilitados em entrevista forense, consoante diretrizes contidas em protocolos científicos, que franqueiam a livre narrativa do fato ao entrevistado, proscrevendo-se perguntas sugestivas, em ambiente acolhedor e apropriado, distinto da sala de audiência, na qual estarão presentes o juiz, o Promotor de Justiça, o réu e seu advogado ou Defensor Público e demais profissionais do Poder Judiciário, que assistirão a entrevista, em tempo real, mediante transmissão audiovisual que conecta as salas de entrevista e de audiência e permite, inclusive, a interação entre os operadores do direito e a criança e o adolescente, por intermédio do entrevistador forense, que poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão do depoente infantojuvenil.

É importante salientar, contudo, que, para além de adaptações procedimentais, o depoimento especial reflete, em verdade, verdadeiro amadurecimento e aperfeiçoamento da postura institucional do Poder Judiciário, e de seus membros e colaboradores, quanto à concepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais. Nesse sentido,

o depoimento especial não se resume a um espaço físico amigável a crianças e adolescentes e a procedimentos de tomada de testemunho, embora estes dois componentes sejam elementos essenciais dessa metodologia. Podemos afirmar que o depoimento especial é uma nova filosofia jurídica que eleva crianças e adolescentes à condição de sujeitos contratantes pelo direito à palavra. Dessa forma, expressa uma nova postura da autoridade judiciária (SANTOS, *et al.*, 2017, p. 26)

Dentre as garantias e salvaguardas que compõem o plexo de direitos de crianças e adolescentes quando ouvidos sob a metodologia do depoimento especial, está o direito à representação jurídica autônoma, objeto do presente artigo.

Desde já, é importante registrar que, mais do que meramente um direito formal a ter um advogado próprio, a assistência jurídica autônoma impulsiona a concretização de uma plêiade de outros direitos, como o de participação e o de informação. É justamente por isso que se afirma ser direito fundamental ao pleno acesso à jurisdição por crianças e adolescentes.

2 O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA

No contexto da nova filosofia jurídica que elevou crianças e adolescentes ao *status* de sujeitos de direitos, o depoimento especial se insere num contexto mais amplo de atendimento humanizado e amigável que prestigia o protagonismo de crianças/adolescentes, permitindo-lhes o exercício dos direitos de que são

detentores, notadamente do direito à participação e do direito de oitiva. Vale dizer, não mais são alheados dos processos que lhes afetam. Ao revés, devem os adultos, isto sim, elaborar estratégias cognitivas e práticas que permitam que a criança/adolescente tenham efetivas condições de tomar parte nos processos judiciais que lhes digam respeito, exercendo suas competências intelectuais e jurídicas (MELO, 2020, p. 97). Noutras palavras, ao invés de serem tratados como meros objetos dos processos, as crianças e os adolescentes devem ter voz ativa e, para tanto, é necessário dispensar-lhes um ambiente jurídico e processual favorecedor de suas potencialidades.

Na medida em que são titulares de direitos, como consectário lógico advém o direito de crianças e adolescentes à assistência jurídica qualificada e especializada. Afinal,

[...] é fundamental que, para a tomada de decisão da criança, seja-lhe assegurado o acompanhamento por pessoa de suporte, como sugerido no Art. 15 e nos seguintes da referida lei-modelo e a referência ao direito a apoio no curso do processo (Art. 5º, VIII, da Lei nº 13.431/2017), mas, sobretudo, a assistência legal específica (Art. 22 da Resolução e Art. 5º, VII, da Lei nº 13.431/2017). A garantia de defensor público ou de advogado à vítima já vem expressa na Lei Maria da Penha (Art. 27) e é reconhecida como um direito da criança e adolescente vítima à assistência jurídica qualificada e especializada, providência extremamente salutar em um cenário de reconhecimento de condição jurídica específica dessa criança ou desse adolescente como vítimas e, por conseguinte, detentores de direitos. Com efeito, se têm direitos, é fundamental que possam contar com profissional habilitado para defendê-los. (MELO, 2020, p. 102)

De fato, na condição de sujeitos de direitos e justamente para viabilizar o regular exercício processual dos direitos que titularizam, as crianças e os adolescentes, quando em contato com o aparato judiciário, seja na condição de vítima ou de testemunha, têm o direito à representação jurídica, isto é, de que seja nomeado a seu favor Defensor Público ou advogado para a defesa de seus interesses. Repita-se, a finalidade da nomeação “está ligada diretamente aos direitos da criança ou adolescente decorrentes da violência” (SCHMIDT, 2020, p. 154). Nessa medida, a assistência jurídica específica é direito vocacionado à garantia dos demais direitos que a criança/adolescente detém. Noutros termos, “o direito de defesa técnica resulta ser uma das portas de entrada para o cumprimento dos direitos reconhecidos” às crianças e aos adolescentes (RODRÍGUEZ, 2020)¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Tradução nossa. No original: “el derecho de la defensa técnica resulta ser una de las puertas de entrada para el cumplimiento de los derechos reconocidos”.

Cuida-se de direito (assistência jurídica especializada e qualificada) titularizado pela criança/adolescente e não por seus pais, tutores ou responsáveis legais. Desse modo, o infante terá direito à nomeação de advogado ou Defensor Público mesmo nas hipóteses nas quais, *v.g.*, seus pais são acompanhados por advogados no processo. Não é outra conclusão que se extrai das “Directrices de una Justicia Adaptada a NNA”:

J. Acceso à Justiça e à representação. [...] 4. Em todo procedimento judicial no qual sejam discutidos os direitos de crianças e adolescentes, estes devem ser sempre consultados sobre a sua vontade de que lhe seja assegurada a defesa técnica, mesmo quando os seus pais ou responsáveis estiverem representados em juízo. 5. Deve ser garantido também o direito de defesa às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas, se assim o desejarem.¹⁹⁰ (ASOSIACIÓN INTERNACIONAL MERCOSUR DE LOS JUECES DE LA INFANCIA Y JUVENTUD, 2012)

Portanto, trata-se de direito autônomo da criança e do adolescente, de modo algum vinculado ou dependente de qualquer condição referente a seus pais ou responsáveis legais.

Com efeito, o advogado da criança (*child’s lawyer*) deve ter em devida conta, exclusivamente, os direitos de seu representado, ou seja, da criança, primordialmente.

A versão didática (*child friendly version*) da Resolução nº 20/2005 - ECOSOC explica para o público infantojuvenil o papel do advogado/defensor da criança nos seguintes moldes:

Se você é assistido por um advogado(a), ele ou ela é quem se preocupa com a sua proteção e com o respeito dos seus direitos. Se houver algo que você não entende ou se sentir que algo está errado, você pode falar com o seu advogado, que explicará o que acontece e fará o que for possível para ajudar. Se você contar ao seu advogado(a) algo, ele ou ela deve manter o que você disse em segredo e não deve repetir para ninguém, nem mesmo para os seus pais, sem a sua permissão.¹⁹¹ (UNODC; UNICEF, 2006, p. 33)

¹⁹⁰ Tradução nossa. No original: “4. En todo procedimiento judicial en el cual sean discutidos los derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes éstos deberán ser siempre consultados sobre su voluntad de que le sea asegurada la defensa técnica, aun cuando sus padres o responsables estuvieran representados en el juicio. 5. El derecho a la defensa debe ser garantizado también a aquellos Niñas, Niños y Adolescentes víctimas o testigos si éstos lo desearan.”

¹⁹¹ Tradução nossa. No original: “If you are helped by a lawyer, he or she is the one most concerned about your protection and the respect of your rights. If there is something you don’t understand or if you feel that something is going wrong, you can speak to your lawyer who will explain what happens and do what is possible to help. If you tell your lawyer something then

O advogado/defensor deve atuar como profissional habilitado a aconselhar e apoiar a criança/adolescente no exercício de seus direitos. É dizer, o advogado deve ouvir atentamente a criança, compreender o seu contexto familiar e o seu envolvimento judicial, considerar as possíveis estratégias judiciais que podem ser adotadas pela criança, e a ela tudo explicar, em linguagem adaptada e compreensível, possibilitando à criança que tenha subsídios técnicos para tomar uma decisão informada.

Em outras palavras, “o advogado deve representá-la, com o maior dos cuidados, tratando de compreender sua situação, aconselhando-a. Deve defendê-la ante todas as instâncias o que reclama como justo” (QUAINI, 2020).¹⁹²

Em suma, o advogado/defensor tem o dever de prestar os seus conhecimentos técnicos para a criança/adolescente a fim de que esta possa exercer, de forma adequada e informada, o direito de participação e de oitiva.

O advogado deve ser de confiança da criança e deverá seguir as instruções passadas por ela, representando, pois, os interesses individuais e particulares da criança e do adolescente, ainda que estejam em rota de colisão com o posicionamento do Ministério Público ou com os interesses dos genitores da criança. Aliás, “o advogado deve, portanto, cumprir as instruções do seu cliente, de acordo com o mandato que dele recebeu, independentemente da sua opinião sobre o interesse superior do infante” (BARREAU DU QUÉBEC, 2006, p. 24).¹⁹³ Desse modo, o principal objetivo do advogado/defensor é alcançar uma decisão judicial favorável à vontade da criança ou do adolescente (RODRÍGUEZ, 2020).

Nas palavras de CAMPOS *et al.* (2021, p. 06):

Em suma, o defensor da criança e do adolescente funcionará como o instrumento que garantirá a toda criança e adolescente o real exercício dos seus direitos reconhecidos na Constituição Federal e nas normas nacionais e internacionais, pois defenderá apenas os interesses particulares da criança e do adolescente que lhe solicitou a devida proteção, ou seja, lutará dentro do processo para efetivar a vontade destes [...].

he or she must keep what you say secret and must not repeat it to anybody, not even to your parents, without your permission.”

¹⁹² Tradução nossa. No original: “El abogado debe representarlo, con el mayor de los cuidados, tratando de comprender su situación aconsejándolo. Debe defenderlo ante todas las instancias en lo que reclama como justo [...]”.

¹⁹³ Tradução nossa. No original: “L’avocat doit donc exécuter les instructions de son client, conformément au mandat qu’il a reçu de celui-ci, quelle que soit son opinion sur l’intérêt de l’enfant”.

No mesmo sentido:

É importante clarificar o papel exato do advogado da criança. O advogado não tem de mostrar o que considera ser o interesse superior da criança (como faz um tutor ou um procurador do Ministério Público), mas deve determinar quais são os pontos de vista e as opiniões da criança e defendê-los, como se se tratasse de um cliente adulto. O advogado deve procurar obter o consentimento informado da criança sobre a melhor estratégia a adotar. Se o advogado discordar dessa opinião, deve procurar persuadir a criança, tal como faria com qualquer outro cliente (COUNCIL OF EUROPE, 2013, p. 80).

Assim sendo, em se tratando de criança e adolescente vítima ou testemunha de ato de violência, de que cuida a Lei nº 13.431 (BRASIL, 2017), o advogado/defensor deteria, dentre outras, as seguintes atribuições: fornecer à criança, em linguagem acessível, todas as informações pertinentes ao processo e ao exercício de seus direitos; fiscalizar o cumprimento do devido processo legal e das regras contidas na legislação, por exemplo, que foram adotadas as medidas necessárias para evitar o contato, ainda que visual, entre a criança/adolescente e o suposto agressor; acompanhar a entrevista da criança, cumprindo ressaltar que “não há necessidade, no entanto, desta pessoa permanecer ao seu lado quando de sua oitiva (a menos que a vítima ou testemunha insista e seja avaliado se esta presença é, de fato, adequada e não trará prejuízo para realização do ato)” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 27); intervir junto ao magistrado no afã de que sejam indeferidas perguntas feitas pelo Ministério Público ou pela Defesa do acusado e que repute sejam revitimizantes, impertinentes, vexatórias e/ou que violem o direito à intimidade e privacidade; formular perguntas à criança, que poderão ser transmitidas pelo entrevistador, com adaptação da linguagem, se necessário; defender o direito da criança/adolescente de permanecer em silêncio se assim o desejar; postular pela redesignação da audiência em data que seja mais conveniente à criança (artigo 5º, IX, Lei nº 13.431/2017); requerer a intervenção de tradutor habilitado na hipótese de criança estrangeira, com deficiência ou oriunda de povos indígenas ou comunidades tradicionais (artigo 5º, XV, Lei nº 13.431/2017); fiscalizar a observância do sigilo processual, devendo zelar pela estrita confidencialidade das informações para si prestadas pela criança, inclusive em relação aos seus genitores; requerer a produção das provas que entender pertinentes; pugnar em juízo pelo arbitramento de *quantum* de reparação mínima, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal; e informar, em linguagem adaptada, à criança e/ou ao adolescente acerca do teor das decisões e sentenças exaradas pelos órgãos judiciais, esclarecendo acerca das possibilidades de eventuais recursos.

Da enumeração exemplificativa de importantes atribuições do advogado da criança, *supra*, ressaltou a “importância de se ter um procurador presente atuando como verdadeiro garantidor do respeito aos direitos fundamentais daquele ser inquirido” (CALDAS; PERROTA, 2020, p. 304-305). Trata-se de garantir o “direito à proteção integral da criança e do adolescente que, em determinados casos, podem se sentir acuados ou mesmo terem os seus direitos mais sensíveis maculados por meio de perguntas realizadas de forma incauta” (CALDAS; PERROTA, 2020, p. 304).

Inclusive, considerando a importância e responsabilidade das atribuições do advogado, é preferível tenha capacitação e formação continuada sobre os direitos da criança e do adolescente e suas interseccionalidades. Nesse sentido, exemplificativamente, é o que consta no artigo 27, “c”, da *Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes* (ARGENTINA, 2005) e no item 39 das “Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças” (COUNCIL OF EUROPE, 2013), ambos abaixo transcritos.

Cumpra salientar, uma vez mais, que o direito à assistência jurídica específica está umbilicalmente ligado à adoção de critérios cognitivos e práticos (MELO, 2020, p. 97) que possibilitem adaptação procedimental a fim de construir ambiente processual favorável para que a criança e o adolescente possam exercer em plenitude toda a miríade de direitos que titularizam, vinculando-se, portanto, à nova filosofia jurídica que os elevou à condição de sujeitos de direitos (SANTOS, *et al.*, 2017, p. 26).

Um exemplo ilustrativo diz respeito ao direito de ser ouvido (artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989), que se materializa no direito de assistência jurídica autônoma. Nesse sentido:

O direito de ser ouvido se materializa na assistência técnica especializada, que permitirá à criança exercer adequadamente o seu direito à defesa material. Essa defesa técnica deve responder a um interesse parcial, existindo um dever de lealdade do defensor para com o seu cliente. Então, o advogado de confiança deve afastar-se de toda forma de paternalismo, seguindo as instruções da criança, única protagonista na definição de seu interesse particular¹⁹⁴ (RODRÍGUEZ, 2020, artigo não paginado).

Um outro importante direito que se materializa na assistência jurídica especializada é o de proteção contra o sofrimento no curso do processo, como bem demonstra o seguinte trecho extraído do artigo de RAMSEY (1983, p. 292):

¹⁹⁴ Tradução nossa. No original: “El derecho a ser oído se materializa en la asistencia técnica especializada que le permitirá al niño ejercer adecuadamente su derecho de defensa material. Tal defensa técnica, debe responder a un interés parcial, existiendo un deber de lealtad del defensor hacia su defendido. Entonces, el abogado de confianza deberá alejarse de toda forma de paternalismo, siguiendo las instrucciones del niño, único protagonista en cuanto a la definición de su interés particular.”

A criança que é sujeita a um processo de proteção corre o risco de ser lesada de várias formas. Em primeiro lugar, existe a possibilidade de que a gravidade da situação da criança não seja percebida, que não seja fornecida a proteção adequada e que os pais da criança possam feri-la gravemente ou até mesmo matá-la. Em segundo lugar, a criança corre o risco de ser prejudicada por intervenções reiteradas. A vida familiar da criança pode ser interrompida ou mesmo destruída por uma ação coercitiva do Estado. Finalmente, a criança corre o risco de ser negligenciada pelo Estado, uma vez que tenha assumido a jurisdição sobre ela. [...] **O advogado que representa o superior interesse da criança pode reduzir esses riscos, exigindo uma investigação completa e defendendo a disposição e o acompanhamento mais adequados às necessidades da criança.** A defesa dos interesses da criança por parte do advogado é necessária porque os representantes e protetores tradicionais da criança são incapazes ou não querem colocar os interesses da criança em primeiro lugar.¹⁹⁵ [grifo nosso]

Sem embargo da importância processual da assistência jurídica autônoma, o instituto recebe diferentes tratamentos nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, conforme se depreende de excerto extraído da pesquisa *Survey on the national systems of children's legal representation*: “Precisamos destacar que estamos lidando com um tema que não é amplamente abordado pela comunidade internacional de uma forma específica e abrangente”¹⁹⁶ (EUROPEAN NETWORK OF NATIONAL OBSERVATORIES ON CHILDHOOD, 2008, p. 40).

De todo modo, independentemente da forma jurídica específica escolhida para regulamentação do direito, é fundamental que haja o reconhecimento normativo do direito à assistência jurídica autônoma. Nesse sentido, colhe-se da mesma pesquisa:

¹⁹⁵ Tradução nossa. No original: “The child who is subject of a protection proceeding runs the risk of being harmed in several ways. First, there is the possibility that the gravity of the child’s situation may not be realized, adequate protection will not be provided, and the child’s parents will seriously injure or even kill him. Second, the child runs the risk of being harmed by too much intervention. The child’s family life can be disrupted or even destroyed by coercive state action. Finally, the child runs the risk of being neglected by the state once the state has taken jurisdiction over him. [...] The lawyer representing the child’s best interests can reduce these risks by requiring a thorough investigation, and by arguing for the disposition and follow-up which is most suitable to the child’s needs. The lawyer’s advocacy for the child’s interests is needed because the traditional representatives and protectors of the child are unable or unwilling to put the child’s interests first”.

¹⁹⁶ Tradução nossa. No original: “We need to underline that we are dealing with an issue that is not widely addressed by the international community in a specific and comprehensive manner”.

Teoricamente, qualquer que seja a forma de representação implementada, a toda criança deve ser fornecido com um representante independente, competente e dedicado, com formação em Direito, especialização em direitos da criança e questões relacionadas com a infância e com tempo adequado e recursos financeiros e humanos para cumprir eficazmente o seu mandato¹⁹⁷ (EUROPEAN NETWORK OF NATIONAL OBSERVATORIES ON CHILDHOOD, 2008, p. 41).

De fato, malgrado a pouca uniformidade da matéria, dada a importância reconhecida ao instituto, inúmeras normas, tanto de caráter internacional, quanto no âmbito nacional, já reconheceram o direito à assistência jurídica autônoma, conforme se ilustrará em seguida.

3 O DIREITO NAS NORMAS INTERNACIONAIS

Em âmbito internacional, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, documento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas por sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, reconheceu, ainda que de forma tímida, o direito da vítima à assistência jurídica, ao prever, na alínea c do item 6, o direito a “uma assistência adequada às vítimas ao longo de todo o processo judicial” (OHCHR, 1985).

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, estabeleceu, em seu artigo 5º:

Nos processos perante uma autoridade judicial, que digam respeito a crianças, as Partes deverão considerar a possibilidade de lhes conceder direitos processuais adicionais, em especial: [...] b) O direito de pedirem, elas próprias ou outras pessoas ou entidades por elas, a designação de um representante distinto, nos casos apropriados, um advogado; c) O direito de nomear o seu próprio representante; [...] [itálico no original] (COUNCIL OF EUROPE, 1996).

E no artigo 9º:

1 — Quando nos termos do direito interno, nos processos que digam respeito a uma criança, os titulares de responsabilidades parentais estejam impedidos de representar a criança devido a

¹⁹⁷ Tradução nossa. No original: “Theoretically, whatever form of representation is implemented, every child must be provided with an independent, competent and keen representative, with a law background, specialization in children’s rights and childhood related matters and with adequate time and financial and human resources to effectively fulfil his/her mandate”.

um conflito de interesses entre eles e ela, a autoridade judicial tem a competência de designar um representante especial para a criança no âmbito desses processos.

2 — As Partes deverão ponderar prever que, nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial tenha a competência de designar um representante distinto, nos casos apropriados, um advogado, para representar a criança. (COUNCIL OF EUROPE, 1996)

A Resolução nº 20/2005 - ECOSOC reconhece o direito da criança de ter em seu favor a intervenção positiva de profissionais que prestem serviços de apoio, incluindo a assistência e aconselhamento de natureza jurídica, a ser dispensado por defensores de crianças e vítimas:

IV. Definições. 9. Ao longo destas Diretrizes, aplicam-se as seguintes definições: [...] (b) “Profissionais” refere-se a pessoas que, no contexto de seu trabalho, estão em contato com crianças vítimas ou testemunhas de crimes ou são responsáveis por atender às necessidades das crianças no sistema de justiça e para quem essas Diretrizes são aplicáveis. Isto inclui, mas não está limitado a, os seguintes: **defensores de crianças e vítimas** e pessoas de apoio [...]. 22. As crianças vítimas ou testemunhas e, se for caso disso, os membros da família devem ter acesso à assistência prestada por profissionais que tenham recebido a formação pertinente [...]. Isso pode incluir **assistência e serviços de apoio**, tais como **serviços** financeiros, **legais**, de aconselhamento, de saúde, sociais e educacionais, serviços de recuperação física e psicológica, além de outros serviços necessários para a reintegração da criança. Toda essa assistência deve atender as necessidades da criança e capacitá-la a participar efetivamente em todas as etapas do processo de justiça.¹⁹⁸ (THE ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, 2005) [grifo nosso]

¹⁹⁸ Tradução feita pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação, do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2039.html>. Acesso em: 13 abr. 2023. No original: “IV. Definitions 9. Throughout these Guidelines, the following definitions apply: [...] (b) “Professionals” refers to persons who, within the context of their work, are in contact with child victims and witnesses of crime or are responsible for addressing the needs of children in the justice system and for whom these Guidelines are applicable. This includes, but is not limited to, the following: child and victim advocates and support persons [...]. 22. Child victims and witnesses and, where appropriate, family members should have access to assistance provided by professionals [...] This may include assistance and support services such as financial, legal, counselling, health, social and educational services, physical and psychological recovery services and other services necessary for the child’s reintegration. All such assistance should address the child’s needs and enable him or her to participate effectively at all stages of the justice process”.

Após, o documento *Recommendation Rec (2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims*, no item 4.5, reconhece que “Assistência jurídica deve ser disponibilizada quando necessária”¹⁹⁹ (COUNCIL OF EUROPE, 2006).

A lei-modelo proposta pelo *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) e pelo *United Nations Children’s Fund* (UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância), publicada em 2009, *Model Law on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*, também reconhece o direito de assistência jurídica qualificada e, inclusive, elenca as hipóteses nas quais pode ser nomeado advogado/defensor à criança/adolescente:

Artigo 10. Assistência jurídica. À criança, vítima ou testemunha, deve ser designado, pelo Estado, gratuitamente, um advogado, ao longo do processo judicial nas seguintes hipóteses: (a) a seu pedido; (b) a pedido de seus pais ou tutor; (c) a pedido da pessoa de apoio, se uma tiver sido designada; (d) por ordem de ofício do tribunal, se o tribunal considerar a designação de um advogado para atender aos superiores interesses da criança.²⁰⁰ (UNODC; UNICEF, 2009)

De forma ainda mais detalhista, as “Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças” (COUNCIL OF EUROPE, 2013) contemplam o direito de aconselhamento e assistência jurídica nesses moldes:

D. A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial
[...]

2. Aconselhamento jurídico e representação

37. As crianças devem ter o direito a estar individualmente representadas por um advogado nos processos em que haja, ou possa haver, um conflito de interesses entre a criança e os pais ou outras partes envolvidas.

38. As crianças devem ter acesso a apoio judiciário gratuito, nas mesmas condições ou em condições mais favoráveis do que os adultos.

39. Os advogados que representam crianças devem ter formação e conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, receber formação contínua e aprofundada e

¹⁹⁹ Tradução nossa. No original: “Legal advice should be made available where appropriate”.

²⁰⁰ Tradução nossa. No original: “*Article 10. Legal assistance.* A child victim or witness shall be assigned a lawyer by the State free of charge throughout the justice process in the following instances: (a) At his or her request; (b) At the request of his or her parents or guardian; (c) At the request of the support person, if one has been designated; (d) Pursuant to an order of the court on its own motion, if the court considers the assignment of a lawyer to be in the best interests of the child.”

ser capazes de comunicar com as crianças de acordo com o seu nível de compreensão.

40. As crianças devem ser consideradas como clientes de pleno direito e os advogados que as representem devem dar relevo à opinião da criança.

41. Os advogados devem fornecer à criança todas as informações e explicações necessárias quanto às possíveis consequências dos pontos de vista e das opiniões da criança.

42. Nos casos em que haja conflito de interesses entre os pais e as crianças, a autoridade competente deve nomear um tutor *ad litem* ou outro representante independente para defender os pontos de vista e os interesses da criança.

43. Deve ser garantida à criança representação adequada e o direito a ser representada de forma independente em relação aos pais, especialmente em processos nos quais estes últimos, os membros da família ou as pessoas que cuidam da criança sejam os presumíveis infratores. [negrito e itálico no original]

No mesmo sentido, do documento *Achieving Child Friendly Justice in Africa* se extrai a seguinte previsão normativa:

2. representação jurídica

2.1 Conceitos básicos

2.1.1 Crianças enfrentando processos judiciais como infratores ou em processos civis devem ter acesso a apoio judiciário gratuito.

2.1.2 As crianças devem ter o direito à sua assistência jurídica própria e autônoma onde existe, ou possa haver, um conflito de interesses com seus pais. Isso pode ser consubstanciado através de um curador / tutor *ad litem*, ou por meio de um representante legal independente para a criança.

2.1.3 As crianças devem ser consideradas clientes capazes e advogados que representam seus interesses devem averiguar os pontos de vista e desejos da criança, fornecer à criança aconselhamento jurídico adequado sobre o possível impacto dessas opiniões e desejos e, a partir daí, fazer com que tais pontos de vista e desejos sejam conhecidos pelo tribunal.²⁰¹ (THE AFRICAN CHILD POLICY FORUM AND DEFENCE FOR CHILDREN INTERNATIONAL, 2012, p. 74). [grifo no original]

²⁰¹ Tradução nossa. No original: “2. legal representation. 2.1 Basic concepts. 2.1.1 Children facing court proceedings as offenders or in civil proceedings should have access to free legal aid. 2.1.2 Children should have the right to their own, separate legal assistance where there is, or could be, a conflict of interest with their parents. This could be through a curator / guardian *ad litem*, or through an independent legal representative for the child. 2.1.3 Children should be considered to be fully fledged clients, and lawyers representing their interests must ascertain the views and wishes of the child, provide the child with appropriate legal advice regarding the possible impact of those views and wishes, and thereafter make the views and wishes known to the court.”

No âmbito do Mercosul, as “Directrices de una Justicia Adaptada a NNA” preveem plenamente o direito de assistência jurídica qualificada e específica à criança e ao adolescente:

c. Assistência jurídica: i. Crianças e adolescentes têm direito à assistência jurídica em nome próprio em decorrência do seu reconhecimento como sujeitos de direitos. ii. Deve-se admitir que nos casos de conflito de interesses entre crianças e adolescentes e os adultos responsáveis, o direito à assistência jurídica não ficará sujeito a autorização ou controle dos responsáveis, garantindo-lhes assistência jurídica própria. iii. A assistência jurídica prestada pelo Estado às crianças e adolescentes será sempre gratuita. 4. Os advogados e defensores devem ter formação específica em Direito da Criança e do Adolescente, bem como na escuta e comunicação com crianças e adolescentes. v. A atuação profissional de advogados e defensores de crianças e adolescentes deve ser orientada para a defesa judicial das opiniões e interesses expressos pelas próprias crianças e adolescentes.²⁰² (ASOSIACIÓN INTERNACIONAL MERCOSUR DE LOS JUECES DE LA INFANCIA Y JUVENTUD, 2012)

A propósito, há previsão expressa quanto à assistência jurídica para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência ouvidas em juízo. A ver:

C.2.3 CRIANÇA/ADOLESCENTE VÍTIMA E TESTEMUNHA. 7. Para a garantia dos seus direitos, se deve reconhecer às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas, o direito a advogado específico para a tutela dos seus direitos, incluindo a previsão de possibilidades processuais de intervenção e de defesa.²⁰³ (ASOSIACIÓN INTERNACIONAL MERCOSUR DE LOS JUECES DE LA INFANCIA Y JUVENTUD, 2012)

²⁰² Tradução nossa. No original: “c. Asistencia jurídica: i. Los Niños, Niños y Adolescentes tienen derecho a la asistencia jurídica en su propio nombre como consecuencia de su reconocimiento como sujetos de derechos. ii. Se debe admitir que en casos en que haya conflicto de intereses entre los Niños, Niños y Adolescentes y los adultos responsables, el derecho a la asistencia jurídica no será sometido a autorización o contralor por parte de dichos adultos responsables, asegurándosele su propia asistencia jurídica. iii. La asistencia jurídica prestada por el Estado a los Niños, Niños y Adolescentes será siempre gratuita. iv. Los abogados y defensores deben tener formación específica en derecho de los Niños, Niños y Adolescentes, así como en la escucha y comunicación de los Niños, Niños y Adolescentes. v. La actuación profesional de abogados y defensores de Niños, Niños y Adolescentes debe orientarse hacia la defensa judicial de las opiniones e intereses expresados por los propios Niños, Niños y Adolescentes.”

²⁰³ Tradução nossa. No original: “C.2.3 NIÑO/A VÍCTIMA Y TESTIGO. 7. Para garantía de sus derechos, se debe reconocer a los Niños, Niños y Adolescentes víctimas o testigos, derecho a un abogado específico para la tutela de sus derechos, inclusive con la previsión de posibilidades procesales de intervención y de defensa.”

Como se observa das normas internacionais supratranscritas, o advogado da criança (*child's lawyer*), e respectiva assistência e aconselhamento jurídico, é figura processual importante em toda Justiça que se estruture de forma amigável (*friendly*), ou seja, adaptada, às crianças e aos adolescentes. Nesse sentido, as “Diretrizes: crianças em contacto com o sistema de justiça” (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUTH AND FAMILY JUDGES AND MAGISTRATES, 2017) estabelecem, *in verbis*:

3.3.1 – Direito a assistência jurídica e representação

As crianças devem ter acesso a assistência jurídica e representação nos seus contactos com a justiça, sempre que os seus interesses estejam em jogo. Nos casos em que haja, ou possa haver, conflito de interesses entre as crianças e seus pais ou qualquer outra parte, as crianças devem ter, em seu próprio nome, advogado próprio e representação.

3.3.2 – Função do assistente e representante legal

As pessoas que prestam assistência jurídica e representação têm para com as crianças as mesmas obrigações que teriam para com clientes adultos. Essas obrigações devem ser executadas de maneira consistente com o nível de compreensão e comunicação da criança. Em particular, os assistentes jurídicos e representantes devem:

1. Fornecer às crianças todas as informações necessárias;
2. Aconselhar e orientar as crianças ao longo do processo;
3. Após consultar a criança, expressar as opiniões desta ao tribunal ou a outras autoridades;
4. Estar presente durante todo o processo, incluindo interrogatórios pela polícia ou outra autoridade de aplicação da lei, sempre que aplicável. [grifo no original]

A par das normas transcritas acima, é possível encontrar no direito comparado inúmeras previsões legislativas que reconhecem o direito de crianças e adolescentes à assistência jurídica em nome próprio.

É o caso, por exemplo, do artigo 27, “c”, da *Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, da Argentina, que reconhece às crianças e aos adolescentes o direito “a ser assistido por um advogado, preferencialmente especializado em infância e adolescência, desde o início do procedimento judicial ou administrativo que o inclua”²⁰⁴ (ARGENTINA, 2005).

²⁰⁴ Tradução nossa. No original: “A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.”

4 O DIREITO NA NORMATIVA NACIONAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente, desde a sua redação original, abriga o direito de crianças e adolescentes à assistência por advogado. Nesse sentido, diz o artigo 206:

Art. 206. **A criança ou o adolescente**, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide **poderão intervir** nos procedimentos de que trata esta Lei, **através de advogado**, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça. Parágrafo único: Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem. [grifo nosso] (BRASIL, 1990)

Em comentários ao referido artigo, ROSSATO *et al.* (2019, p. 573) aduzem que “uma vez alçadas à condição de pessoas em desenvolvimento, e que, portanto, ostentam a titularidade de direitos, as crianças e adolescentes fazem jus à defesa técnica, judicial e extrajudicialmente”, exercida por meio da Defensoria Pública ou pela advocacia privada.

Prosseguem:

Adotando-se uma interpretação que melhor protege o interesse de grupos especiais, no caso específico, aquele formado por crianças e adolescentes, a sujeição à assistência por parte da Defensoria Pública deve ser tomada no sentido mais amplo possível, para englobar não só aqueles desprovidos de condições financeiras para arcarem com os custos de um advogado privado, mas também os cidadãos que pertencem às minorias, ou seja, grupos sociais que permanecem marginalizados devido ao fato de ostentarem características especiais, como por exemplo, os idosos e as crianças e adolescentes. Nesse sentido, teria a Defensoria Pública legitimidade para atuar na defesa de direitos de toda e qualquer pessoa em desenvolvimento, independentemente de sua condição econômica, em claro atendimento ao *metaprincípio da proteção integral*, insculpido no art. 1º e no parágrafo único do art. 100, ambos do Estatuto [itálico no original] (ROSSATO *et al.*, 2019, p. 577).

No mesmo sentido, o artigo 141 do ECA dispõe que “É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública”, esclarecendo no § 1º do referido dispositivo que “A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado” (BRASIL, 1990).

Especificamente no que toca ao direito de assistência jurídica prestada à vítima, e na trilha do comentário de ROSSATO *et al.*, supratranscrito, referente a grupos especiais de minorias vulneráveis e marginalizadas, *in casu*, mulheres vítimas de violência doméstica, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, prevê no artigo 27 que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado” (BRASIL, 2006).²⁰⁵

Finalmente, a Lei nº 13.431/2017 reconhece como direito fundamental da criança e do adolescente o recebimento de assistência jurídica qualificada e especializada no curso do processo judicial, que terá por escopo facilitar o exercício do direito de participação e preservar a criança/adolescente de eventuais comportamentos inadequados por parte dos demais agentes processuais, portanto, colocando-a a salvo de qualquer violência institucional, evitando-se a revitimização da criança/adolescente vítima ou testemunha.

Com efeito, diz o artigo 5º, incisos V e VII, da Lei nº 13.431/2017:

Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a: [...] V - receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, **representação jurídica**, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido; [...] VII - receber **assistência qualificada jurídica** e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo; [...] [grifo nosso] (BRASIL, 2017)

De modo ainda mais enfático, o § 1º do artigo 18 da Resolução CNJ nº 299/2019 aduz que “o magistrado deverá velar pela assistência jurídica por Defensor Público ou advogado conveniado ou nomeado, se assim desejar a criança e/ou adolescente” (BRASIL, 2019).

Aliás, o § 1º do artigo 6º da Resolução CONANDA nº 169, de 13 de novembro de 2014, que dispõe sobre a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em atendimento por órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos, já prescrevia que “a criança e o adolescente têm o direito de

²⁰⁵ Em Portugal, a Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, prevê no artigo 25 que “É garantida à vítima, com prontidão, consulta jurídica a efetuar por advogado, bem como a célere e sequente concessão de apoio judiciário, com natureza urgente, nos termos legais” (PORTUGAL, 2009).

receber assistência jurídica integral em todas as fases do procedimento judicial” (BRASIL, 2014).

5 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

No Estado de São Paulo, antes mesmo da previsão expressa estampada nos incisos V e VII do artigo 5º da Lei nº 13.431/2017, o Protocolo CIJ 00066030/11 do TJSP já reconhecia a assistência jurídica como direito da criança e do adolescente no curso do processo judicial, desde o atendimento inicial pelo Sistema de Justiça. Com efeito, diz o Protocolo paulista:

2) Direito à assistência jurídica

- a) Advogado com direito a postular em favor da criança e do adolescente no curso do processo
- b) Participar da audiência para garantia dos direitos dele(a) junto ao juiz, promotor e defensor do(a) acusado(a) [negrito no original] (SÃO PAULO, 2011)

Após a vigência da Lei nº 13.431/2017, reforçando a previsão do Protocolo paulista, o Comunicado Conjunto nº 1.948/2018, emitido pela Coordenadoria da Infância e da Juventude e pela Corregedoria-Geral da Justiça, em sua versão original, publicada às páginas 07 e 08 do DJE de 16 de outubro de 2018, dispunha que “a designação de audiência para tomada de depoimento especial deve ser precedida de nomeação de defensor à criança/ ao adolescente” (SÃO PAULO, 2018a).

Contudo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em reunião multidisciplinar com a Corregedoria-Geral do TJSP, informou não estar aparelhada para – diretamente ou por convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil – prover defensor à criança ou ao adolescente dentro da dinâmica do depoimento especial, e, em consequência, requereu a alteração do supramencionado Comunicado Conjunto, de modo que as nomeações fossem exigíveis a médio prazo.

O pedido foi acatado pela Corregedoria-Geral nos seguintes termos, extraídos do despacho exarado aos 18 de outubro de 2018 nos Autos nº 2018/152633:²⁰⁶

São razoáveis os argumentos apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, uma vez que, de um lado, o

²⁰⁶ As citações e os excertos de trechos dos Autos nº 2018/152633, transcritos no presente tópico deste artigo foram extraídos de cópias integrais do referido processo administrativo, fornecidas ao autor, após pedido formal, lastreado na Lei de Acesso à Informação, encartado às fls. 305/311 daqueles autos e deferido em 24/11/2021.

convênio que mantém com a OAB não contempla a participação de advogado em depoimento especial na qualidade de defensor da criança ou do adolescente e, de outro, a instituição não conta com Defensores Públicos em número suficiente para se incumbir diretamente da referida atuação. Alguns meses são necessários para atendimento do comando inserido no comunicado nº 1.948/2018. [grifo nosso]

A decisão da ilustre Corregedoria-Geral revelou-se, em certa medida, razoável, eis que reconheceu a necessidade de concessão de tempo adicional para que a Defensoria Pública pudesse se organizar administrativamente a fim de viabilizar, em concreto, a nomeação de defensor para a criança e o adolescente, seja diretamente, por meio de Defensor Público, ou de forma mediata, por meio de advogado dativo, nomeado nos termos do Convênio celebrado junto à Ordem dos Advogados do Brasil, notadamente nas Comarcas de menor envergadura, que não são atendidas diretamente pela Defensoria Pública.

Como bem demonstra o trecho grifado acima, alguns meses se fariam necessários para a extensão do quadro próprio de Defensores Públicos (por meio de concurso público) e para a pactuação de aditivo no Convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a OAB-SP, para que se contemplasse expressamente a hipótese de defensor específico para a criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência na dinâmica do depoimento especial.

Considerando o assento constitucional do direito à assistência jurídica integral e gratuita a ser prestada pela Defensoria Pública (artigo 5º, LXXIV, e artigo 134, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988), o caso em tela nos remete à discussão acerca da eficácia e da efetividade das normas constitucionais, em especial daquelas que exigem um *facere* (direito prestacional) por parte do Estado, e não simplesmente uma mera abstenção estatal.

Parafraseando a lição de BARROSO (2013, p. 239), está em jogo a “complexa ambição de constitucionalização da política” e em debate a relação entre o *dever ser* contido na norma (*in casu*, o artigo 5º, incisos V e VII, da Lei nº 13.431/2017) e o que deve (como e quando deve) fazer o administrador público (aqui, a Defensoria Pública, enquanto órgão do Poder Público) para cumprir adequada e integralmente as imposições legais e constitucionais.

De fato, o Comunicado Conjunto nº 1.948/2018 foi republicado na edição do DJE de 23/10/2018 (páginas 06 e 07), suprimindo-se a menção à nomeação de defensor à criança ou ao adolescente (SÃO PAULO, 2018b).

Convém salientar que a decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo não dispensou (ou tampouco assim pretendeu) a nomeação de defensor para a criança/adolescente. Nem poderia fazê-lo, sob pena de manifesta ilegalidade, uma vez que, como visto acima, o direito à representação jurídica

autônoma advém de texto expresso de lei (artigo 5º, incisos V e VII, da Lei nº 13.431/2017), que, logo, não pode ser revogado por ato normativo infralegal.

Ocorre que, de início, a Defensoria Pública de São Paulo, na seara administrativa, estribou-se em duvidosa interpretação do quanto decidido pela Corregedoria-Geral paulista, negando-se à nomeação de advogados dativos, por meio do convênio celebrado com a OAB, em todo e qualquer processo de depoimento especial de crianças e adolescentes.

A negativa não se justifica, mormente porque, conforme evidenciou MEDEIROS (2020, p. 289), a postura institucional da Defensoria Pública, em nível nacional, inclusive, sempre foi favorável ao exercício da defesa técnica para proteção de crianças e adolescentes. Ora, de fato, é evidente que a Defensoria Pública é uma instituição que está vocacionada para “o exercício da função de representante processual de crianças e adolescentes em processos de seu interesse, restando clara, não somente sua atribuição constitucional e legal para o tema, mas principalmente sua aptidão para esse exercício” (SILVA, 2016, p. 196).

A bem dizer, trata-se de função institucional da Defensoria Pública, conforme consta no inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, dispositivo incluído pela Lei Complementar nº 132/2009:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (BRASIL, 1994)

É necessário, pois, que a Defensoria Pública, seja em âmbito nacional ou estadual (inclusive no Estado de São Paulo), efetive, na prática, os corolários decorrentes da função institucional de representante jurídico dos interesses das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Com efeito, nos processos em que haja crianças e adolescentes nessas condições, sem prejuízo da representação do réu hipossuficiente, a Defensoria Pública também tem o dever de proporcionar assistência jurídica ao menor de idade.

Aliás, cuidando-se de defesa dos interesses da vítima, a nova função institucional transcende o tradicional papel de assistência da acusação e tem em mira, primordialmente, os interesses do infante. Nessa outra função (de assistente jurídico da criança/adolescente), a Defensoria Pública reunirá todas as atribuições citadas ao longo desse artigo, e, assim, atuará, em especial, como garante do irrestrito respeito à opinião e aos pontos de vista da criança.

Cabe repensar a estratégia de atuação da Defensoria Pública brasileira, vez que sua função institucional impõe essa expansão de abrangência no campo processual penal, de maneira a voltar a atenção a essas vítimas não sob a ótica da assistência à acusação, impulsionada à condenação e ao ressarcimento cível, mas **como garantidora da dignidade, intimidade e integridade psíquica das pessoas violadas sexualmente** (MOURA, 2016, p. 165) [grifo nosso].

De todo modo, as negativas logo deram origem a reiteradas consultas formuladas por juízes paulistas sobre como proceder diante da negativa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em indicar advogado dativo para representar em juízo a criança e/ou o adolescente.

Diante de tal cenário, em 04 de novembro de 2021, portanto, pouco mais de três anos após a republicação do Comunicado Conjunto nº 1.948/2018, a Assessoria da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo prolatou o Parecer nº 451/2021-J nos Autos nº 2018/152633, consignando que não cuida “de faculdade legal prover ou não essa assistência à criança. Trata-se de mandamento legal, fruto de compromisso internacional de garantir a devida proteção à criança vítima ou testemunha de crime”.²⁰⁷ O Parecer ficou assim ementado:

DEPOIMENTO ESPECIAL – NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PARA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE – ARTIGO 5º, INCISOS V E VII DA LEI Nº 13.431/2017 – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO COMUNICADO CONJUNTO CGJ/CIJ Nº 1948/2018 – CONCORDÂNCIA DA COORDENADORIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.²⁰⁸

Ao final, foi então proposta alteração do Comunicado Conjunto nº 1.948/2018, o que contou com a concordância da Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP, bem como com a anuência da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

Enfim, aos 22 de novembro de 2021 foi publicado às páginas 09 e 10 do Diário da Justiça Eletrônico, o Comunicado Conjunto nº 2.501/2021, pela Corregedoria-Geral da Justiça e pela Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, que resgatou a redação original do Comunicado Conjunto nº 1.948/2018, com a expressa previsão da possibilidade de nomeação do defensor à criança e ao adolescente, no depoimento especial.

Em sequência, a Corregedoria-Geral expediu o Comunicado CG nº 123/2022 no qual informou, quanto à recomendação de que a designação da

²⁰⁷ Cf. nota 20.

²⁰⁸ Cf. nota 20.

audiência de depoimento especial seja precedida de nomeação de defensor à criança e/ou ao adolescente, que “foi noticiado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que já estão em andamento as tratativas para ajuste no Termo de Convênio para o atendimento da demanda” (SÃO PAULO, 2022a).

Finalmente, a Corregedoria-Geral emitiu o Comunicado CG nº 585/2022, noticiando a pactuação de aditamento aos Termos do Convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil - SP, possibilitando a nomeação de advogados conveniados para a defesa de crianças e de adolescentes, vítimas de violência, nas audiências em que haja a tomada do depoimento especial a que alude a Lei nº 13.431/2017, observado o seguinte fluxo:

1. O juízo, ao identificar que criança ou adolescente vítima de violência será ouvido em depoimento especial, deverá intimá-lo, na pessoa do representante legal, para constituir Advogado de sua confiança ou informar que não possui recursos financeiros para a constituição de Advogado particular; 2. Sendo informado que não há condições financeiras para constituir Advogado particular, deverá ser orientado, na pessoa do representante legal, a comparecer à Subseção da OAB local para que participe de triagem; 3. Caso o juízo identifique possível conflito de interesses (como nas situações de violência intrafamiliar), poderá oficiar à Subseção local da OAB para indicação de Advogado conveniado; mas antes deverá proceder à intimação prevista no item 01; 4. Nos casos de crianças ou adolescentes em situação de acolhimento ou de rua, a intimação prevista no item 01 será dispensada; 5. Dúvidas sobre as nomeações poderão ser dirimidas junto à Defensoria Pública do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2022b).

Por conseguinte, não sem demora, com a vigência do Comunicado CG nº 585/2022, crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência cuja oitiva ocorra em audiência de depoimento especial, nos termos da Lei nº 13.431/2017, passaram a ter garantido, também em termos práticos, o direito à assistência jurídica autônoma, com a efetiva indicação de Defensor Público ou de advogado dativo (conveniado) para a defesa de seus interesses. Logo, tornou-se realidade, em São Paulo, o que já estava previsto no Protocolo paulista desde 2011 e já era lei desde 2017, garantindo-se, pois, o acesso à jurisdição para crianças e adolescentes.

Duas observações, contudo, precisam ser feitas. Em primeiro lugar, a nova normativa, ainda que digna de encômios por efetivar um importante direito processual de crianças e adolescentes, merece ser parcialmente reformada. Isso porque o ato se refere apenas à vítima, quando a Lei 13.431/2017

acoberta a vítima e também a testemunha criança ou adolescente. Demais disso, conforme se vê da parte grifada acima, o fluxograma que foi estabelecido pela Defensoria Pública condiciona a efetiva nomeação do advogado dativo para a criança ou o adolescente à prévia triagem da capacidade financeira, o que é um erro. Afinal, malgrado a Defensoria Pública também tenha a função de representação processual dos hipossuficientes, é importante deixar claro que aqui se cuida de atividade distinta. Vale dizer, a representação jurídica autônoma de crianças e de adolescentes não se justifica em razão de sua eventual hipossuficiência econômico-financeira, mas, isto sim, pela condição de vulnerabilidade da criança ou do adolescente que foi vítima ou testemunha de uma violência e que será ouvido em juízo pelo método do depoimento especial. Portanto, é imperativo que se exclua da norma a condicionante financeira (vide grifos acima).

Em segundo lugar, insta esclarecer que a efetividade do direito de assistência jurídica qualificada e autônoma exige comprometimento e investimento institucional não apenas da Defensoria Pública, mas, igualmente, da Ordem dos Advogados do Brasil, em especial da Seccional São Paulo, e, de modo geral, da comunidade advocatícia, vocacionada que é para o exercício da nobre função de assistente jurídico da criança ou do adolescente.

No particular, é importante que o advogado receba formação e qualificação específica para exata compreensão de seu papel como defensor da criança, o que pode ser efetivado por meio de cursos de capacitação e treinamento. Inclusive, na Bélgica, para o exercício da função, é obrigatória a frequência de curso e certificação de “advogado de menores” (COUNCIL OF EUROPE, 2013, p. 67).

Uma proposta que se sugere é a inserção de cláusula no termo de convênio celebrado entre a Defensoria Pública e a OAB que condicione o exercício da assistência jurídica de crianças e adolescentes à prévia aprovação em capacitação.²⁰⁹

Enfim, é necessário que se chegue ao tempo em que, de fato (no plano real, fático), crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência recebam autônoma, específica e qualificada assistência jurídica, por meio de Defensor Público ou advogado dativo, que os colocarão a salvo de qualquer forma de violência e/ou sofrimento no curso do processo.

²⁰⁹ A bem dizer, eventual condição nesse sentido não seria de tudo inédita. De fato, o termo de convênio celebrado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a OAB-SP, atualmente vigente, Convênio nº 002/2021, Processo AC nº 1394/2021, contém situações especiais que exigem capacitação extra dos advogados para que sejam nomeados. É o caso, por exemplo, da atuação para defesa em plenário do Tribunal do Júri.

CONCLUSÕES

Em 2023, a Lei nº 13.431/2017 completou cinco anos de vigência. Lamentavelmente, alguns de seus dispositivos ainda carecem de plena efetividade concreta. É justamente o caso da regra inserida nos incisos V e VII de seu artigo 5º.

De fato, desde 2017, há determinação legal para observância de normas cogentes que impõe adaptação procedimental para possibilitar o lúdico exercício do direito de participação (nele, incluso o direito de expressar suas opiniões) de crianças e adolescentes, bem como para preservá-los de qualquer forma de sofrimento durante o trâmite do processo judicial. De todo modo, o que antes era recomendado (Recomendação CNJ nº 33/2010), agora é determinado (Resolução CNJ nº 299/2019), não podendo o Poder Judiciário e os órgãos componentes do Sistema de Justiça quedarem inertes quanto ao dever de conferir máxima efetividade fática às normas estampadas na Lei nº 13.431/2017, sob pena de obstaculizar o acesso à jurisdição ao público infantojuvenil, de notória vulnerabilidade, conforme reconhecido no ECA.

Urge lembrar que a Lei nº 13.431/2017 não apenas positivou o depoimento especial, mas, também estabeleceu um sistema de garantia de direitos e, a bem dizer, operou verdadeira reorganização interinstitucional dos órgãos, programas e serviços que, em conjunto, compõem a rede de proteção às crianças e aos adolescentes vítimas de violência, por meio da elaboração de fluxogramas de atuação em rede. A lei, a bem dizer, implantou uma nova filosofia jurídica e, nessa medida, reconheceu importantes direitos processuais do público infantojuvenil que entra em contato com o sistema judiciário, incluindo o direito à assistência jurídica autônoma.

A presente pesquisa permite concluir que é direito das crianças e dos adolescentes ser representado em juízo por profissional capacitado (Defensor Público ou advogado) a quem cabe zelar pelos seus direitos, que defenda os seus desejos e as suas pretensões e que sirva como canal de efetivação de sua participação judicial.

Ocorre que é insuficiente que tal direito seja garantido em lei. Ora, mais do que isso, é fundamental que tal direito seja efetivado no plano concreto. O exemplo de São Paulo, citado na pesquisa, bem demonstra que até meados do mês de novembro de 2021, portanto, mais de três anos após a edição da Lei nº 13.431/2017, o direito estampado no artigo 5º, incisos V e VII, da mencionada lei, se limitava ao plano do “dever-ser”, sem qualquer efetividade prática.

Oxalá a nova realidade paulista sirva de exemplo para todos os Estados brasileiros que ainda não efetivaram o direito previsto no artigo 5º, incisos V e VII, da Lei nº 13.431/2017, no plano do “ser”, para que concretizem importante garantia das crianças e dos adolescentes que são atendidos pelo Judiciário brasileiro, assegurando-se seu direito de acesso à Jurisdição.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes**. Buenos Aires, Argentina, 2005. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL MERCOSUR DE LOS JUECES DE LA INFANCIA Y JUVENTUD. **Directrices de una justicia adaptada a NNA**. 2012. Disponível em: http://www.ipjj.org/fileadmin/data/documents/temporary/IAYFJM-Mercosur_DirectricesJusticiaAdaptadaNinos_2012_SP.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.
- SILVA, Bruno César da. **Defensoria Pública e a Participação Processual de Crianças e Adolescentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARREAU DU QUÉBEC. **La représentation des enfants par avocat dix ans plus tard**. Ce mémoire a été approuvé par le Comité Administratif le 14 juin 2006. Dépôt légal – Bibliothèque nationale du Québec: 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados e dá outras providências. Brasília: 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.
- BRASIL. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010**. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>. Acesso em: 12 abr. 2023.
- BRASIL. **Resolução nº 169, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em atendimento por órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos [...]. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-169-protacao-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069. Brasília, DF: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.
- BRASIL. **Resolução nº 299, de 05 de novembro de 2019**. Dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, de que trata a Lei nº 13.431/2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.
- CALDAS, Roberto de Figueiredo; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Casos com depoimento de crianças e de adolescentes vítimas e testemunhas de violência sexual: o papel institucional da advocacia - protocolo ético de atuação. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de**

violências: aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020. Capítulo 17, p. 297-309.

CAMPOS, Adriano Leitinho; MARTINS, Rodrigo Azambuja; SCHAWN, Ana Carolina. Aula 8: O papel da Defensoria Pública na efetivação dos direitos assegurados a crianças e adolescentes. *In:* Conselho Nacional de Justiça; Fundo de Defesa de Direitos Difusos; Pacto Nacional pela Primeira Infância. **Curso Marco Legal da Primeira Infância**. Trilha Sistema de Garantias. Brasília, DF: 2021.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COUNCIL OF EUROPE. **Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças**. Estrasburgo, 1996. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2014/01/01800/0053400543.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. **Recommendation Rec(2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims**. Estrasburgo, 2006. Disponível em: <https://rm.coe.int/16805afa5c>. Acesso em: 11 abr. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. **Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806a45f2>. Acesso em: 11 abr. 2023.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba, PR: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 17 abr. 2023.

EUROPEAN NETWORK OF NATIONAL OBSERVATORIES ON CHILDHOOD. **Survey on the national systems of children's legal representation**. ONEurope Secretariat by the Slovenian Ministry of Labour, Family and Social Affairs in the context of the Slovenian Presidency of the EU. Firenze: 2008. Disponível em: <https://slidetodoc.com/survey-on-national-systems-of-childrens-legal-representation/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUTH AND FAMILY JUDGES AND MAGISTRATES. **Diretrizes: crianças em contacto com o Sistema de Justiça**. Preparado por um Grupo de Trabalho da International Association of Youth and Family Judges and Magistrates - IAYFJM (Associação Internacional de Juízes e Magistrados de Família e Juventude). Aprovado pela Direção da IAYFJM, Londres, 21 de outubro de 2016. Ratificado pelos membros, IAYFJM, em 26 de abril de 2017.

MEDEIROS, Diego Vale de. O papel da Defensoria Pública no atendimento extrajudicial e judicial às crianças e aos adolescentes em situações de violência sexual. *In:* SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências:** aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020. Capítulo 16, p. 285-294.

MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial. *In:* SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências:** aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020. Capítulo 5, p. 87-109.

MOURA, João Batista Oliveira de. **Crimes sexuais:** a inquirição da vítima como objeto da prova. Curitiba, PR: Juruá, 2016.

NEWLIN, Chris; STEELE, Linda Cordisco; CHAMBERLIN, Andra; ANDERSON, Jennifer; KENNISTON, Julie; RUSSELL, Amy; STEWART, Heather; VAUGHAN-EDEN, Viola. *Child Forensic Interviewing:*

Best Practices. In: OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION. **Juvenile Justice Bulletin**. 2015. Disponível em: <https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/pubs/248749.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023.

OHCHR. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder**. New York: United Nations, 1985. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-princjuscavitimas.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

PORTUGAL. **Lei nº 112/2009, de 16 de setembro**. Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei n.º 107/99, de 3 de agosto. Lisboa, 2009. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis. Acesso em: 18 abr. 2023.

QUAINI, Fabiana Marcela. **La representación del niño en el proceso directamente por un abogado en Argentina y el Derecho Comparado**. APADESHI, Asociación de Padres Alejados de sus hijos. Argentina, 2020. Disponível em: http://www.apadeshi.com/representacion_del_nino.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

RAMSEY, Sarah H. Representation of the Child in Protection Proceedings: The Determination of Decision-Making Capacity. In: **Family Law Quarterly**. V. 17, nº 3. Chicago, American Bar Association, 1983, p. 287-326.

RODRÍGUEZ, Laura. **El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niño y Adolescentes**. APADESHI, Asociación de Padres Alejados de sus hijos. Argentina, 2020. Disponível em: http://www.apadeshi.com/el_derecho_a_ser_oído_y_la_defen.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; VIANA, Vanessa Nascimento; GONÇALVES, Itamar Batista; com a participação de Paola Barros Barbieri e Maria Gorete O. M. Vasconcelos. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual: metodologias para tomada de depoimento especial**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). **Protocolo CIJ nº 00066030/11**. Dispõe sobre Atendimento não-revitimizante de crianças e adolescentes vítimas de violência, especialmente sexual-construção de plano interinstitucional em âmbito estadual e implementação em caráter piloto do projeto em cinco varas no Estado-embasamento legal autorização pela Coordenadoria da Infância e da Juventude. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/96345>. Acesso em: 18 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Comunicado Conjunto nº 1.948/2018**. Dispõe de recomendações sobre escuta especializada e depoimento especial. DJE de 16/10/2018, p. 07-08. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2018a. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/163717>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Comunicado Conjunto nº 1.948/2018**. Dispõe de recomendações sobre escuta especializada e depoimento especial. Republicação para retificar incorreção. DJE de 23/10/2018, p. 06-07. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça, 2018b. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/163717>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Comunicado Conjunto nº 2.501/2021**. Dispõe sobre providências para a realização da capacitação das equipes técnicas que atuam no Poder Judiciário do Estado de São Paulo. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/199676>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Comunicado CG nº 123/2022**. CPA Nº 2018/00152633. São Paulo, SP: Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo, 2022a. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=32485&pagina=4>. Acesso em: 20 abr. 2023. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2022b. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/205289>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Comunicado CG nº 585/2022**. Dispõe sobre o aditamento aos Termos do Convênio 002/2021 celebrado entre a Defensoria Pública e a OAB/SP (cláusula primeira) e dá outras providências.

SCHMIDT, Flávio. **Lei do depoimento especial anotada e interpretada**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020. THE AFRICAN CHILD POLICY FORUM AND DEFENCE FOR CHILDREN. **Achieving Child-Friendly Justice in Africa**. Addis Ababa, Ethiopia, 2012. Disponível em: https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/achieving_child_friendly_justice_in_africa.pdf/. Acesso em: 22 abr. 2023.

THE ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. **Resolution 2005/20**. Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime. New York: United Nations, 2005. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

UNODC. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; UNICEF. UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **United Nations Guidelines on Justice in matters involving child victims and witnesses of crime**. Child-friendly version. New York, 2006. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Guidelines_E.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

UNODC. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; UNICEF. UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime**. New York, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters...pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. **Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a lei n. 13.431/2017**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

José Barroso Filho²¹⁰

RESUMO

O artigo, sob a forma ensaística, posiciona-se na seara dos debates pela concretização dos direitos sociais, de modo que perpassa o ideário de construção de um processo decisório informado pela modelagem de decisão estrutural capaz de promover concretização e desenvolvimento dos direitos sociais. Assim, envida-se o debate sobre alternativas para melhorar o plano fático de concretização de políticas públicas, a defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio lança a percepção das complexidades e dos desafios do sistema jurídico em face da necessária conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais aventada em litígios estruturais.

Palavras-chave: decisões estruturais; direitos sociais; políticas públicas.

INTRODUÇÃO

As questões afetas à aplicação da norma jurídica nos processos judiciais – o que se submete à apreciação do Poder Judiciário sob a forma de ações – parecem posicionar-se no campo de justificação da dimensão jurídica das próprias decisões. É algo como a conformação do pensamento jurídico a partir da orientação imanente dos atores envolvidos no processo da construção judicial.

Em face de um cenário marcado – nos últimos anos – pelas dificuldades de diálogos (efetivos) entre os Poderes Republicanos, a litigância em matérias que envolvem interesses públicos revelou-se alternativa constitucionalmente viável.

De um lado, a própria caracterização da linguagem jurídica através de seus signos e significados, viabilizando a ideia de constitucionalismo, vem

²¹⁰ Doutorando em Direito pelo UniCuritiba, Doutorando em Direito e em Educação, Arte e História da Cultura pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutor Honoris Causa pela Universidade Castelo Branco, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Juiz de Carreira, é Ministro do Superior Tribunal Militar e Conselheiro do Conselho Nacional de Educação. Palestrante em eventos nacionais e internacionais, Professor Universitário e Membro de Bancas Examinadoras em Concursos Jurídicos. Endereço: Setor de Autarquias Sul, Quadra 01 Edifício-Sede, Bloco B. Cep.: 70.098-900 - Brasília – DF - E-mail: jbarrosofilho@uol.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0790988051145894>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2650-2098>.

contribuindo para o debate do final do século XIX, início do século XX, de um Direito Constitucional que seja democrático. A caracterização de um movimento, sobretudo após a Segunda Grande Guerra, aprimorando a garantia jurisdicional da prevalência da Constituição sobre as demais normas, penetrou na cultura jurídica a formar o paradigma juspositivista com o condão de enveredar a legitimação do Direito e dos seus critérios de validade nos variados Estados.

De outro, na seara pragmática, da concretização dos direitos sociais, a questão de tensionamento reside na necessidade de migração – paulatina e constantemente – de um processo decisório informado por um apego excessivo ao formalismo legal do decisor para uma modelagem de decisão estrutural capaz de promover desenvolvimento de tal categoria de direitos (tanto na dimensão de materialização quanto na função interpretativa do Direito).

Nesse contexto, discorrer sobre alternativas para melhorar o plano fático, de eficácia e efetividade de políticas públicas é defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio que se posiciona em face da aparente ausência de conexão entre medidas legislativas, orçamentárias, ou, ainda, burocráticas para a conformação da normatividade constitucional acerca dos direitos sociais encerrados em ações estatais versadas em políticas públicas.

De tal sorte, a enriquecer o debate, a proposta de revisita à forma de construção/argumentação da decisão judicial (de índole estrutural) se apresenta, a fim de fornecer um padrão mínimo de debate acerca da segurança jurídica à sociedade em que se instala. Impende, assim, ponderar as linhas gerais sobre quais seriam as características comuns às decisões estruturais (levadas a efeito pelo Poder Judiciário) que concretizam/materializam os direitos sociais, orientando políticas públicas.

2 CONTEMPORANEIDADE JURISDICIONAL: CONSTITUIÇÃO, DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A contemporaneidade reclama que as questões afetas à aplicação da norma jurídica sejam tratadas sob o viés daquele pensamento jurídico que considera relevante a orientação do comportamento dos atores envolvidos da decisão judicial.²¹¹

Em face das crescentes demandas da sociedade, a decisão estrutural²¹² vem se tornando instrumento jurídico/político de relevo para a solução de

²¹¹ AINSWORTH, Scott H. **Analyzing interest groups: group influence on people and policies**. New York e London: W.W. Norton & Company. 2002.

²¹² Assumindo-se a abordagem de que “Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão”, nos termos anotados por DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes. Civil procedure review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

questões interpretativas (ou mesmo de ordem prática) dos direitos sociais – sobretudo na arena das ações públicas enredadas em políticas públicas.

Surge a hipótese, dessa forma, de que os gradientes de índole dogmática e técnica, os quais devem ser ponderados pelo intérprete²¹³, a fim de conferir maior grau de segurança jurídica e previsibilidade às ações versadas em litígios estruturais, podem e devem ser minimamente parametrizados pelo julgador.

Se, por um lado, o debate pela concretização dos direitos sociais é tema que pulula na Academia e nos Tribunais e Parlamentos, por outro, a carência de ações coordenadas entre medidas políticas, burocráticas e financeiro-orçamentárias efetivas, como amplamente narrado, aportam maiores dificuldades de materialização (e mesmo desenvolvimento) dos direitos sociais.

Com efeito, a saída – pela via das decisões estruturais – passa pela migração, contínua e suave, de um modelo de decisão unicamente legalista para a decisão judicial pautada na concretização do direito social pela (re)orientação da política pública.²¹⁴ Tal modelagem deve beber da fonte da principiologia, da hermenêutica de vanguarda e da posição que veicula máxima efetividade ao bem-estar do cidadão que – *in fine* – é a razão de ser de todo o debate público.

Em face das diversas possibilidades de atuação jurisdicional, a revelar o Poder Judiciário como verdadeiro vocalizador de demandas²¹⁵, mostra-se oportuno lançar à discussão os limites da dogmática tradicional – sempre na toada da concretização de direitos sociais – para o campo dos demais atores institucionais.

A afirmação do posicionamento da Constituição como feixe de interpretação (fonte de orientação) termina formatando uma verdadeira “atmosfera” a partir da qual os demais ramos do Direito passam a se conformar, segundo este novel pensamento. Por certo, não se trata de fenômeno que tenha unânime aceitação, no Brasil, uma vez que segue acompanhado por pechas daquilo que se convencionou denominar de ‘ativismo judicial’.

Com efeito, a liberdade de acesso ao Judiciário no ambiente de modernidade líquida e da sociedade de risco, em face da baixa segurança jurídica, é calcada na estabilidade e previsibilidade da produção do Direito, em uma relação que se torna ainda mais complexa em virtude da litigiosidade da realidade brasileira.

Importa destacar que, no desenvolvimento das funções neoconstitucionais (ou mesmo na sua própria aplicação), as quais, por natural se espriam por todo o

²¹³ CALSAMIGLIA, Albert. **Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico**. 1982.

²¹⁴ De rememorar a abordagem de COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In: Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, 2014.

²¹⁵ Idem.

ordenamento, emerge o foco para os direitos sociais fundamentais (estruturantes), especialmente em razão da elevada “abertura semântica” e “elasticidade”²¹⁶ que tal modal de princípios enceta na busca de soluções adequadas e justas aos problemas que se apresentam.

Com azo na compreensão de que direitos sociais²¹⁷ **são elementos da cidadania**²¹⁸, a qual perpassa pela análise da existência de uma influência real dos desdobramentos individuais sobre as escolhas coletivas, pretende-se o desenvolver de um conceito mais tolerante para o alcance do ato da decisão judicial, a autorizar uma margem maior de (plural e efetiva) operação, no âmbito da ação estatal.²¹⁹

Se o contexto da abordagem dogmática usualmente se relaciona às atividades de interpretação, de exercício hermenêutico e à sistematização de preceitos legais, urge instigar que a discussão jurídica não pode se posicionar alheia às determinações políticas do sistema jurídico.²²⁰ Importa perceber o campo jurídico como meio capaz de favorecer a liberdade de acesso ao Judiciário – o que conduz, de fato, repise-se, à atual litigiosidade da realidade brasileira. Não se pode fugir de tal realidade.

Em que pese as modernas soluções de litígios e de composição extrajudicial, registrada está a percepção de que o Judiciário é, e continuará sendo porquanto vija a Constituição de 1988, importante *locus* para a solução dos conflitos da vida e, portanto, dos direitos sociais.

Tal modal de percepção parece arremeter as complexidades e desafios do sistema jurídico para a natural interação entre o Direito posto e a sua concretização prática, sobretudo no pertinente à conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais, – o que é aventado em litígios estruturais.

Por certo, como o Judiciário não pode recusar o recebimento de novas ações, ainda que esteja assoberbado de trabalho²²¹, resta encontrar, em

²¹⁶ FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. **ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**.

²¹⁷ Por todos, TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata?. *Revista USP*, n. 37, p. 34-45, 1998.

²¹⁸ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 5-16, 1994.

²¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Fórum, 2009.

²²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Método Editora, 2006.

²²¹ FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. **ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**. 2020.

certa medida, na decisão estrutural e nos provimentos usuais dos processos coletivos, formas pragmáticas de concretização dos direitos sociais.

À abordagem da atuação judicial tem-se informado que as decisões estruturais são formuladas quando o órgão julgador, diante de significativas dificuldades de agenda dos demais Poderes do Estado, segue a cuidar da materialização dos comandos constitucionais. Tal processo acaba por determinar providências organizacionais para a eliminação de barreiras à realização dos direitos sociais.²²²

3 CONTRIBUIÇÕES ESTRUTURANTES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS – A OPÇÃO PASSA PELO VIÉS DA CONCRETIZAÇÃO

A fim de conferir azo à discussão jurídica legitimadora de novos mecanismos jurisdicionais (para o enfrentamento à crise de concretização dos direitos sociais, especialmente por meio da tecnologia das decisões estruturais), o debate que se propõe – de cunho teórico – deve revisitar a análise de como a decisão judicial apresenta potencial para promover o desenvolvimento, por meio de uma abordagem francamente direcionada ao destravamento na prestação de direitos sociais.

O debate é também informado pelo fato de que a concretização de tal categoria de direitos usualmente pode não se dar pelas vias ordinárias, mas mediante inserção de outro ator institucional no cenário – qual seja, o Judiciário (que atua por meio do provimento judicial). Isto se opera em virtude da carência de coordenação entre as medidas executivas e legislativas, o que implica nas conhecidas violações a direitos constitucionais sociais.²²³

Analisa-se, assim, a conformação do pensamento jurídico a partir do comportamento dos atores implicados no processo dogmático de interpretação do texto jurídico. É que a litigância segue, desta feita, pautada por interesses públicos, a conferir factibilidade ao conhecido controle jurisdicional de políticas públicas no país.

Para compreender os resultados de tais litígios estruturais é necessário desenvolver a abordagem da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de efetivação de direitos sociais e, nesta senda, de promoção do desenvolvimento – sem olvidar das políticas públicas da área.

Diante desta sociedade complexa, a formação do juiz acaba demandando deste ator um engenhoso trabalho de compreensão das multifacetadas questões que se lhe são apresentadas – importa relevar

²²² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **RePro – Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013

²²³ GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. **Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas**. 2019.

que se conhece o fortalecimento das Escolas Judiciárias que, formalmente, impulsionam a renovação do conhecimento dos magistrados, para as quais, felizmente, há farto e amplo campo de desenvolvimento.

Ao cotejar referidos dados com a agenda da sociedade de risco e considerando a abertura do texto constitucional normativo para o que se pode denominar de processo interpretativo construtivo, percebeu-se a ampliação do papel do magistrado, especialmente em razão de princípios constitucionais e conceitos jurídicos indeterminados, que conferem supedâneo para os desenvolvimentos interpretativos na construção de uma decisão justa.

De tal sorte, razoável é demandar uma magistratura pluralista e disposta a entender as diversidades da sociedade contemporânea.

É que, se, por um lado, a proposta dogmática objetiva garantir a estabilização institucional, conferindo maior cientificidade à abordagem do Direito, por meio do desenvolvimento da discussão jurídica e de argumentação, por outro, a invocação da dogmática pode – simplesmente – produzir a redução de encargos de justificação, o que não contribui, *prima facie*, para a evolução democrática.

Relacionando-se às atividades de interpretação e sistematização de preceitos legais, a dogmática, como clara contribuição sistêmica do positivismo jurídico é ínsita na tarefa de compreender a estrutura da norma segundo a proposição de institutos eminentemente jurídicos.

Nesse mesmo compasso, veja-se que a discussão jurídica não pode se ilhar do social. Não é alheia ao estudo de outras áreas, como a economia, a filosofia, a política ou a sociologia, de sorte a perceber o campo jurídico como arena de disputa entre atores diversos, formatando uma verdadeira comunidade epistêmica²²⁴ para a concretização de direitos.

É necessário que a decisão judicial atue assim, ancorada em fortes princípios, esforçando-se para seguir o processo planejado e metódico a fim de justificar – no Direito – a apuração da eficácia, da eficiência, da efetividade e mesmo da economicidade das ações públicas de conformidade com o plano normativo – nas políticas públicas.

A ideia que se entabula passa por empreender a formação e a própria análise das políticas públicas, sob a perspectiva das formas de atuação das instituições incumbidas da ação pública. Tal missão – anote-se – revela-se deveras complexa, mas de cariz mais factível se levada a efeito no campo jurisdicional, sobretudo quando havido pelas decisões estruturais.

De se ponderar que tem ganhado força a análise do potencial para as diferenças interpessoais havidas nas bases para as escolhas empreendidas pelos

²²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. Método Editora, 2006.

juízes. Trata-se das discussões acerca dos vários tipos de público (audiências), capazes de enfatizar as diferenças entre os posicionamentos judiciais.

A análise de políticas públicas ocupa-se da descrição e compreensão da ação do Estado—busca-se o entendimento da atividade dos governos com potencial de contribuição para a solução de demandas sociais e o viés comportamental também engendra destaque. É tema relativamente novo, que desafia discussões (nas quais não se adentrará aqui, por razões de coesão argumentativa no espaço)

Rememorem-se, nessa mesma virada, as ideias de Keynes incentivaram a adoção de políticas que formataram um novo tipo de Estado, o Welfare State (Estado do bem-estar social), que representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política.²²⁵

Por outro lado, verifica-se que a concretização dos direitos sociais versados nas políticas públicas, com é de conhecimento amplo, pode não ocorrer pelo processo ordinário entre os Poderes Executivo e Legislativo. Não raro, a materialização de ações se dá mediante interação de/com o Judiciário, por meio do provimento judicial.

O fenômeno da judicialização de dá em face do alcance insuficiente das políticas públicas, em cenário que se ergue violando a direitos constitucionais, sobretudo direitos sociais. Nessa esteira, é possível posicionar a discussão acerca da concretização das políticas públicas versadas em direitos sociais pela via jurisdicional.

É possível exercer uma apropriação da hermenêutica desenvolvida nas/ pelas decisões estruturais como mais uma forma de atuação jurisdicional vinculada (em observância à vedação ao *non liquet*). O exercício pode se dar pelo suprimento da ausência de regras (via mecanismos de integração), ou pela extração da carga semântica indeterminada que povoa parcela significativa das normas jurídicas.

Disto resulta a observação de que o resultado da atividade judicante, quanto se opera na toada da materialização de direitos sociais atrelados a políticas públicas, encontra nas decisões estruturais, no plano teórico, campo fértil.

CONCLUSÕES

Como se pode perceber, há reclames para investigar a consecução de descritores e paradigmas para o emprego e reprodução das decisões estruturais (ou estruturantes) para o mister de cumprir o objeto da presente síntese – dos direitos sociais.

Verifica-se que a litigância marcada por interesses públicos empresta supedâneo ao controle jurisdicional das ações públicas no Brasil, de sorte que

²²⁵ Nesse sentido, destaque-se COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES?. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

é possível anotar que as decisões estruturantes se situam no campo da análise das leis e políticas públicas, eis que representam uma expansão da atuação judicial na interação com os demais Poderes (Executivo, Legislativo).

Desenvolver uma (ou algumas) abordagem(ns) da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de concretização de direitos e, nesta esteira, de promoção do desenvolvimento, é a proposta que se entabula, a elucidar resultados que apontem para a segurança jurídica e à razoável estabilidade institucional.

É necessário ponderar e analisar a relação entre direito e política pública, a partir das funções usualmente assumidas pelo Direito, por meio das decisões estruturais, com o fito de emprestar aplicabilidade prática às normas definidoras de direitos sociais em face do processo natural de desenvolvimento.

O Direito, e o campo da Decisão Judicial se vocacionam a desempenhar, nesse cotejo, a função de instrumento de interpretação das normas, atentos ao rol de elementos que integram a ação estatal, das políticas públicas, do diálogo institucional, sempre construtivo e voltado para o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- AINSWORTH, Scott H. **Analyzing interest groups: group influence on people and policies**. New York e London: W.W. Norton & Company. 2002.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **RePro – Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 5-16, 1994.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico**. 1982.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Fórum, 2009.
- COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES?. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In: Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, 2014.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes**. **Civil procedure review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. Método Editora, 2006.
- FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. *In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS*.
- GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. **Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas**. 2019.

“O COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO COMO GARANTIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL”

Dúnia Serpa Rampazzo²²⁶

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar o julgamento por órgão colegiado como um mecanismo jurídico trazido pela Lei 12.694/2012, sendo um instrumento necessário diante da nova espécie de criminalidade existente no mundo globalizado, dotada de elevada estruturação para prática de crimes graves. Tal mecanismo relativiza direitos fundamentais individuais dos acusados (direito à publicidade dos atos processuais e princípio do juiz natural), em prol das vítimas e da própria sociedade, garantindo de forma eficiente a proteção de bens jurídicos. Tal instrumento se coaduna com os postulados do garantismo penal integral, em contraposição ao garantismo penal hiperbólico monocular, que defende de forma absoluta os direitos individuais dos acusados no processo penal. Assim, permite que haja uma persecução penal eficaz, por um órgão imparcial e ausente de intimidações, assegurando a proteção eficiente dos bens jurídicos e evitando que impere a impunidade.

Palavras-chave: organizações criminosas; garantismo penal integral; princípio da vedação à proteção deficiente; julgamento por órgão colegiado.

“É contra esse Estado débil, vacilante, descrente da própria legitimidade para impor ordem, que se levanta um crime organizado disposto a tudo, que conta com ritos iniciáticos dignos de seitas

²²⁶ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (desde 2013). Atuação com ênfase na área de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal Especial. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Especialização em Ministério Público e Estado Democrático de Direito, com ênfase em Processo Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (2009-2009). Especialização em Direito Penal e Criminologia pelo INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL DO PARANÁ e UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR) (2008-2009). Especialização na Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais sob orientação do Prof. EDILSON MOUGENOT BONFIM - SÃO PAULO (IBAJ) (2017). Curso sobre Máfia e Crime Organizado na UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA ROMA/ PALERMO OUTUBRO DE 2017. Especialização em Compliance e Direito Anticorrupção, com ênfase em Crime Organizado pelo COMPLEXO DE ENSINO RENATO SARAIVA (2019-2020). Delegada de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul (2010-2013). Lattes:<http://lattes.cnpq.br/2316253332751641>. E-mail: dsrampazzo@mprp.mp.br ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4681-002X>

esotéricas, disciplina rígida, ‘estatutos’ nos quais, com invejável convicção, proclama seus propósitos [...]”.

DIEGO PESSI *in* “Bandidolatria e Democídio”

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a nível mundial e nacional, o crime organizado, tido de maneira geral como um conjunto de pessoas unidas de forma estruturalmente ordenada, que pratica de forma habitual crimes graves, é uma realidade crescente. Diante de tal cenário, necessário se fazem instrumentos aptos a combater essa espécie de criminalidade, justificando-se essencialmente no dever estatal de proporcionar a proteção da sociedade e das vítimas, garantindo o direito fundamental à segurança pública.

De tal forma, busca-se com o presente trabalho abordar, sob a ótica do garantismo penal integral, tido como a corrente doutrinária que defende a proteção de todos os direitos fundamentais contemplados pela nossa Constituição Federal, mormente o direito fundamental à proteção eficiente dos bens jurídicos (direito à segurança pública). Isto, em contraponto ao garantismo penal hiperbólico monocular, que apenas defende a proteção dos direitos fundamentais individuais previstos no texto constitucional, o que acarreta muitas vezes, na proteção social deficiente.

Discutir tal temática é essencial nos dias atuais, quando a doutrina processual penal majoritária adota os preceitos do garantismo hiperbólico monocular, calcando suas ideias de forma restrita nos direitos fundamentais individuais, relegando a segundo plano o dever estatal de proteger a coletividade, também fundamental nos termos da Magna Carta.

O objetivo do presente trabalho é justamente mudar o foco monocular da abordagem do garantismo penal, de forma a encarar os institutos de combate à criminalidade organizada como instrumentos necessários para a proteção eficiente da sociedade.

Dentre esses mecanismos, encontra-se o julgamento por órgão colegiado, como exceção ao princípio do juiz natural, na medida em que proporciona ao órgão jurisdicional que realizará o julgamento uma maior segurança contra intimidações e ameaças.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PARADIGMAS DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Pode-se dizer que o surgimento de estruturas organizadas criminosas remonta o século XI, à época das Cruzadas, tidas como movimentos militares de inspiração cristã que partiram da Europa Ocidental em direção à Terra Santa e à cidade de Jerusalém com o intuito de conquistá-las, ocupá-las e

mantê-las sob domínio cristão (WIKIPÉDIA, 2020). Nestas peregrinações, os cavaleiros cristãos muitas vezes se dedicavam à exploração dos camponeses, com cobrança de pesados pagamentos (CAFARENA, 1996, p. 54).

Posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, os piratas e contrabandistas, atuando em bandos e adotando uma espécie de esquema de trabalho organizado, com assaltadores e receptadores das mercadorias roubadas, adotaram também para a sua época, o que hoje em parte, temos na estrutura das atuais de organizações criminosas (WOODIWISS, 2003 p.13, p. 99).

No mesmo diapasão, nos séculos XVII e XVIII, em ambiente urbano e rural, temos precursores da criminalidade organizada, por meio de grupos de bandos ou ladrões, no “cangaço” no Brasil e no “bandoleirismo” espanhol, provenientes de grupos mais pobres da sociedade, que realizavam saques, como forma de protesto social e atitudes de solidariedade com os pobres, que sentiam na pele a falta de ocupação lícita (BALTAZAR JR., 2010, p. 100).

Por sua vez, nos séculos XIX e XX, se desenvolveu na Itália e nos Estados Unidos, o fenômeno específico da máfia, configuração social que influenciou de forma mais direta a moderna conceituação da criminalidade organizada.

Na Itália, o surgimento da estrutura mafiosa ocorreu na ilha da Sicília no século XIX, quando houve o rompimento da sociedade feudal e o estabelecimento do voto censitário, o que gerou conflitos entre a nobreza, burguesia e as classes populares, que se organizaram para praticar delitos mediante promessa de proteção das chamadas “*famiglias*” (BALTAZAR JR., 2010, p. 100-101).

Todavia, o termo “crime organizado” surgiu de forma expressa nos Estados Unidos no século XX, nos anos de 1920 a 1930, sendo interpretado como uma atividade criminal estruturada de grupos determinados, com conexão a agentes públicos, vinculados ao mercado ilícito de bebidas e drogas. Posteriormente, observa-se a modificação na configuração da criminalidade organizada estadunidense, que no pós-segunda guerra, passa a ser vista como atividades exploradas pelos imigrantes italianos que se estabeleceram na chamada máfia nova-iorquina. Nos anos oitenta, nos Estados Unidos, evolui-se a estrutura do crime organizado para o que se passou a chamar de cartéis sul-americanos, máfia asiática e provenientes do leste europeu (BALTAZAR JR., 2010, p. 102).

Contudo, somente nas duas últimas décadas do século XX é que se passou a encarar a criminalidade organizada num contexto global, uma decorrência do fenômeno da globalização e percebida como um problema mundial, não mais circunscrito aos Estados Unidos e Itália. Conforme assevera PEREIRA (2015, p. 27), “*um dos efeitos perversos da globalização é, sem dúvidas, o desenvolvimento, com dimensões que não possuem precedentes, de uma criminalidade internacional, a sua vez global.*”

Diante de tal histórico, estabeleceu-se a criminalidade organizada, mediante a utilização de diversas configurações sociais existentes, chamadas de paradigmas.

Assim, na literatura jurídica, criou-se os seguintes paradigmas na definição de crime organizado: do *mafioso ou tradicional, da rede, empresarial e o endógeno* (BALTAZAR JR, 2010).

O *paradigma tradicional* se sustenta na definição de crime organizado como sendo a criminalidade com domínio sobre um dado território, com estrutura hierarquizada e com a figura do líder ou *“capo”*, atuando de forma monopolizada sob diversos mercados ilegais (entorpecentes, cigarros), com ingresso mediante cerimônias formais e juramentos de lealdade. São exemplos de tais organizações a *“Cosa Nostra”* (EUA e Itália), Máfia Siciliana, Camorra (ambas Italianas), Cartéis Mexicanos e Colombianos de entorpecentes, *“Yakusa”* Japonesa, Máfia Russa entre outras (BALTAZAR JR, 2010).

Na Itália tornaram-se famosos diversos grupos, tais como a *“Cosa Nostra”*, que nasceu na Sicília, *“Camorra”*, de Nápoles e a *“Ndrangheta”*, da Calábria. Tais estruturas mafiosas foram concebidas no sul italiano, surgindo como um mecanismo de proteção compulsória entre seus membros, liderados pelos *“Capos”* ou *“Dons”*. Todavia a máfia italiana não se limita ao objetivo de ajuda mútua e proteção, também estende seus tentáculos no Poder Estatal, influenciando na tomada de decisões políticas, domina atividades ilícitas tais como o contrabando das mais variadas mercadorias, especialmente de cigarros, realiza o tráfico de drogas, bem como contrata *“matadores”* para exercitar sua própria justiça. Diante de tal quadro, nos anos 80 e 90, a Itália buscou combater tal espécie de criminalidade organizada, aparelhando de forma mais severa o Poder Judiciário e a legislação penal, para combaterem o sistema mafioso. Exemplo de tal aparato foi demonstrado no âmbito da *“Operação Mãos Limpas”*, quando ocorreu a prisão, julgamento e condenação de diversos membros das estruturas mafiosas italianas, no chamado *“maxiprocesso”*, o que acarretou na reação violenta da máfia, por meio do assassinato de juízes, promotores e policiais, bem como diversos atentados.

Nos Estados Unidos a estrutura mafiosa é muito bem representada no filme *“O Poderoso Chefão”*, cujo líder era o *“Dom Corleone”*. O seu surgimento decorreu da imigração de diversos italianos camponeses pobres, principalmente da Sicília, Nápoles e Calábria, em busca de melhores condições de vida, a partir do século XIX. A chamada *“Mão Negra”* foi a primeira organização criminosa estadunidense formada por imigrantes italianos da Sicília, no início do século XX, que se estabeleceram em Chicago e Nova Iorque, explorando o mercado dos jogos ilícitos, extorsões, prostituição. O período posterior à Primeira Guerra Mundial, estes grupos mafiosos passaram a explorar o mercado ilícito das bebidas alcoólicas, cuja comercialização passou a ser proibida, *“[...] foi nessa época que os nomes de Frank Costello, John Torrio e Al Capone se tornaram grandes ícones da máfia norte-americana[...]”*. Nos anos 30 surgiu a chamada *“Cosa Nostra”* – novo nome dado à máfia na época. Nas configurações

mafiosas dos Estados Unidos, havia uma espécie de glamour, havendo vários indícios que sugerem que a máfia preservou seu poder e influência entre as elites econômicas dos Estados Unidos (HISTÓRIA DO MUNDO, 2020).

No Brasil, este paradigma é representado pela principal e mais famosa organização criminosa existente, o chamado Primeiro Comando da Capital (PCC), bem como pelo Comando Vermelho (CV). Nestes grupos, observa-se que a ideologia comum é a luta contra a opressão estatal, busca de melhoria nas questões penitenciárias, liderança nos presídios, ajuda recíproca entre os membros da facção ou do “partido”, chamados de “irmãos”, respeito a um Estatuto ou “mandamentos”²²⁷ (WIKIPÉDIA, 2020), retirados do Quartel General da Facção do Presídio de Roraima.

²²⁷ 1. Lealdade, respeito e solidariedade acima de tudo ao “Partido”. 2. “Todos os integrantes devem lealdade e respeito ao PCC.” 3. A luta pela liberdade, justiça e paz. 4. A união contra as injustiças e a opressão dentro da prisão. 5. Contribuição daqueles que estão em liberdade, com os irmãos dentro da prisão, através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate. 6. O respeito e a solidariedade a todos os membros do “Partido”, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do “Partido”, tentando dividir a irmandade, será excluído e repudiado do “Partido”. 7. Jamais usar o “Partido” para resolver problemas pessoais contra pessoas de fora porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o “Partido” estará sempre leal e solidário a todos os seus integrantes para que não venham a sofrer nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos. 8. Aquele que estiver em liberdade, “bem estruturado”, mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, será condenado à morte, sem perdão. 9. Os integrantes do “Partido” têm que dar bom exemplo a ser seguido e, por isso, o Partido não admite que haja: assalto, estupro e extorsão dentro do sistema. 10. O “Partido” não admite inveja, calúnia, egoísmo, difamação, mas sim, a fidelidade, a hombridade, solidariedade ao interesse comum ao bem de todos, porque somos um por todos e todos por um. 11. Todo integrante terá que respeitar a ordem e a disciplina do “Partido”. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do “Partido”. 12. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração “anexo” à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a “Liberdade, a Justiça e Paz”. 13. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la. 14. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões. 15. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração “anexo” à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atrozes. 16. Partindo do Comando Central da Capital do QG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final. 17. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror “dos Poderosos” opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangui I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros. Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido (“Paz, Justiça e Liberdade”).

O *paradigma da rede*, se trata do entrelaçamento dos diversos grupos da criminalidade organizada que foram surgindo, permitindo uma certa reunião entre os diversos grupos com relações mais folgadas entre as associações, mediante acordos temporários dos grupos aliados baseados na reciprocidade de fornecimento entre si de mercadorias ilícitas (drogas, armas, munições). Nesta configuração da criminalidade organizada, a hierarquia é menos rígida e pode existir a figura de um intermediador, que é a pessoa que possui contato com ambos os grupos. A liderança é exercida pela reunião dos membros dos diversos grupos, que estabelecem diretrizes para compartilhamento de rotas e estratégias. Ora existe a cooperação entre os grupos, ora a concorrência de mercados, não havendo a hierarquia entre estes (relação vertical), mas sim relação horizontal (BALTAZAR JR, 2010, p. 107-109).

Esta forma de configuração do crime organizado revela-se muito presente atualmente, diante dos fenômenos da globalização, mediante a encomenda e transporte de mercadorias de um país para o outro ou de um Estado para o outro de um mesmo país.

No Brasil, observa-se a presença de tal configuração do crime organizado entre os integrantes do Primeiro Comando da Capital e os traficantes paraguaios (nas fronteiras com Foz de Iguazu e Ponta Porã), colombianos e bolivianos. Ainda, nas relações entre o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho.

O *paradigma empresarial* da criminalidade encontra-se inserido no âmbito do modelo de economia capitalista, quando houve a necessidade da racionalização da atividade econômica ilícita desenvolvida pelos grupos criminosos. Sem embargos, neste modelo de criminalidade há uma mistura de atividades lícitas e ilícitas em alguns casos, havendo uma confusão e entrelaçamento entre legalidade e ilegalidade, de forma que se dificulta a identificação dos autores do crime, bem como a questão probatória da prática criminosa. Neste tipo de criminalidade organizada, observa-se a ocupação de uma posição social privilegiada dos autores das condutas criminosas, os quais por vezes possuem imunidades no sistema penal.

Diante do fenômeno da globalização, observa-se a utilização do modelo empresarial pela criminalidade organizada, que se vale de empresas constituídas juridicamente para práticas ilícitas, tais como a lavagem de dinheiro, no intuito de inserir no mercado os lucros advindos da prática criminosa da associação, dando aparência de legalidade. Tal modalidade de organização criminosa pode ser constituída de três formas: mediante empresas criminosas propriamente, criadas de antemão para fins ilícitos; empresas regularmente constituídas no âmbito da qual passam a ser cometidos crimes de forma sistêmica, concomitantemente com a atividade lícita (crimes ambientais,

crimes tributários, crimes contra o sistema financeiro etc); e empresas de “fachada”, que são aquelas constituídas para operar a lavagem de dinheiro, por meio de interpostas pessoas (“laranjas”). Neste sentido a lição de BALTAZAR JR (2010, p. 114-115):

Dentro do *paradigma empresarial* de criminalidade organizada, incluem-se: a) empresa criminosa propriamente dita, no sentido de empresa constituída já de antemão com fins ilícitos, cujos titulares são pessoas interpostas e que se dedica sistematicamente a crimes como sonegação, descaminho, contrabando, falsificação de mercadorias, etc; b) empresa regularmente constituída no âmbito da qual passam a ser cometidos delitos de forma sistemática, como sonegação fiscal, crimes ambientais ou financeiros, ainda que mantenha, paralelamente atividade regular e lícita; c) a *empresa de fachada*, constituída para acobertar as atividades criminosas em si ou permitir a lavagem de dinheiro do proveito econômico obtido em outros crimes, comumente colocadas em nomes de pessoas interpostas ou *laranjas*.

No Brasil, tal modelo *empresarial* de criminalidade organizada foi muito utilizada pelas empresas *offshores* investigadas na “Operação Lava Jato”. Tais empresas, cuja tradução do inglês significa “afastado da costa”, tratam-se de pessoas jurídicas abertas no exterior (“paraísos fiscais”), locais onde existem melhores condições para sua instituição e funcionamento, bem como baixa fiscalização. Demonstrou-se no âmbito da “Operação Lava Jato” que diversas *offshores* foram criadas em países cujas leis dificultavam a punição de crimes e os beneficiários dos lucros. Com efeito, quando utilizada para práticas ilícitas, tais empresas são criadas em nome de “laranjas”, que outorgam poderes de gestão aos verdadeiros donos, que podem ser agentes públicos corruptos, empresários donos de empresas vencedoras de licitações superfaturadas, entre outros. Trata-se de empresa de “fachada”, eis que de fato nunca desenvolveu atividades negociais no exterior, sendo o “paraíso fiscal” apenas usado para formalizar a criação da empresa, mediante fornecimento de endereço e local do seu suposto funcionamento.

No *paradigma empresarial* se encontram inseridos os famosos “crimes de colarinho branco”, os quais por muitas vezes envolvem empresários donos de grandes multinacionais, como exemplo, as construtoras investigadas e processadas no âmbito da “Operação Lava Jato”: Odebrecht, OAS, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, UTC Engenharia, Engevix, IESA Óleo e Gás, Toyo Setal, Mendes Júnior, Galvão Engenharia, entre outras. Envolvem, ainda, políticos do alto escalão.

O *paradigma endógeno* ou *institucional* é a configuração da criminalidade organizada no âmbito interno do poder público. Os criminosos estão dentro do poder estatal, valendo-se de tal situação para obterem vantagens ilegais. Encontra-se extremamente ligado aos crimes de corrupção em sentido amplo, abrangendo os delitos de corrupção passiva, peculato, concussão, fraudes em licitações, tráfico de influência, advocacia administrativa entre outros.

Corrupção significa nesses termos e, portanto, de forma direta, a debilidade do Estado de Direito em razão de condutas ilegais ou imorais que correm interesses públicos em favor de interesses privados. [...] trata-se, pois, do uso abusivo do Poder Público para benefício privado, [...] debilitando o funcionamento dos órgãos vitais de um Estado. Com isso, sofre e padece a coletividade diante da prevalência de interesses egoisticamente particulares e, desse modo, privados, em detrimento da preservação dos interesses sociais (PEREIRA, 2015, p. 45).

No Brasil, podemos citar como exemplo do *paradigma endógeno* ou *institucional*, além dos crimes investigados, processados e punidos no âmbito da “Operação Lava Jato”, que também se enquadram neste modelo de criminalidade organizada, os crimes investigados, processados e punidos no âmbito do processo do “Mensalão”.

Além destes, temos no nosso país também como exemplo do *paradigma endógeno* as chamadas *milícias*, que são grupos de policiais ou militares que invadem favelas e comunidades carentes, passando a controlar os serviços ali existentes mediante a extorsão dos moradores para que tenham serviços básicos, tais como segurança, fornecimento de gás, TV a cabo, transporte alternativo, entre outros.

2 CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E REQUISITOS PARA A SUA CONFIGURAÇÃO

Nos termos da Lei 12.850/2013, organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo de maneira informal, com a finalidade de conquistar qualquer tipo de vantagem, por meio de prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Partindo de tal dispositivo legal, temos os seguintes elementos formadores do conceito de organização criminosa: a) grupo de 04 (quatro) pessoas ou mais; b) estrutura organizada; c) definição de funções; d) finalidade

de lucro ou qualquer vantagem ilícita; e) prática de crimes com pena superior a 4 anos; f) ou de infração penal de caráter transnacional.

Para a configuração do delito, exige-se pluralidade de pessoas, mediante reunião de esforços e vontades. Assim, nos termos da lei, é necessária a reunião de 04 (quatro) ou mais pessoas, número mínimo de indivíduos para a configuração deste delito. Tal requisito numérico é criticado, sendo considerado um retrocesso em relação à antiga Lei 12.694/2012, que exigia no mínimo 03 (três) pessoas. Trata-se de um crime de concurso (de agentes) necessário.

Ainda, exige-se a presença de uma estrutura minimamente organizada, cuja conceituação, conforme assinala MASSON (2018, p. 57), pode ser abstraída da Convenção de Palermo, no seu art. 2º para a qual a expressão grupo estruturado significa *“grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”*.

Neste tópico, vem a calhar os ensinamentos de BALTAZAR JR (2010, p. 126):

A organização do grupo, também mencionada como estrutura ou planejamento, por vezes acompanhadas do adjetivo empresarial ou a adoção de estruturas empresariais corresponde a uma racionalização de atividades criminosas que tem por fim a eficiência e o lucro a ser maximizado, em especial pelo planejamento e também por outros traços próprios das organizações empresariais, diminuindo-se os riscos e os prejuízos. Em outras palavras, há uma profissionalização da atividade criminosa, que não é vista como algo eventual ou súbito, mas como uma atividade cuidadosamente planejada, de modo sistemático, e adotada como meio de vida.

Quanto à definição das funções, observa-se que deve haver uma divisão das tarefas a serem realizadas por cada membro da associação, ainda que informalmente, a fim de que seja possível a atribuição do *status* de autor do delito, mediante individualização de condutas. Ademais, tais membros não precisam necessariamente praticarem crimes para fazerem parte da organização, basta que possuam funções definidas em seu âmbito (por exemplo, realizar a contabilidade dos lucros da organização criminosa). Conforme salienta MASSON (2018, p. 58-59):

As atividades da organização devem ser marcadas pela divisão de tarefas, característica fundamental da **teoria do domínio funcional do fato**. Por meio desta basta que haja “a reunião dos autores, cada um com o domínio das funções que lhe foram previamente atribuídas para a prática do delito”, sendo

desnecessário que todos venham a executar propriamente os delitos para os quais a organização foi formada.

Quanto à finalidade, é requisito para a constituição da organização criminosa a obtenção de vantagem ilícita de qualquer natureza.

É ponto unânime na doutrina o reconhecimento do fim lucrativo como característica do crime organizado, que já foi chamado de *crime-negócio*. [...] O móvel de lucro não é, porém, privilégio das classes baixas, sendo também traço comum das organizações criminosas a presença de indivíduos de vários estamentos sociais, representando a atividade criminosa para aqueles que já detêm bens a sua manutenção, enquanto para aqueles oriundos das classes baixas a atividade pode representar uma forma de ascensão social. Bem por isso, não se pode afirmar que as organizações criminosas nasçam, necessariamente, em ambientes de pobreza [...] (BALTAZAR JR, 2010, p. 125).

Na maioria dos casos, tal vantagem é econômica, o que, contudo, não descarta as hipóteses de obtenção de vantagens de outras índoles, tais como disputa de poder, conquista de votos, ascensão social ou a cargo, etc. (MASSON, 2018, p. 59). A ilicitude da vantagem é elemento imprescindível para a configuração do delito.

Ademais, outro ponto criticado do conceito de organização criminosa se refere à necessidade de prática de infrações penais com pena superior a 04 (quatro) anos, vez que, conforme salienta MASSON (2018, p. 57) “*não são propriamente os crimes decorrentes da atuação da organização que lhe conferem a condição de macrocriminalidade, pelo seu alto potencial lesivo, mas a organização em si.*”

No tocante a este requisito, existe divergência doutrinária a respeito da possibilidade de contravenção penal (inserida no conceito de infração penal) poder se encaixar neste contexto. Prevalece o entendimento de que não, haja vista não existir contravenção penal com pena superior a 04 anos. Todavia, em sendo infração penal de caráter transnacional, cometida para além da fronteira nacional, tal quantidade de pena superior a 4 anos não é exigida, podendo abarcar tanto crimes quanto contravenções penais.

Em termos doutrinários, temos o desenvolvimento de diversos conceitos de organização criminosa, partindo-se sempre da definição legal, mediante a interpretação de seus termos em conjunto com a finalidade da lei em si.

PEREIRA (2015, p. 31), define organização criminosa como sendo:

[...] agrupamento de um número considerável de pessoas, com caráter de habitualidade, as quais, baseadas no respeito

ao princípio da organização hierárquica e contando com uma estrutura logística e estrutural, próprias de uma corporação empresarial, buscam através da prática de delitos graves e com destacada repercussão social, a obtenção de vantagens econômicas com alta margem de lucratividade (PEREIRA, 2015, p. 31).

MINGARDI (Apud CLEMENTINO, 2018) aponta como características das organizações criminosas “*previsão de lucros, hierarquia, divisão de trabalho, ligação com órgãos estatais, planejamento das atividades e delimitação da área de atuação*”.

Por sua vez, MENDRONI (2015) afirma que:

[...] não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade-, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.

Para além das características legais, há doutrinadores que apontem outras. Por exemplo, SILVA (2003, p. 20) aponta o alto poder de intimidação, por meio de ameaças ou violência. Nas suas palavras:

[...] a prevalência da “lei do silêncio” (a omertà das organizações mafiosas italianas), imposta aos seus membros e a pessoas estranhas à organização, é mantida com o emprego dos mais cruéis e variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza.

Do mesmo modo, CLEMENTINO (2018) acrescenta outras características, tais como o alto poder de corrupção dos agentes públicos, desenvolvimento de atividades de caráter social em favor da comunidade em que moram, uso de tecnologias avançadas, prática de lavagem de dinheiro bem como atividades de grande danosidade social haja vista o uso de ameaças e violência, *verbis*:

[...] Grande poder de corrupção dos agentes públicos: a criminalidade organizada mantém estreitas relações com o

poder público, atuando na corrupção de seus agentes com o fito de garantir a continuidade de seus negócios escusos. Conforme preceitua Conserino: organizações criminosas possuem tentáculos e ramificações na Polícia Militar, Civil, Federal, Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Legislativo, Poder Executivo, órgãos de fiscalização tributária etc. Corrompem para obter sentenças e pareceres favoráveis. Corrompem para obter leis pusilânimes sem comprometimento com a defesa da sociedade. Corrompem para obter lenimento da fiscalização tributária e policial. Desenvolvimento de atividades de caráter social em substituição ao Estado: as organizações criminosas aproveitam-se da inércia estatal, realizando prestações de toda espécie em favor da comunidade que está sob o seu domínio, angariando com tal conduta a simpatia e o respeito dos locais, o que dificulta ainda mais a atuação dos órgãos de persecução penal; Utilização de tecnologia avançada: cada vez mais se verifica o uso de meios tecnológicos sofisticados pela criminalidade organizada, sendo uma decorrência direta do fenômeno de globalização dos meios de comunicação e informação, que permitiu às organizações criminosas expandirem suas atividades criminosas para diversas partes do globo e de forma mais eficaz, dificultando o trabalho dos órgãos de repressão. A prática da lavagem de dinheiro: decorre da necessidade que tem o crime organizado de legalizar os rendimentos auferidos de modo ilícito. Existem inúmeras maneiras de branquear o dinheiro obtido ilegalmente, sendo apontada como principal técnica a “mescla” ou commingling; Grande danosidade à vida em sociedade: o crime organizado possui uma nocividade muito grande, visto que utiliza-se de violência extrema e ameaças, diminuindo a qualidade de vida, cerceando os direitos e garantias fundamentais das pessoas, além de enfraquecer o desenvolvimento econômico.

BALTAZAR JR. (2010, p. 127-145), ainda, aponta as chamadas características não essenciais, porém muitas vezes presentes, nas organizações criminosas. Seriam estas: hierarquia, divisão de trabalhos, compartimentalização, conexão com o Estado por meio de atos de corrupção, clientelismo e infiltração. Ainda, outros elementos encontrados em organizações criminosas destacadas pelo autor acima referido, são exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos, monopólio ou cartel, controle territorial, uso de meios tecnológicos sofisticados, transnacionalidade e obstrução à justiça.

3 GARANTISMO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao estarmos diante de uma nova realidade da criminalidade organizada crescente, necessário se faz o desenvolvimento de pensamentos

jurídicos penais aptos a absorver essa nova realidade, de forma a interpretar as normas jurídicas de acordo com a nova configuração de crimes da sociedade globalizada hodierna.

Neste diapasão, observa-se que a interpretação das normas processuais penais, de acordo com o garantismo penal, deve ocorrer de forma ampla e integral, para salvaguardar não apenas os direitos individuais do acusado de forma monocular e hiperbólica, mas também os direitos fundamentais sociais da coletividade, mormente o direito à segurança pública.

3.1 O GARANTISMO PENAL CLÁSSICO

O grande idealizador do garantismo penal clássico se trata de LUIGI FERRAJOLI, o qual fundamentou seus ensinamentos com base na interpretação da legislação penal e processual penal de acordo com os ditames constitucionais.

O garantismo penal pode ser definido como uma técnica de freio ao poder estatal, que busca determinar referenciais substantivos para a sua limitação. Tais referenciais consistem nos direitos fundamentais, os quais sendo os marcos para o exercício da soberania estatal confere a tal poder sua legitimidade e consolida o que chamamos de Estado Democrático de Direito.

Segundo a fórmula garantista, na produção das leis (e também nas suas interpretações) seus conteúdos materiais devem ser vinculados a princípios e valores estampados nas Constituições dos Estados Democráticos em que vigorem. É dizer: todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas (e também nas suas aplicações), expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito. Em sua construção, as garantias são verdadeiras técnicas insertas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais (todos os grupos de direitos fundamentais) segundo determinado pela Constituição (FISCHER, 2009, p. 4).

FERRAJOLI estabelece três acepções do garantismo penal, quais sejam: a) modelo normativo de direito, que se traduz como uma técnica de minimização da violência estatal quando há o exercício do *ius puniendi*, como forma de tutelar os direitos fundamentais do cidadão; b) teoria jurídica da validade e efetividade das normas, no sentido de que o aplicador da norma jurídica deve fazer esta análise e se abster de aplicar normas inválidas; c) filosofia política que impõe limites ao poder estatal e a justificativa de seu uso com base nos referenciais

substanciais (direitos fundamentais). (CALDAS, 2001, p. 136-137). Nesta última acepção, conforme ressaltado por FISCHER (2015, p. 36) “*o garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a saga da justificação externa conforme bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos*”.

Neste sentido, segundo a teoria garantista, o Estado ao exercer o *ius puniendi* deve se atentar, além do princípio da legalidade, aos seus referenciais substanciais, que se encontram consolidados nos valores contidos no âmbito dos direitos fundamentais. De tal forma, existiria um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, sendo a Constituição, como a carta que estabelece e tutela os direitos fundamentais, o grande referencial do exercício do poder estatal.

A Constituição deve ser reconhecida como a principal garantia da democracia, não só no aspecto formal, isto é, como conjunto de procedimentos e de controles estipulados como garantia da representação e do conexo princípio majoritário, mas também no aspecto substancial, enquanto sistema de direitos fundamentais estipulados contra tentações absolutistas, para garantia da igualdade e das necessidades vitais de todos. (FERRAJOLI, 1996, p. 06)

Conforme os ensinamentos de FERRAJOLI (2002, p. 83), existem dez axiomas que fundamentam o garantismo penal:

O modelo garantista apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

FISCHER (2015, p. 37-38) resume os referidos princípios fundantes do garantismo penal da seguinte maneira:

Os princípios fundantes do *garantismo penal* são os seguintes: **(1) princípio da retributividade** ou sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o expreso reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito penal, contrariamente a visões *abolicionistas*. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a *negação* do abolicionismo |); **(2) princípio da legalidade** : inviável se cogitar a condenação de alguém e

a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; **(3) princípio da necessidade ou da economia do Direito penal:** somente se deve acorrer ao Direito penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito penal; **(4) princípio da lesividade** ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandado que ordene a sua criminalização; **(5) princípio da materialidade;** **(6) princípio da culpabilidade:** a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há de se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; **(7) princípio da jurisdicionalidade:** o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; **(8) princípio acusatório** ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa *unicamente* que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; **(9) princípio do encargo da prova:** ao réu não se deve impor o ônus da prova da sua inocência, pois é a acusação quem tem a obrigação de demonstrar a responsabilidade criminal do imputado; **(10) princípio do contraditório:** sendo inadmissíveis “procedimentos kafkanianos”, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.

Neste contexto, observa-se que o garantismo penal clássico se fundamenta nos direitos fundamentais como um todo, não fazendo uso como referencial apenas e tão somente dos direitos fundamentais individuais, mas também tendo como norte os direitos fundamentais sociais e coletivos.

Para que seja possível essa análise, e contraposição do garantismo penal hiperbólico monocular com o garantismo penal integral, importante trazermos breves noções sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos do homem que possuem seu fundamento nos direitos naturais inerentes a todo ser humano. Com efeito, além da função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). (SILVA, 2001, p. 178)

Segundo FERRAJOLI (2002, p. 727):

Podemos, neste ponto, redefinir os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais se refere aos direitos individuais e na proteção do indivíduo frente ao poder estatal, de forma a delimitar o uso de tal poder. Surgiram no contexto do Movimento Iluminista e em contraposição ao Absolutismo, que concedia poderes ilimitados ao Estado frente ao indivíduo. Tratam-se dos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição, dentro os quais cita-se a liberdade, igualdade, privacidade, legalidade entre outros.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2006, p. 563-564).

Após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assistiu a deterioração do quadro social, sendo marcado por um período de crises econômicas, mudanças sociais e culturais, demandando a consolidação de um modelo de Estado que viesse proporcionar condições mínimas de vida com dignidade. Neste contexto surgem os direitos sociais ou de segunda dimensão.

Com os direitos da segunda dimensão, brotou um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo

a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e valorização da personalidade humana, que o tradicionalismo da solidão individualista, onde se externara o homem isolado, sem a qualidade de teores axiológicos existenciais, ao qual somente a parte social contempla. (IURCONVITE, 2007).

Tais direitos fundamentais se consubstanciam na prerrogativa do indivíduo de exigir do Estado prestações positivas, de forma a garantir os direitos fundamentais de toda a coletividade. Encontram-se dispostos no art. 6º da Magna Carta, dentre os quais podemos citar o direito à saúde, educação, moradia, segurança entre outros.

Já a terceira dimensão dos direitos fundamentais possui como característica ampliar a noção de dignidade humana, reafirmando o caráter universal do indivíduo perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, danos ao meio ambiente, proteção aos consumidores entre outros, na atual sociedade globalizada.

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2006, p. 563-569).

Com efeito, o garantismo penal clássico busca seu referencial em todos os direitos fundamentais, conforme abaixo explicitado pelo próprio LUIGI FERRAJOLI:

A divisão mais importante continua sendo, indubitavelmente, aquela operada entre direitos de liberdade (ou “direitos de”) e direitos sociais (ou “direitos a”): os primeiros correspondentes às vedações legais e prestações negativas; os segundos, as obrigações e prestações positivas do Estado. Tanto os direitos do primeiro tipo quanto aqueles do segundo formam duas

categorias abertas, mesmo, em sentido diverso. Dos direitos de liberdade, aos quais correspondem as vedações legais, não são predetermináveis os conteúdos, mas somente os limites: assim, por exemplo, da liberdade de expressão ou da liberdade pessoal não é possível identificar os infinitos atos de seu exercício, mas apenas os limites (vedação legal de difamar, ou de caluniar, e assim por diante) ou as condições que legitimam as limitações (apenas por ordem motivada da autoridade judiciária, quando ocorram indícios de delito e afins). **Dos direitos sociais, aos quais correspondem a obrigações, são, ao invés, predetermináveis os conteúdos, mas não os limites, sendo variáveis com o tempo, o lugar, a circunstância e, sobretudo, o grau de desenvolvimento econômico e civil, as carências e as expectativas por eles expressas, assim como o seu grau de sofisticação: desta forma, os direitos à instrução, ou à saúde, ou à subsistência, remetem a obrigações de prestações quantitativamente mutáveis, segundo os diversos níveis de vida consentidos em qualquer ordenamento.** Além disso, os direitos de liberdade, como os direitos sociais, formam uma categoria aberta quanto ao número e, de modo parecido, variáveis segundo não só as culturas, mas, também, as ameaças às condições de vida: por exemplo, os direitos à tutela do ambiente foram impostos apenas recentemente, sendo relativamente nova a obra de destruição do planeta que eles aspiram impedir. Em todos os casos, os direitos fundamentais correspondem a valores e a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados. E é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mensurado o progresso. (FERRAJOLI, 2002, p. 733).

Todavia, observamos atualmente um desvirtuamento da teoria garantista clássica, fixando como marco substancial apenas e tão somente, numa visão exagerada e monocular, os direitos individuais do acusado no processo penal, deixando de lado os direitos sociais de toda a coletividade que também merecem e devem ser tutelados, tais como a proteção eficaz dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, no qual se inclui o direito à segurança pública.

3.2 O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR

O garantismo penal hiperbólico monocular trata-se do desvirtuamento do garantismo penal clássico de LUIGI FERRAJOLI, sendo que esta distorção prega que devem ser observados apenas os direitos fundamentais de natureza individual, em favor do acusado, de forma absoluta e exorbitante, tendo como finalidade precípua apenas e tão somente proibir o uso do poder estatal para restringir os direitos fundamentais dos réus no processo penal.

Neste sentido nos ensina FISCHER (2009, p.10-11):

Já de algum tempo tem-se difundido no âmbito jurídico que, na aplicação do Direito penal e do Direito Processual penal, devam ser observados ao máximo os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Estamos de acordo integral mente com tais premissas. Mas insistimos que há alguns equívocos nas premissas e conclusões que se têm tomado com fundamento em ideais garantistas, incorrendo-se – não raras vezes – no que temos denominado de garantismo hiperbólico monocular, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli. Se é possível definir de forma bastante sintética e inicial, a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente os direitos fundamentais (também os deveres fundamentais, dizemos) estampados na Constituição. (...) Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Mas a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses individuais.

Todavia, conforme já demonstrado e exposto acima, a teoria garantista clássica se trata de um modelo normativo de direito que tem como pressuposto a proteção aos direitos fundamentais de maneira ampla e total, abrangendo tanto os direitos fundamentais individuais (ou de primeira dimensão) quanto os direitos sociais e coletivos (ou de segunda e terceira dimensão), devendo a proteção de tais direitos ocorrer de maneira harmônica e integral.

Nesta interpretação distorcida, chamada de garantismo penal hiperbólico monocular, existe a proteção excessiva e exacerbada apenas de um lado da relação jurídica que se forma com a prática de um crime e o processo penal, privilegiando de forma absoluta o acusado em detrimento da vítima e da sociedade abalada com a prática criminosa, demandando apenas a obrigação do Estado de observar os direitos do indivíduo processado em face da atuação do poder público por meio do exercício do *ius puniendi*.

Têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. (FISCHER, 2009, p. 12)

Daí surge sua denominação: a) garantismo penal: eis que se fundamenta na teoria garantista clássica de FERRAJOLI; b) hiperbólico: porque realiza uma interpretação exacerbada, excessiva, exagerada de tal teoria; c) monocular: interpretação apenas e tão somente em favor do acusado, um lado da relação jurídica formada quando ocorre a prática de um crime, deixando de levar em consideração os direitos fundamentais da coletividade atingida pela prática criminosa e da própria vítima. Esse garantismo monocular, segundo PESSI e SOUZA (2017, p. 149)

[...] não é exatamente uma perspectiva da integridade do ordenamento jurídico, mas um ciclope cujo olho monstruoso somente enxerga, no âmbito da justiça criminal, o réu, o criminoso, seus direitos e garantias, como se fossem o todo ao qual cada raciocínio jurídico deve ser proporcional. No Brasil, essa doutrina é ainda mais cega a tudo o que não seja, na seara criminal, a proteção da figura eminente do acusado e do condenado [...] pouco importam as vítimas [...].

Com efeito, a disseminação distorcida propiciada pelo garantismo penal hiperbólico monocular traz consequências desastrosas para a coletividade e para a vítima no processo penal, na medida em que ao realizar uma interpretação exacerbada dos postulados e axiomas do garantismo penal, apenas em favor do acusado, contribui para a impunidade e um indesejável sentimento de insegurança coletivo, vez que a sociedade deixa de ser também considerada titular de direitos fundamentais, essencialmente o direito fundamental à segurança e direito à proteção eficiente de bens jurídicos tutelados pela norma penal, mediante um processo penal equânime.

O processo de degradação da consciência individual e de inversão de valores está na raiz da imensa maioria dos problemas que vivenciamos em nossa sociedade, e, como não poderia deixar de ser, está no âmago da transformação do Brasil em uma das nações mais assassinas do mundo, com índice de mortalidade violenta que supera contextos de guerra declarada e terrorismo militante. “Infelizmente no Brasil, mais mortes são cometidas por criminosos no período de um ano do que em um período de dois anos por terroristas. Contra as quase sessenta mil mortes em um ano no Brasil, observamos que, no dobro do tempo, terroristas internacionais mataram 24.044 pessoas, lesionando outras 19.912, perfazendo um total, entre mortos e feridos, de 43.956 vítimas”. (PESSI e SOUZA, 2017, p. 127)

Esse desvirtuamento do garantismo penal clássico demonstra uma inversão de valores, na medida em que considera que os direitos fundamentais

do acusado da prática de um crime se sobrepõem, de forma absoluta e incontestada, ao direito fundamental de toda a sociedade, de ter a segurança pública assegurada, bem como a proteção dos bens jurídicos proporcionada de forma eficiente pelo Poder Público.

[...] a *Teoria do garantismo* se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito penal. Vale dizer: quer-se **estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade** – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos. Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário quem têm o dever de dar garantia também aos cidadãos (sem descurar da necessária proteção social) diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. [...] o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. (FISCHER, 2009, p.13-14).

Importante ressaltar, neste tocante, que a adoção dessa deturpação do garantismo penal clássico, para o monocular hiperbólico, que enxerga apenas e tão somente as garantias do réu/acusado/processado, acaba por legitimar o que passou-se a denominar de “Bandidolatria”, na expressão cunhada por PESSI e SOUZA na obra “Bandidolatria e Democídio” (2017).

Segundo tais autores, ao tratarmos o acusado como vítima do sistema de justiça criminal (pela violação de suas garantias), estamos chancelando a impunidade e fechando os olhos para a vítima e a sociedade atingida pela prática criminosa. De acordo com esta ideologia,

[...] esta postura de belevolência extremada para com o delinquente acaba numa tendência viciosa para tornar o criminoso mais numa vítima do que num responsável. E isso só tem servido para estimular o crime. O crime multiplicou-se e atingiu índices apavorantes. [...] Não por acaso, o Brasil tornou-se o país mais assassino do mundo. Aqui a mentalidade criminosa floresce de forma exuberante, nutrida, desde muito cedo, pela cultura da impunidade [...]. (PESSI e SOUZA, 2017, p. 35-38)

FISCHER (2009) concorda que a visão do garantismo hiperbólico monocular propicia uma visão parcial do garantismo penal clássico, ensejando a impunidade pela prática de delitos, magistralmente dizendo:

[...] não concordamos com a ideia da prevalência indiscriminada – *prima facie* – somente de direitos fundamentais *individuais* sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem qualquer sopesação e, sobretudo, diante de interpretação literal e gramatical. Se assim for, valorizando-se e difundindo-se apenas e *parcialmente* a teoria *garantista* – o que denominamos de *garantismo hiperbólico monocular* –, melhor deixar de lado a proposta de $\frac{1}{2}$ *calabresa*, $\frac{1}{2}$ *garantia fundamental* e pedir desde já *uma inteira* com sabor único de impunidade.

Neste diapasão, a teoria garantista, diferentemente de sua interpretação hiperbólica monocular, deve ser interpretada de maneira integral, eis que visa proteger tanto os direitos fundamentais individuais quanto os coletivos, na medida em que visa imunizar o indivíduo (acusado) de investidas abusivas por parte do poder público da mesma forma com que dotar o cidadão de prerrogativa de exigir ações do poder estatal que lhe garantam segurança no convívio social e proteção eficiente dos bens jurídicos que são violados diante da prática de um crime.

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. (MASSON, 2016, p. 56)

3.3 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

O garantismo penal integral, terminologia idealizada por DOUGLAS FISCHER, se trata de uma interpretação mais fidedigna ao garantismo penal clássico, de forma que considera que não apenas os direitos individuais dos acusados no processo penal devem ser observados, mas também os direitos da coletividade, que se revelam pela proteção eficaz dos bens jurídicos tutelados pela norma penal (vida, integridade física, patrimônio entre outros), como também os direitos sociais (segurança pública, saúde coletiva, etc).

Em doutrina e jurisprudência tem-se difundido os ideais garantistas sem que se análise pelo menos de um modo minimamente

dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo penal* e, ainda, o que seria o *garantismo* em si, É a *íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) o que pretendemos que seja aplicada (porque assim a Constituição determina) e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu *integral* pensamento). Daí que, em texto de algum tempo, ousamos *criar* a expressão *garantismo penal integral* como forma de demonstrar que, sendo o *garantismo* nada mais do que a visão atual do *constitucionalismo*, há de se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de *todos os direitos e deveres* existentes no corpo da Carta Maior e não apenas os direitos fundamentais *individuais* (de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente. (FISCHER, 2015, p. 33-34)

O renomado autor, idealizador do *garantismo penal integral* (FISCHER, 2015, p. 34), demonstra que a sua interpretação do *garantismo penal (integral)* é a pregada por LUIGI FERRAJOLI, na medida em que este foi questionado, numa situação, a respeito da efetiva punição dos casos de tortura e perseguição política ocorridos durante a Ditadura Militar no Brasil. FERRAJOLI, indagado a respeito da conformação da teoria garantista por ele desenvolvida (*garantismo clássico*) com a pretensão de punir os crimes cometidos nesta época, considerando a fluência do prazo da prescrição, respondeu que a teoria garantista clássica deve ser usada também como mecanismo para exigir uma ação do Estado, para que não haja ausência de punição, desprotegendo a sociedade. Neste sentido, conclui FISCHER (2015, p. 34) que:

[...] o *garantismo* defendido por ele traz em seu bojo, à luz de (todos os) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a *obrigação* de o Estado agir para punir, eficazmente, os autores dos crimes desta natureza, não podendo ser invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais. Sem avançar aqui na peculiaridade dos casos retromencionados, o fato é que Ferrajoli reiterou em terras brasileiras a visão muito firme (e correta) de que o *garantismo* efetivamente não é um instrumento (como aqui difundido) exclusivamente para *evitar* a ação do Estado.

No mesmo sentido a lição de MENDONÇA (2015, p. 201-202):

Partimos assim, do pressuposto de que, ao lado das garantias penais e processuais penais do acusado, expostas na teoria de

Ferrajoli, surgem outros bens jurídicos da sociedade que devem ser igualmente tutelados pelo Processo penal, em decorrência de mandamentos de proteção estipulados no próprio ordenamento constitucional, reforçados por Tratados Internacionais firmados pelo Brasil. Ainda que concordemos com a ideia de ser função do Processo penal a instrumentalidade garantista²²⁸, parece-nos incompleta a visão geralmente difundida, pois dá demasiada relevância a um dos aspectos – muito relevante, diga-se de passagem - e deixa de considerar outros que, a nosso sentir, devem ser resgatados. Como dissemos, ao lado das garantias do acusado, há outros bens jurídicos que devem ser protegidos e igualmente são merecedores de tutela. [...] Em outras palavras, não se deve verificar o garantismo apenas no âmbito do indivíduo, fortalecendo-o de tal maneira a anular os outros aspectos, de sorte a criar um hipergarantismo em detrimento dos demais interesses da sociedade. [...] O que defendemos é que o garantismo não pode se focar somente em um dos aspectos da “balança”, ou seja, não se pode exaltar em qualquer situação o direito de punir nem se pode interpretar as garantias do acusado como um objetivo único a ser perseguido, menosprezando os interesses legítimos da sociedade, também tutelados no ordenamento constitucional. Urge, portanto, que seja estabelecido um garantismo integral, buscando um equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado a aplicação de suas garantias fundamentais e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutório para a segurança social, com o intuito de proteger os demais interesses sociais tutelados.

De tal forma, a visão integral do garantismo penal propugna que sejam observados os dois lados da relação jurídica no processo penal: o lado do acusado, que deve ter suas garantias constitucionais asseguradas, como também a sociedade atingida pelo crime e a própria vítima, representadas pelo Estado na figura do órgão investigador e acusador (Polícia e Ministério Público).

Neste diapasão, assevera MENDONÇA (2015, p. 197-198):

[...] o poder punitivo estatal traz consigo o interesse de toda sociedade em esclarecer uma conduta criminosa que violou os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e, em caso de condenação, executar essa sanção, de maneira efetiva e tempestiva, ou seja, inclui o direito á verdade – não absoluta, mas dentro dos parâmetros constitucionais e sob um juízo de probabilidade – e à efetividade como corolários da proteção aos direitos fundamentais estabelecida no próprio texto constitucional. Esses direitos são complementados pelo direito

²²⁸ Neste aspecto, a expressão “instrumentalidade garantista” se refere ao *garantismo penal hiperbólico monocular* exposto no presente trabalho.

à razoável duração do processo, de interesse de “todos”, como afirma o próprio preceito constitucional, isto é, tanto do acusado, dos sujeitos processuais e da própria sociedade. [...] Assim, o Estado, representado pelo Poder Judiciário, tem o dever de proteger esse direito à tutela jurisdicional efetiva, conferindo a melhor interpretação para que se busque assegurar para que o direito de punir seja efetivamente cumprido, sem prejuízo, sempre, de garantir os direitos do réu.

Esta interpretação integral dos postulados garantistas é a que demonstra que, em certos casos, como no caso de crimes cometidos por organizações criminosas, alguns direitos fundamentais dos acusados devem ceder espaço ao direito à segurança pública e coletiva, de forma que os direitos fundamentais individuais do acusado não sejam usados como verdadeiro “escudo” para suas práticas delituosas, sob pena de proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados pela norma penal e, conseqüentemente, a impunidade a crimes graves.

Neste aspecto, relativizam-se alguns direitos fundamentais, tais como a privacidade, intimidade, o direito a não-autoincriminação e ao juiz natural, para que sejam usados por parte do Poder Público mecanismos de repressão capazes de dismantelar práticas delituosas promovidas por organizações criminosas, tão deletérias ao convívio social. Sobre tal necessidade, discorre MASSON (2017, p. 10-11):

É fundamental que o direito e o processo penal tenham maior efetividade no enfrentamento da criminalidade moderna. E isso não representa em hipótese alguma um discurso autoritário, arbitrário, como tende a entender certa parcela da doutrina, que, de forma generalizada, tacha de ‘neonazistas’, de defensores do movimento da lei e da ordem, do direito penal do inimigo, de antidemocráticos, de filhotes da ditadura etc todos aqueles que advogam a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de criminalidade grave, e isso quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Essa postura preconceituosa e antidemocrática de certa parcela da doutrina revela um comportamento típico de quem foi acometido, pode-se dizer, pela ‘síndrome de Alice’, pois mais parece viver num ‘mundo de fantasia’, com um ‘direito penal da fantasia’, em um mundo no qual não existem terroristas, nem organizações criminosas nacionais e internacionais a comprometer as estruturas dos próprios Estados e, por conseguinte, o bem-estar da coletividade (...).

Assim, para combater de forma eficaz os delitos cometidos por organizações criminosas, nossa legislação permite a quebra do sigilo das

comunicações telefônicas, do sigilo fiscal, bancário e financeiro, a colaboração premiada, gravação ambiental, ação controlada, infiltração de agentes policiais e a formação de um júízo colegiado para julgamento de organizações criminosas.

3.4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

O garantismo penal integral se coaduna com os postulados do Princípio da Vedação da Proteção Deficiente ou Insuficiente, segundo o qual o sistema de persecução penal deve dar uma resposta penal quando violado os bens jurídicos protegidos, sem excessos, contudo, de forma eficiente, sob pena de tornar a sociedade desprotegida e indefesa.

Esta concepção, segundo BALTAZAR (2010, p. 49-50) enxerga que os direitos fundamentais devem ser resguardados não apenas de fontes de agressão provenientes do poder estatal, mas também de outras origens de agressões, como por exemplo, a prática de crimes por organizações criminosas. Nas suas palavras:

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão a direitos fundamentais não provêm, exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesa contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais. (BALTAZAR, 2010, p. 49-50)

Essa concepção se conforma com o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, que para além de sua função de defesa (função negativa), no sentido de limitar os excessos e abusos estatais, carregam uma função positiva no sentido de possuir um conteúdo de mandados de proteção dos direitos fundamentais. Daí decorre o Princípio da Vedação da Proteção Deficiente ou Insuficiente (BALTAZAR, 2010, p. 52).

MASSON (2016, p. 56) leciona sobre a vedação da proteção deficiente:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-crimeal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. (MASSON, 2016, p. 56)

ALEXY (2015, p. 450) reconhece a existência do referido princípio:

Por direitos de proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas.

De tal modo, o embasamento do garantismo penal integral, o qual prega que não apenas os direitos individuais dos acusados no processo penal devem ser observados, mas também os direitos da coletividade, que se revelam pela proteção eficaz dos bens jurídicos tutelados pela norma penal (vida, integridade física, patrimônio entre outros), como também os direitos sociais (segurança pública, saúde coletiva, etc) propugna que deve haver uma proteção efetiva dos bens jurídicos agredidos pela prática de crimes, otimizando o princípio da vedação à proteção insuficiente.

Tal proteção ocorre tanto por intermédio de uma persecução penal efetiva (investigação, processo e execução), célere e que não termine em impunidade, quanto por meio de leis que contenham mecanismos aptos para tanto. Neste sentido a lição de BALTAZAR:

Com isso, os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção de bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros, não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida (BALTAZAR, 2010, p. 53-54).

BARROSO (2009, p. 379) aborda tal princípio como sendo corolário do princípio da proporcionalidade, na medida em que o poder estatal tem o dever de resguardar direitos fundamentais da coletividade na perspectiva de bens jurídicos, violando-o caso peque na sua proteção eficiente:

(...) o direito penal atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes,

como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação e delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência.

Importante ressaltar que o princípio da vedação à proteção deficiente não está em desacordo com o princípio da proibição do excesso, na medida em ambos os princípios se complementam numa relação de simbiose, conforme ressaltado por BALTAZAR (2010, p. 60-61):

[...] a concepção objetiva dos direitos fundamentais, no particular ponto de vista da proibição do excesso, não está em conflito com a proibição do excesso ou com os direitos fundamentais como direitos de defesa, tendo, ao contrário, efeito de confirmação destes últimos, cuja existência não elimina a necessidade dos direitos e deveres de proteção. Os direitos de defesa são, então, protegidos por meio dos deveres de proteção, que servem para uma “intensificação de sua força de validade”. [...] A colisão entre os direitos de defesa e direitos de proteção poderá ocorrer, no entanto, no momento de sua aplicação a casos concretos, sem que daí decorra uma incompatibilidade entre os dois conceitos. Impõe-se, em tais casos, que representam uma colisão de direitos fundamentais, a ponderação, em busca da concordância prática.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de tal princípio em sede penal e processual penal em prol da sociedade, julgamento do qual participou a Ministra ROSA WEBER:

QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO penal E PROCESSUAL penal. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE

E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. **FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO penal INSUFICIENTE.** 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. **6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do *Parquet* e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*.** **7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.** 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento

jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (STF, RE 966177 RG-QO, 2017, grifo nosso).

No corpo do julgado acima, há a constatação de que pode ocorrer a proteção deficiente da sociedade, caso normas processuais penais não existam para tutelar juridicamente bens jurídicos essenciais, como no caso de normas que prevejam mecanismos de investigação diante da prática de crimes cometidos por organizações criminosas, por exemplo. Confira-se:

[...] a necessária e suficiente proteção a direitos fundamentais pode ser efetivada por meio de normas processuais, daí decorrendo, logicamente, que a deficiência de proteção também pode advir de uma ordem jurídica processual que não tutele adequadamente esses direitos. [...] A despeito do Direito penal ser regido pelo cânone da intervenção mínima, atuando como *ultima ratio*, é imprescindível que todos os instrumentos jurídicos que lhe são inerentes preencham as condições mínimas para alcançarem o fim último de resguardarem os bens jurídicos que se propõem a proteger. Sendo assim, se o legislador atua de forma a criar situações de proteção deficiente de direitos fundamentais, **o intérprete pode intervir para formular regime jurídico de melhor proteção, extraindo-o diretamente de tais direitos, uma vez que a eficácia dos direitos fundamentais é direta e a sua aplicabilidade é imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal).** (STF, RE 966177 RG-QO, 2017, grifo nosso)

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do qual participou a Ministra ROSA WEBER, também já reconheceu tal princípio, trazendo à tona o dever do órgão jurisdicional em atuar como guardião dos direitos da sociedade-vítima:

“O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente **impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais** protegidos pelo direito penal

(art. 5º, XXXV, e art. 144 da CF/88). 4. **O Juiz tem o dever de atuar, inclusive pelo seu papel de guardião dos direitos da próxima vítima.** Do contrário, uma distração do órgão acusatório ou da autoridade policial tornaria compulsório o relaxamento da custódia mesmo em face de casos extremamente graves. Nada do que seja absurdo pode ser razoável interpretação do direito.” (STF ARE 1320606 AgR, 2021, grifo nosso)

MENDES (1999, p. 141-142) também leciona sobre tal princípio:

“[...] os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”. MENDES (1999, p. 141-142)

Neste propósito é que visualizamos a existência da Lei 12.850/2013, a qual, segundo seu art. 1o, *“define organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”*, no sentido de promover uma proteção efetiva aos direitos fundamentais violados com a prática de crimes. Esta lei contém mecanismos para uma persecução penal que relativiza direitos fundamentais individuais do investigado/acusado, como forma de promover a proteção suficiente dos direitos e bens jurídicos da coletividade, violados com a prática de crimes.

Isto porque, a quem incumbe o dever de proteção é ao Estado, mediante o exercício dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário). BALTAZAR (2010, p. 63) assevera:

O destinatário do dever de proteção é o Estado, no conjunto de suas funções ou poderes, sendo o legislador o destinatário principal, incumbindo-lhe a tarefa de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário o instrumental legislativo para a atuação contra os atentados ou exposição de perigo de direitos fundamentais,

reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio de lei, de modo que a administração e o judiciário possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção. (BALTAZAR, 2010, p. 63)

Neste contexto, deveras significativo abordar que a interpretação judicial das normais penais e processuais penais, dada pelo garantismo hiperbólico monocular, propugnando apenas a proibição do excesso e defesa dos direitos fundamentais individuais do acusado, pode acarretar na proteção insuficiente de outros bens jurídicos envolvidos, pertencentes à coletividade. BALTAZAR (2010, p. 64) aborda tal questão:

[...] viola o dever de proteção não apenas o legislador omissor, mas também o juiz que dá a legislação interpretação que não assegure a proteção, como aquela que leva a um completo esvaziamento ou impossibilidade de aplicação de normais penais e processuais penais, até mesmo no exercício judicial dos poderes de direção do processo [...].

3.5 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA MEDIANTE PROTEÇÃO EFICIENTE DOS BENS JURÍDICOS

A população possui o direito fundamental à Segurança Pública, disposto no art. 6º e art. 144 da Constituição Federal. Tal direito é otimizado na medida em que é proporcionada, pelo Estado, a proteção suficiente e eficiente de seus bens jurídicos violados diante da prática de um crime. É o “*direito de viver sem medo*” (BALTAZAR, 2010, p. 68), diante da investigação, processo e punição efetiva àqueles que cometem crimes.

FISCHER (2009, p. 3), discorre sobre tal perspectiva:

[...] significa que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há realmente novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos (integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista (FISCHER, 2009, p. 3).

Consoante alhures já mencionado, na perspectiva da teoria garantista, objetiva-se estabelecer uma imunidade – e não impunidade - dos cidadãos

contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos vulneráveis mediante a observância das “regras do jogo” para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos, conforme muito bem ressaltado por FISCHER (2009, p. 5). Nas suas palavras:

[...] o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. (FISCHER, 2009, p.6)

Em outra obra, FISCHER (2019, p. 190-191) muito bem explicita essa colisão entre os direitos fundamentais individuais do acusado e o direito fundamental à segurança da coletividade, asseverando que:

Não se pode negar que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (segurança social, derivada diretamente do fundamento constitucional da cidadania) e da efetividade do Poder Jurisdicional em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, as que regulam o Direito Penal). O sopesamento para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado. Não se olvide, uma vez mais: encontra-se estampado (inicialmente) no art. 5º, CF, que devem ser garantidos pelo Estado a todos os cidadãos o direito – dentre outros - à segurança. Aliás, é inerente à cidadania (direito fundamental individual e coletivo) que haja ação do Estado para a garantia de todas as circunstâncias que derivem dela na sua máxima potência possível. Mais: está explícito no art. 6º, CF, que (também) se enquadra dentre os direitos sociais o direito fundamental à segurança. Em complemento, colhe-se do art. 144, CF, que a segurança pública – ao tempo em que se constitui em direito de todos – é um dever fundamental do Estado, que deve exercer suas funções para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Estes dispositivos possuem altíssima carga valorativa ao intérprete constitucional, e estão direcionadas para todos os poderes, inclusive o Judiciário, que, na aplicação dos direitos fundamentais (todos, individuais e sociais!), deverá levar em consideração a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade.

Neste aspecto, importante diferenciar o direito à segurança em seu sentido objetivo e subjetivo. O lado objetivo se traduz como o dever estatal de proteger a população de riscos e perigos efetivos mediante a confiança da coletividade de que haverá a proteção diante de uma agressão de terceiros. Já o sentido subjetivo se revela ao aspecto interno dos cidadãos, de viver sem medo (BALTAZAR, 2010, p. 187-188).

Em tal âmbito se encaixa o dever do Estado de garantir a proteção da população mediante o combate de organizações criminosas, na medida em que os crimes cometidos por tais organismos estruturados são graves e provocam uma sensação de insegurança social. BALTAZAR (2010, p. 188) afirma que *“a criminalidade, em especial a grave e organizada, provoca, efetivamente, uma sensação de insegurança”*.

BENDA (1984, p. 6-7) discorre que:

Um dos efeitos da criminalidade é o *medo do crime*. [...] A política não deve simplesmente aceitar esses medos. Ela tem na democracia representativa, na verdade, um papel de liderança. (...) A política deve lidar com os medos na população, criar confiança nela com um trabalhoso e intenso processo de convencimento, de modo a ligar o cidadão ao Estado. Se isso não funcionar, o Estado e a Constituição estão em sério perigo. Medos são maus conselheiros na Política. Ignorá-los significa geralmente fortalecê-los. Medos levam à falta de orientação, perda de confiança e falta de paz. (*Apud* BALTAZAR, 2010, p. 188)

Um dos fundamentos do direito fundamental à segurança, que deve ser assegurado pelo poder estatal, se deve ao fato de que o Estado possui o monopólio da força, da mesma forma em que proíbe a autotutela. Diante de tal situação, na medida em que o Estado assume o dever de proteção dos bens jurídicos (vida, liberdade, honra, propriedade, meio ambiente etc), sua omissão caracteriza quebra nesta confiança, bem como na proteção deficiente da sociedade (BALTAZAR, 2010, p. 191).

De tal modo, a efetividade do exercício do monopólio da força pelo Estado, enquanto proibidor da autotutela, necessariamente reflete na demonstração ao agressor e à população de que é necessária a observância das normas estipuladas ao convívio social, que repercutirá em restrições a direitos individuais do acusado (que não são absolutos), como forma de assegurar o equilíbrio da convivência em sociedade e a paz, bem como salvaguardar a segurança da coletividade, mediante a efetiva proteção dos bens jurídico (FISCHER, 2019, p. 182).

Nesta linha de pensamento, KLEIN (1994, p. 1636) ressalta:

A renúncia ao direito dado pela natureza de defender os seus bens jurídicos somente tem sentido para o indivíduo se ele é

protegido pelo Estado. A garantia da segurança é condição da sujeição. Somente a proteção do Estado legitima a existência de renúncia à prática da violência privada: *protectio trahit subjectioem – subjectio trahit protectionem*. O dever estatal de proteção é consequência, então, da necessidade de garantir a paz. Se o Estado não garante a proteção, ele não dá segurança, com o que aparece o perigo de que os indivíduos, ameaçados na existência de seus bens jurídicos, cuidem dos seus próprios “direitos”. (Apud BALTAZAR, 2010, p. 191)

Diante deste quadro, decorre o dever estatal de garantir a segurança da população, não apenas mediante a prevenção da prática de crimes, mas também através da efetiva punição àqueles que cometem delitos. Neste sentido, o art. 144 da Constituição Federal dispõe que “*A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”, de forma que o direito fundamental à segurança pública revela-se como uma obrigação positiva, passível de exigência do poder estatal, quando ocorre a violação da ordem jurídica e vulneração da ordem pública, por meio da prática de delitos.

Segundo ressaltado por BALTAZAR (2010, p. 195), na nossa Constituição Federal, o direito à segurança é previsto tanto na acepção de proteção aos bens jurídicos dispostos no art. 5º (referentes à vida, liberdade, igualdade, propriedade, entre outros), quanto na previsão das competências legislativas, ao dispor que cabe à União legislar sobre direito penal e processo penal, e concorrentemente com os Estados, sobre direito penitenciário e organização das polícias civis, enquanto órgão que exerce o papel de polícia judiciária, tendo como função precípua a investigação de crimes.

Da mesma forma que é previsto o dever do legislador em proteger bens jurídicos, mediante legislação neste tocante, vislumbra-se também a importância do Poder Judiciário em realizar tal proteção, através do devido processo legal, célere e eficaz, de modo a evitar a impunidade e garantir a ausência de medo da população diante da criminalidade desenfreada. De acordo com os ensinamentos de FISCHER (2019, p. 177):

Sendo imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), cumpre ora referir que o dever de garantir segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros (segurança pública lato sensu), mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição (efetiva e eficaz) do responsável (segurança efetiva dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente).

Neste diapasão, exsurge a necessidade de previsão legal de mecanismos aptos a combater os crimes praticados por organizações criminosas, como forma de salvaguardar o direito fundamental à segurança, garantindo ao cidadão a confiança de que o Estado irá desempenhar sua função enquanto instituição detentora do monopólio da força, bem como assegurando que a população viva sem medo.

Tais mecanismos encontram-se previstos nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/2013, que servem para garantir uma efetiva repressão e punição para os crimes praticados por organizações criminosas. Muitos de tais mecanismos acabam entrando em colisão com alguns direitos fundamentais individuais dos acusados, os quais devem ser relativizados diante do dever estatal de garantir a segurança, no seu aspecto objetivo e subjetivo, à coletividade.

Em tal aspecto, discorre FISCHER:

[...] os direitos fundamentais dos investigados devem ser preservados, insistimos que eles não são absolutos. Podem ser relativizados se presente(s) no caso concreto outro(s) valor(es) constitucional(ais) relevante(s) em sopesamento. É a decantada questão da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), se bem compreendida. Há se ter em mente que, se o Estado não pode agir com excessos injustificados (não pode mesmo!) em detrimento do cidadão (übermassverbot, segundo expressão de Canaris – ou também hodiernamente denominado de garantismo negativo), também não pode deixar de considerar que há imperativos constitucionais que obrigam o Estado proteger a sociedade das práticas delitivas (FISCHER, 2009, p. 8).

Neste diapasão, inovando na perspectiva de garantir ao órgão jurisdicional a imparcialidade necessária para o proferimento de condenações contra integrantes de organizações criminosas, sem receios de ameaças e intimidações, adveio a Lei 12.694/2012 com o mecanismo de julgamento por órgão colegiado, que será abordado a seguir.

4 O JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO COMO GARANTIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

A nova realidade de criminalidade em âmbito mundial, que demonstra um sofisticado nível de organização e estruturação, demanda a existência de mecanismos aptos ao seu combate, bem como a elaboração e interpretação das normas jurídicas de acordo com a nova configuração de crimes da sociedade globalizada hodierna.

Importante destacar que tais instrumentos usados para o combate às organizações criminosas, por vezes, entram em colisão com direitos fundamentais individuais dos investigados/acusados, de forma que a interpretação das normas do nosso arcabouço legislativo deve ocorrer de acordo com os ditames do garantismo penal integral, observando-se na ponderação dos interesses em jogos, também, o direito à segurança da coletividade.

Trata-se de uma previsão normativa que dispõe acerca da possibilidade do juiz singular inicialmente competente para analisar um caso envolvendo organização criminosa, convocar a formação de um colegiado, diante de hipótese de intimidações e ameaças, visando diluir a responsabilidade jurisdicional.

A Lei 12.694/2012, que prevê tal mecanismos jurídico, foi batizada de “Lei Patrícia Acioli”²²⁹, em referência ao assassinato da magistrada carioca Patrícia Acioli, em 12 de agosto de 2011, por parte de uma organização criminosa (milícia) cujo processo criminal estava sob sua responsabilidade, tendo sido morta após diversas ameaças sofridas anteriormente.

Patrícia Lourival Acioli desde 1999 trabalhava como juíza na Quarta Vara Criminal de São Gonçalo, sendo uma magistrada conhecida por aplicar duras penas contra os traficantes de drogas, gangues e policiais corruptos, ou seja, contra o crime organizado. Por conta desta sua forma de trabalhar, já havia recebido várias ameaças de morte.²³⁰ Nos dez anos que antecederam sua morte, a juíza foi responsável pela prisão de cerca de 60 policiais ligados a milícias e a grupos de extermínio. A magistrada Patrícia Acioli estava em uma lista de doze pessoas marcadas pra morrer, num documento encontrado com Wanderson da Silva Tavares, o Gordinho, acusado de ser chefe de uma milícia em São Gonçalo.²³¹

Na noite de 11 de agosto de 2011, Patrícia retornou de carro do fórum de São Gonçalo, onde trabalhava, para sua casa, no bairro de Piratininga, na cidade de Niterói. Ao chegar em sua residência, foi morta por dois homens. O assassinato repercutiu em todo o Brasil e no exterior. O presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Cezar Peluso, descreveu o ato como “*um ataque ao governo brasileiro e à democracia*”. Segundo o que foi apurado pelas investigações, o assassinato de Patrícia foi cometido por policiais militares

²²⁹ Observe-se que a morte de outros magistrados também influenciaram a criação desta lei, tais como Leopoldino Marques do Amaral, Antônio José Machado Dias, Alexandre Martins de Castro Filho, conforme ressaltado por LIMA (2020, p. 623).

²³⁰ WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Patrícia Acioli**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Patr%C3%ADcia_Acioli. Acesso em: 03 ago. 2020.

²³¹ Juíza assassinada sofreu emboscada e levou 21 tiros, diz delegado no Rio. G1 Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/juiza-assassinada-sofreu-emboscada-e-levou-21-tiros-diz-delegado-no-rio.htm> . Acesso em: 03 ago. 2020.

insatisfeitos com sua atuação em relação a um grupo de agentes que atuava na cidade de São Gonçalo praticando homicídios e extorsões. Em abril de 2014, todos os onze policiais julgados no caso foram condenados pela Justiça.²³²

Diante de tal cenário, adveio este diploma legal. O julgamento por órgão colegiado dos crimes praticados por organizações criminosas foi instituído pela Lei 12.694/2012, que previu em seu art. 1o que em processos ou procedimentos investigativos envolvendo organizações criminosas, o juiz singular poderá decidir pela formação de um órgão colegiado, para que sejam decididas diversas questões processuais, dentre elas a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, sentença, progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, concessão de liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Tal diploma legislativo visa justamente estabelecer uma espécie de proteção ao juiz singular que se sinta intimidado pela organização criminosa, no intuito de preservar a sua vida e integridade física. O órgão colegiado será formado pelo juiz singular e por outros dois magistrados sorteados eletronicamente. Com efeito, os demais magistrados sorteados a compor o órgão colegiado servem para diluir a responsabilidade pelo ato decisório, de forma a proteger o juiz singular que optou pela formação do colegiado, de qualquer tipo de intimidação (ostensiva ou velada) que possa trazer qualquer risco a ele próprio e de seus familiares. Na decisão tomada pelo órgão colegiado, não deverá haver menção a qualquer divergência de voto.

Não se trata da adoção da figura do “juiz sem rosto”, em que a decisão é proferida de forma anônima, como é dotado em ordenamentos jurídicos de outros países. Conforme ANDREUCCI:

A figura do “juiz sem rosto” ou “juiz anônimo” não é nova no ordenamento jurídico mundial, já tendo sido adotada em diversos países como Colômbia, Peru, México e Nicarágua com o objetivo de conferir, em situações de excepcional gravidade, segurança aos magistrados que atuam em processos envolvendo crime organizado e organizações criminosas de qualquer natureza. Na Europa, a Itália se destacou no combate ao crime organizado, principalmente a partir de 1992, quando a denominada “operação mãos limpas” foi iniciada pelo promotor Antonio di Pietro, para combater a corrupção que então assolava o país, envolvendo em tráfico de influência e corrupção diversos

²³² WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Patrícia Acioli**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Patr%C3%ADcia_Acioli. Acesso em: 03 ago. 2020.

líderes políticos, ex-chefes de governo e empresários poderosos que foram parar no banco dos réus. As investigações envolviam a máfia, colocando em risco a vida e a integridade corporal dos promotores, juízes e suas famílias, sendo adotada então, na época, figura assemelhada ao “juiz sem rosto” que, embora de contornos diferentes, preservava a identidade das autoridades judiciárias envolvidas nas investigações e julgamentos. (ANDREUCCI, 2012)

Embora vise a proteção do magistrado singular que julgue processos referentes a organizações criminosas, no caso nacional instituído pela Lei 12.694/2012, os magistrados que formam o órgão colegiado assinam as decisões, identificando-se em conjunto. Assim conclui LIMA (2020, p. 624):

O juízo colegiado criado pela Lei 12.694/12 não se confunde com a polêmica figura do **juiz sem rosto** (ou juiz secreto): enquanto este se caracteriza pelo fato de não ter seu nome divulgado, por não ter seu rosto conhecido, por ter sua formação técnica ignorada, naquele o nome e a assinatura de cada um dos 3 (três) magistrados que fazem parte do órgão deverão constar de todas as decisões por ele proferidas, com a única ressalva de que só não devem ser divulgadas eventuais divergências entre eles.

Algumas críticas são feitas a essa lei, como por exemplo a suposta violação da publicidade dos atos processuais, diante da reunião sigilosa a ser realizada pelo colegiado bem como a não publicação de eventual voto divergente. Ainda, indagações são levantadas quanto à eventual afronta ao princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural se trata de uma garantia constitucional que todo acusado possui de ser julgado por um juiz previamente determinado pelas regras de competência, inadmitindo a instituição de juízos e tribunais de exceção, que são criados após a prática do delito.

O princípio do juiz natural deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas em lei. Visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente. [...] *Juízo ou tribunal de exceção é aquele juízo instituído após a prática do delito com o objetivo específico de julgá-lo.* Contrapõe-se, portanto, o juiz de exceção ao juiz natural [...]. (LIMA, 2020, p. 414)

Quanto ao princípio do juiz natural, não se vislumbra qualquer violação, haja vista que o processo é distribuído eletronicamente, caso o juiz singular queira formar o colegiado, deverá proferir uma decisão fundamentada neste sentido, justificando tal situação, sendo que os demais magistrados também serão sorteados eletronicamente, de forma a evitar qualquer direcionamento ou quebra da imparcialidade jurisdicional.

Com efeito, um dos aspectos mais importantes quando se fala em juiz natural é o aspecto de sua imparcialidade, o que significa dizer que é imparcial o juiz que atua como terceiro desinteressado na causa, livre de interesses, preferências ou pressões psicológicas, sem favorecer nem prejudicar nenhuma das partes (CHAVES, 2016). Aliás, manter a imparcialidade do juízo é justamente o objetivo da instituição do órgão colegiado feito pela Lei 12.694/2012 segundo ressaltado por LIMA:

Considerando que referido postulado assegura não só a imparcialidade do julgador, evitando designações com finalidades obscuras em prejuízo do acusado, como também o direito a qualquer pessoa a processo e julgamento pelo mesmo órgão, e um reforço à independência do magistrado, é de todo evidente que a formação desse órgão colegiado vem ao encontro do juiz natural. Isso porque a sua formação visa preservar a própria segurança do magistrado, que deve se sentir protegido contra ameaças perpetradas por organizações criminosas para que possa exercer sua função jurisdicional de maneira imparcial e independente. (LIMA, 2020, p. 626)

Neste mesmo sentido entende MISAKA:

Também não há que se falar em Tribunal de Exceção, conquanto o colegiado seja formado após a prática do delito; destaque-se que a sua composição ocorre por sorteio, afastada a designação casuística e discricionária de seus integrantes e a previsão do órgão colegiado está na lei e é anterior à prática do fato. (MISAKA, 2012, p. 268)

Do mesmo modo, visando preservar a escoreta decisão do colegiado e justamente cumprir o fim da lei que é proteger a figura dos magistrados de eventuais intimidações, a reunião entre os juízes para a tomada de decisão e a forma como cada qual decidiu ocorre apenas entre eles, sendo publicizada a decisão do colegiado, de forma que a publicidade da decisão judicial é observada, sem ofender o contraditório e a ampla defesa.

Aliás, tal situação é muito similar aos casos do julgamento pelo órgão colegiado do Tribunal do Júri nos crimes dolosos contra a vida, em que

o voto de cada jurado permanece sigiloso, sendo publicizada apenas a decisão do colegiado, não havendo qualquer ofensa ao princípio da publicidade. Na verdade, trata-se de uma restrição à publicidade ampla devidamente justificada pelo interesse público. Sobre este aspecto a lição de LIMA (2020, 627-628):

[...] conclui-se que, até mesmo como forma de preservar a independência de cada um dos julgadores, não deve haver menção a voto divergente de qualquer um de seus integrantes. Afinal, fosse obrigatória a menção individualizada a cada um dos votos, esvaziar-se-ia o próprio escopo da criação do órgão colegiado [...]. Isso torna difusa a responsabilidade de seus membros, o que acaba por mitigar alguns riscos inerentes ao processo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas. Essa reunião sigilosa e a impossibilidade de se fazer referência a voto divergente assemelha-se, um pouco, à própria garantia constitucional do sigilo das votações do Júri [...]. Por isso, cuida-se o art. 1o, §§4o e 6o da Lei 12.694/12 de restrição legal à publicidade justificada pelo interesse público de assegurar a tranquilidade dos magistrados no momento da votação. Evidente, pois, a compatibilidade da reunião sigilosa do colegiado com o princípio da publicidade (CF, art. 93, IX e art. 5o, LX), ainda mais se considerarmos que a colheita de provas, os debates e a leitura da sentença, devidamente fundamentada, serão feitos publicamente.

Como já mencionado no capítulo anterior, a elaboração e a interpretação das normas penais e processuais penais devem ter como embasamento a observância dos direitos fundamentais na sua acepção integral e não monocular, de forma que devemos realizar um juízo de ponderação quando estamos diante de uma colisão entre direitos individuais (como no caso, a “suposta” violação da publicidade e do juiz natural) e direitos da coletividade, diante da necessidade de garantir uma efetiva aplicação da lei penal e evitar a impunidade a crimes cometidos por organizações criminosas:

A independência do Poder Judiciário, na qual também se insere a garantia da imparcialidade, não é mera prerrogativa funcional do Magistrado. É, antes, uma garantia ao cidadão de julgamento justo porque *“da dignidade do juiz depende a dignidade do Direito. O Direito valerá, em um país ou em um momento histórico determinado, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo.”* (Couture, 1988, p. 76). Infere-se, do julgamento colegiado, uma dupla garantia: aos Magistrados, para bem poderem exercer sua função jurisdicional, e à sociedade, porque o julgamento composto por três integrantes,

além de reduzir a possibilidade do erro judiciário, elimina o risco de eventuais decisões individuais prolatadas por Magistrado sob as imperceptíveis influências psicológicas das ameaças pessoais que sofrera. (MISAKA, 2012, p. 270)

Outro não é entendimento de MORO (2004, p. 57), segundo o qual *“um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie.”*

Importante mencionar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade em situação similar, da Lei n. 6.806/2007²³³ do Estado de Alagoas, antes do advento da Lei 12.694/2012, que previa a possibilidade de formação de colegiado para julgamento dos crimes praticados por organizações criminosas. Trata-se da ADI 4414/AL, julgada em 24/05/2012, na qual o Plenário da Suprema Corte em julgamento com participação da Ministra ROSA WEBER, esclareceu que não há ofensa ao princípio do juiz natural a formação do denominado órgão colegiado de juízes atuando em primeira instância jurisdicional, conforme o disposto no artigo 4º da referida lei estadual.²³⁴

Sem embargos, ao se cotejar a possibilidade da formação do órgão colegiado em primeira instância, para julgamento de crimes envolvendo organizações criminosas, com os princípios do juiz natural e da publicidade, deve-se ponderar a relevância dos interesses em jogo, sendo que neste âmbito, ao se permitir a formação do colegiado, além de proteger o interesse da coletividade mediante a efetiva punição aos graves crimes praticados por organizações criminosas, tem-se a necessidade de garantir aos magistrados que julgarão os processos a proteção de suas vidas e integridades físicas e de seus familiares, para que possam decidir de forma imparcial e sem intimidações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, pode-se afirmar que a configuração hodierna da criminalidade organizada detém amplo aspecto estrutural, difusão a nível mundial e técnicas cada vez mais apuradas para a prática de crimes. De tal modo, com a crescente estruturação e

²³³ Art. 1º Fica criada a 17ª Vara Criminal da Capital, com competência exclusiva para processar e julgar os delitos envolvendo atividades de organizações criminosas (Crime Organizado) e jurisdição em todo território alagoano.

²³⁴ Art. 4º. Os cinco juízes da 17ª Vara Criminal da Capital, após deliberação prévia da maioria, decidirão em conjunto todos os atos judiciais de competência da Vara, e Parágrafo Único: Os atos processuais urgentes ou concomitantes à instrução prévia, quer os da instrução processual, poderão ser assinados por qualquer um dos juízes, e, os demais, por pelo menos três deles”

profissionalização das organizações criminosas no Brasil e no mundo, a interpretação dos institutos jurídicos previstos para o seu combate deve se dar de acordo com os postulados do garantismo integral, como forma de assegurar o direito fundamental à segurança diante de uma persecução penal efetiva.

Neste contexto surgiram as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013, que preveem diversos instrumentos aptos ao combate do crime organizado, os quais, por vezes, relativizam direitos individuais. Contudo, adotando-se os postulados do garantismo integral, abolida qualquer interpretação monocular que objetiva apenas defender os direitos do acusado, pode-se garantir o uso de tais instrumentos para o combate do crime organizado e para uma proteção eficiente da sociedade.

Pois conforme afirma o Procurador de Justiça CHEMIN (2017, p. 31), o ideal é encaminhar *o processo penal para um modelo efetivamente democrático, direcionado tanto para a proibição de excessos por parte do Estado quanto para a vedação da proteção deficiente do cidadão, sem privilégios e imunidades.*

Essa visão dada pelo garantismo integral, desmitificando o garantismo hiperbólico monocular, ao permitir que os interesses da sociedade e das vítimas também sejam enxergados pelo direito penal e processual penal é de extrema importância para o efetivo combate da criminalidade organizada, sob pena desta avançar e, nas palavras de GIARDIN DE SOUZA (2017, p. 126) *“vencer a Themis, arrancando-lhe a venda, tomando-lhe a espada, quebrando-lhe a balança e furando-lhe o olho direito”*, robustecendo a cultura da impunidade.

REFERÊNCIAS

- ALAGOAS, Lei 6.806/2007, de 22 de março de 2007, Maceió, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2. ed, 2015.
- ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. Revista digital de direito administrativo, v. 4, n.1, p. 170-203, p. 188. *Apud* CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo; SOUZA, Renee do Ó. **Crime Organizado**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODVM, 2020.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **O Juiz sem rosto e a Lei no 12.694/12**. Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-juiz-sem-rosto-e-a-lei-no-1269412/9770#:~:text=A%20recente%20Lei%20n%C2%BA%2012.694,por%20objeto%20crimes%20praticados%20po>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Princípios do processo penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009, p. 58-59 *Apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Método, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL, Decreto-Lei 5.015/2004, de 12 de março de 2004, Brasília, 2004.
- BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Brasília, 1966.
- BRASIL, Lei 7.496/1986, de 16 de junho de 1986.
- BRASIL, Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990, Brasília, 1990.
- BRASIL, Lei 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990.
- BRASIL, Lei 9.034/1995, de 03 de maio de 1995, Brasília, 1995.
- BRASIL, Lei 9.269/1996, de 02 de abril de 1996.
- BRASIL, Lei 9.613/1998, de 03 de março de 1998, Brasília, 1998.
- BRASIL, Lei 9.807/1999, de 13 de julho de 1999.
- BRASIL, Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006.
- BRASIL, Lei 12.694/2012, de 24 de julho de 2012, Brasília, 2012.
- BRASIL, Lei 12.850/2013, de 02 de agosto de 2013, Brasília, 2013.
- BRASIL, Lei 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, Brasília, 2019.
- Brasil, Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, Brasília, 2001.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Cooperação internacional é marcada por ampliação de acordos contra crime organizado e corrupção**. Brasília-DF, 2019. Disponíveis em?: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1554990835.08>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Os esforços empreendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro no combate ao crime organizado**. Cooperação em Pauta. 03 de dezembro de 2018. Brasília-DF, disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/CooperacaoemPautaDezembroatualizado.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Habeas Corpus 77.771**, Quinta Turma, Relator(a) Min. Laurita Vaz, j. 30.05.2008.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 149.250/ SP**, Quinta Turma, Relator(a) Min. Adilson Vieira Macabu, j. 07/06/2011.

- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117113 / MG**, Quinta Turma, Relator(a) Min. Ribeiro Dantas, j. 26/11/2019.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4414/AL**. Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 24/05/2012.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal n. 968**. Primeira Turma, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 22/05/2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Habeas Corpus 157.627 AgR/PR – Paraná**. Segunda Turma, Relator(a) Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Habeas Corpus 137.438 AgR / SP**. Primeira Turma, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 26/05/2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus 80.949-RJ**, Primeira Turma, Relator(a): Sepúlveda Pertence, j. 30/10/2001.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus 96.007**, Primeira Turma, Relator(a): Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Inquérito 2424**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Cezar Peluso, j. em 26/11/2008.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Mandado de Segurança 33.340/DF**, Primeira Turma, Relator(a): Min. Luiz Fux, j.26/05/2015.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Questão de Ordem em Petição 3683**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Cezar Peluso, j. 13/08/2008.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 966.177 RG-QO/RS-Rio Grande do Sul**. Questão de Ordem na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 07/06/2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 133.118/CE**, Segunda Turma, Relator(a): Min. Dias Toffoli, j.26/09/2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.320.606**, Primeira Turma, Relator(a): Min. Roberto Barroso, j. 27/08/2021.
- CAFARENA, Borja Mapelli. Problemas de la Ejecucion Penal frente a la Criminalidad Organizada. *In: GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Director). La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla: Universidade de Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla. Universidade Internacional Menendez Pelayo, p. 53-69, 1996. *Apud* BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CALDAS, Addressa. Constituição e Garantismo Jurídico: uma Proposta de Refundação do Contrato Social. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35, 2001, p. 135-142.
- CHAVES, Isabela Millena Costa. **A Constitucionalidade da Lei 12.694/2012 frente ao Princípio do Juiz Natural**. Revista Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-constitucionalidade-da-lei-12-694-2012-frente-ao-principio-do-juiz-natural/>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017.
- CHEROBINO, Vinicius. **As milícias de verdade**. 2016, disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/as-milicias-de-verdade/>, acesso em: 06 abr. 2020.
- CHRISTINO, Marcio Sérgio; TOGNOLLI, Claudio. **Laços de Sangue. A história secreta do PCC**. 2. ed. São Paulo: Ed. Matrix, 2017.
- CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves considerações sobre as organizações criminosas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909>. Acesso em: 07 abr. 2020.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime Organizado**. ICPC, 2013. Disponível em <http://icpc.org.br/>

wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada. Caracteres, Limites e Controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. CONSERINO, Cassio Roberto. Crime Organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58. *Apud* MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. 4. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Método, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo; SOUZA, Renee do Ó. **Crime Organizado**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODV, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

FLOMENO, Bruna Weiss. **Colaboração Premiada no Crime Organizado. Uma análise sobre a sua (in)constitucionalidade**. Florianópolis: Editora Habitus, 2017.

FISCHER, Douglas. O Direito Fundamental à Segurança, os Postulados Garantistas e as Obrigações Processuais Penais Positivas. *In*: Suxberger, Antônio Henrique Graciano; Santos, Leonardo Augusto de A. Cesar dos; Ballan Júnior, Octahydes; Silva, Rodrigo Monteiro da. (Org.). **Segurança Pública - Os desafios da pós-modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, v. 1, p. 163-187.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina TRF4**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm>https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html Acesso em: 25 mar. 2020.

FISCHER, Douglas. Não há Direito Fundamental à Impunidade – Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 63, maio 2009 – set. 2009, p. 9-18.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral? *In*: Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella (Org). **Garantismo Penal Integral | : questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-77.

G1 Rio de Janeiro. **Juíza assassinada sofreu emboscada e levou 21 tiros, diz delegado no Rio. 2011**. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/juiza-assassinada-sofreu-emboscada-e-levou-21-tiros-diz-delegado-no-rio.html>. Acesso em: 03 ago. 2020.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. Revista Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/os-direitos-fundamentais-suas-dimensoes-e-sua-incidencia-na-constituicao/#_ftnref14. Acesso em: 29 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2020.

MARQUES, Nany Papispyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo Garantista Hiperbólico Monocular e seus reflexos no Estado Democrático de Direito**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180424-03.pdf> Acesso em: 25 mar. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

MASSON, Cleber; BIFFE JR, João. **Terminologias e Teorias Inusitadas**. São Paulo: Método, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Método, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Brasília: Revista Jurídica Virtual, v. 2, n. 13, junho/1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo Integral. *In*: Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella (Org). **Garantismo Penal Integral | : questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.193-218.

- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo, Atlas, 2015.
- MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 21, p.03, set. 1994.
- MISAKA, Marcelo Yukio; ALONSO, Fábio Pinha. Organizações criminosas e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição. *In: Revista da AJURIS* – v. 39 – n. 128 – dezembro 2012, p. 251- 278.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre s Operação *Mani Pulite*. *In: Revista CEJ, Brasília*, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. São Paulo: Atlas, 2015.
- PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e Democídio. Ensaio sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil**. São Luis: Livraria Resistência Cultural Editora, 2017.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se degetere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368. *Apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Iuspodvm, 2020.
- SANDRONI, Gabriela Araújo. **A convenção de Palermo e o Crime Organizado**. Disponível em https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/A%20CONVEN%C3%83%E2%80%A1%C3%83%C6%92O%20DE%20PALERMO%20E%20O%20CRIME%20ORGANIZADO%20TRANSNACIONAL_.pdf, acesso em: 07 abr. 2020.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUSA, Rainer Gonçalves. **História do Mundo: Máfia Americana**. disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/mafia-norte-americana.htm>, acesso em: 06 abr. 2020.
- SOUZA, Renee de Ó. **A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública**. *In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (et al) (org.)*. Segurança Pública: Os desafios da pós-modernidade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 403. *Apud* CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo; SOUZA, Renee do Ó. **Crime Organizado**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODVM, 2020.
- TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. *In: Revista CEJ, Brasília*, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.
- VICENTE DA SILVA, Élzio; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração Premiada e Investigação. Princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana**. Baurer/SP: Editora Novo Século, 2018.
- WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. **Cruzada**. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Cruzada>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. **Estatuto do PCC**. Disponível em https://pt.wikiquote.org/wiki/Estatuto_do_PCC, acesso em: 06 abr. 2020.
- WIKIPEDIA, A enciclopédia livre. **Patrícia Acioli**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Patr%C3%ADcia_Acioli. Acesso em: 03 ago. 2020.
- WOODIWISS, Michael. Transnational Organised Crime. The global reach of an American concept. *In: EDWARDS, Adam; GILL, Peter*. Transnational Organised Crime. Perspectives on global Security. Londres-Nova Iorque: Routledge, p. 13-27, 2003. *Apud* BALTAZAR JR., José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Mauro Bley Pereira Junior²³⁵

RESUMO

Após análise legal da audiência de conciliação, pondera-se a importância do ato, apresentando conclusão que indica a sua relevância social.

Palavras-chave: audiência de conciliação; análise legal; importância; relevância.

INTRODUÇÃO

No processo civil brasileiro existem, precipuamente, duas espécies de audiências, a audiência de conciliação ou mediação, e a audiência de instrução e julgamento.

A audiência de conciliação ou mediação é forma alternativa à sentença judicial para a solução do processo.

Ela é, frequentemente, presidida por um conciliador ou mediador, pessoas que, em tese, estariam habilitadas para intermediar relações em conflito.

A audiência de instrução e julgamento é considerada a principal audiência judicial, sendo, via de regra, uma sessão pública presidida por magistrado, em que são produzidas provas orais, como os depoimentos das partes e de testemunhas, sendo o momento em que o juiz se aproxima das questões envolvendo o litígio, as partes, e seus procuradores.

O art.2º da Lei nº 9099/95 estabelece que nos processos dos juizados cíveis deve-se buscar, sempre que possível a conciliação ou a transação. O art.16 daquela lei estabelece que a audiência de conciliação deveria ser realizada no prazo de 15 dias, contado do registro do pedido.

Porém, um prazo curto para audiência de conciliação é, praticamente, inviável e impossível em razão da quantidade de processos que aportam nos juízos cíveis e nos juizados especiais, o que faz com que audiências de conciliação sejam designadas vários meses após a propositura da demanda.

E, muitas vezes, a empresa ré encaminha preposto ou advogado à audiência sem proposta de conciliação, com o intuito apenas de evitar revelia.

Atento a estas situações, o legislador, no Código de Processo Civil, em seu art.334, § 4º, estabeleceu a possibilidade das partes, expressamente,

²³⁵ Brasileiro, casado, magistrado desde 1987, Juiz de Direito Substituto em 2º Grau de Jurisdição no Tribunal de Justiça do Paraná, Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná, em 1991. <https://orcid.org/0000-0003-1980-1898>. E-mail: mbp@tjpr.jus.br

manifestarem desinteresse na composição consensual. Reproduzo o dispositivo:

Art.334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (correspondente ao art.285 do CPC/1973)

(...)

§ 4º A audiência não será realizada: (não existe dispositivo correspondente no CPC/1973)

I – Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; (não existe dispositivo correspondente no CPC/1973)

II – quando não se admitir a auto composição. (não existe dispositivo correspondente no CPC/1973)

Assim, verifica-se a tendência, a partir do Código de Processo Civil de 2015, com base nos princípios da celeridade e da duração razoável do processo, de não realizar audiência prévia de conciliação, o que permitiria maior agilidade aos feitos.

Em determinados juízos cíveis, inclusive, já existe a tendência, com base nos princípios constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, de deixar de designar audiência prévia de conciliação.

A audiência poderá ser realizada caso as partes se manifestem pelo interesse em realizá-la durante a tramitação processual.

Percebe-se que, diferente do que dispõe o Código de Processo Civil - de que a audiência somente não seria realizada se as partes manifestarem expressamente seu desinteresse - tem-se inclinação à flexibilização da obrigatoriedade de realização da audiência de conciliação, somente sendo realizada se as partes, expressamente, manifestarem o interesse nesta.

Ainda que o Código de Processo Civil tenha estabelecido que a audiência de conciliação seria dispensada no caso de manifestação da parte pelo seu desinteresse, alguns juízos, especialmente nos juizados especiais cíveis, ainda “obrigam” as partes a participarem da audiência que, em grande parte das vezes, não alcança o objetivo desejado, mesmo no caso de alguma das partes ter se manifestado contrária à realização.

Para atender estas situações, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4901/2020, que busca alterar a Lei nº 9099/95, a fim de tornar facultativa a realização de audiências de conciliação e de instrução e julgamento nos juizados especiais.

O projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados desde 10/02/2021, e recebeu parecer favorável do relator, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, e no mérito, pela aprovação, com substitutivo.

Aprovada a lei, a audiência de conciliação seria dispensada nos juizados especiais cíveis, e o juiz poderá determinar a citação do réu para apresentar defesa, o que importaria em substancial agilidade nos procedimentos dos juizados especiais. Após a regular citação e defesa, o feito estaria, possivelmente, em condições de julgamento.

1 A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são formas alternativas muito importantes para a resolução de conflitos, contribuindo para a restauração dos interesses dos conflitantes, de modo definitivo.

Em seus artigos iniciais, o Código de Processo Civil prescreve que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3o., § 2o. do CPC/2015), recomendando que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução harmoniosa de conflitos sejam estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público (art. 3o., § 3o. do CPC/2015), inclusive, no curso do processo judicial (art. 139, V do CPC/2015).

A conciliação é o momento em que a parte mais se aproxima do juiz e, muitas vezes, após ser ouvida adequadamente, é verificada a devida prestação do serviço do Poder Judiciário, mesmo que não se verifique acordo.

Neste sentido, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Roberto Portugal Bacellar, na premiada monografia “A pressa da justiça morosa”, traz o seguinte exemplo:

“Recebi a intimação de que meu processo teria audiência de conciliação, instrução e julgamento. Pensei: finalmente meu caso vai ser julgado; como ainda tinha um ano e meio até o dia designado, me preparei muito para falar com o juiz.

Dias antes da audiência não pude nem dormir e minha cabeça rememorava cada uma das melhores formas que eu já tinha planejado para contar o caso para o juiz.

No dia já pulei da cama bem cedinho revisei tudo, fiz anotações e uma hora antes já estava no Fórum esperando meu advogado. Meu coração estava agitado, e esperar com calma era difícil no ambiente do fórum que estava uma correria.

Uma coisa eu estranhei: demorou tanto para chegar o dia do julgamento e lá no fórum parecia que todo mundo estava com pressa.

A audiência estava marcada para 14h já era mais de 15h e ninguém falava nada; meu advogado confirmou que o caso ia ser julgado, mas ia atrasar mais um pouco.

Começou com quase duas horas de atraso, e juiz estava com muita pressa: ele entrou na sala, nem se apresentou e já foi falando sobre o caso. Também percebi que ele estava com pressa porque quando eu comecei a contar o ocorrido ele enfiou a cabeça dentro daquele monte de papel do processo e ficou virando as páginas para frente e para trás.

Parei de falar por um instante e ele disse: ‘pode falar que eu estou ouvindo!’. Comecei novamente a falar sobre o que eu queria e ele disse que era para eu chegar logo no ponto; continuei um pouco inseguro e ele esclareceu que eu estava falando sobre coisas que não eram ‘objeto da lide’.

Não entendi muito bem, mas avancei falando e definitivamente fui interrompido porque o ponto que eu deveria falar era aquele do processo: era para falar do valor que o advogado pediu; quando eu comecei a falar do dinheiro ele começou a ler ‘de novo’ o caso; capotou o processo para um lado e para o outro, sem prestar atenção no que eu estava falando.

Percebi que ele realmente estava com pressa, e não ia me ouvir. Parei de falar. Eu havia me preparado muito, e tinha todo o tempo do mundo para contar o caso e buscar uma solução.

No fundo eu até entendi que para o juiz eu era só mais um número. Para eu resolver o caso com meu vizinho, era realmente muito importante. Lembro que teve uma hora na audiência que começamos a conversar – meu vizinho (a outra parte) e eu – e parecia que as coisas iam se encaminhar, já tínhamos algumas possibilidades de acordo, e quase chegamos lá.

Mas o juiz disse que infelizmente não teria mais tempo para conversa e tinha de começar a instrução. Eu argumentei que a conversa estava boa, e poderia nos levar a uma conciliação. Ainda assim o caso foi instruído – como eles dizem. Ouviram testemunhas, minha fala não foi registrada porque quando eu tentei falar novamente disseram que os advogados não tinham pedido depoimento.

Meio difícil de entender: eu estava ali e poderia esclarecer algumas coisas para ajudar a resolver a questão.

Saiu a decisão na hora. Condenaram o vizinho a me pagar 7 mil. Eu tentei falar com o juiz sobre a sentença e ele disse que agora só podia mudar alguma coisa se eu recorresse. Eu ia dizer apenas que eu sei que ele não tem como pagar, e por isso queria muito contar para o juiz que não era bem isso que eu queria, eu queria era resolver o caso mesmo. Fazer o que?

Tinha muita vontade de voltar o caso e aproveitar aquele momento e continuar conversando até achar uma solução.

Agora a coisa ficou pior e o relacionamento está péssimo. Eu tinha todo o tempo do mundo, mas depois de tantos anos

de espera, o juiz estava com muita pressa de julgar rápido o processo naquele dia.

Foi o que ele fez e até entendo: são tantos os outros casos, não é?"

Este exemplo indica que o que mais dificulta a conciliação é a ausência de identificação dos interesses efetivos da pessoa, em razão da ausência de escuta.

William Ury, em uma palestra intitulada “*O poder de escutar*” pondera que “*escutar é a metade que falta na comunicação. É extremamente necessária, mas geralmente negligenciada*”.

Ele enumera três razões importantes para praticar a escuta em qualquer conflito:

A primeira é que ouvir nos ajuda a entender, pois para um acordo é necessário entender a motivação.

A segunda é que ouvir nos ajuda a conectar com as pessoas, construindo relacionamento e confiança, mostrando que nos importamos com o que é falado.

A terceira é que ouvir torna mais provável e fácil que a outra pessoa nos escute e esteja disposta ao acordo.

Na obra “*Beyond Reasons*” ou “*Além da Razão*”, Daniel Shapiro e Roger Fischer ilustram o poder das emoções trazendo detalhes de uma das mais famosas negociações mundiais já ocorridas no mundo moderno, o primeiro acordo de paz entre um país árabe (Egito) e Israel.

A conciliação é um dos mais importantes marcos no processo de paz no Oriente Médio e foi assinado em 1979, tendo o presidente dos Estados Unidos como intermediador.

O acordo entrou para a história como a “*paz de Camp David*” em referência a residência de verão dos presidentes dos Estados Unidos.

A negociação durou 13 dias, mas um ano e meio antes, o presidente do Egito já havia iniciado a preparação, com os termos de negociação.

Na obra, os autores contam que tudo indicava que Israel não iria concordar com a negociação, quando houve algo que mudou o rumo da história. O então Primeiro Ministro de Israel, Menachim Begin, pediu ao Presidente dos Estados Unidos, Jimmy Carter, foto dele autografada, para seus netos.

Carter não só providenciou as fotos como sua equipe buscou saber o nome de cada neto, e escreveu de forma personalizada, sendo que na entrega das fotos, conversaram horas sobre netos e família.

Toda essa experiência mudou a forma de Begin ver aquele encontro, e Carter confirmou mais tarde que houve uma “*virada do jogo*”, para que o processo de paz fosse depois consumado.

Nenhuma discussão teria sequer se iniciado se não houvesse simpatia e confiança no mediador do encontro, o Presidente Jimmy Carter.

Esse acordo foi avaliado com tanta importância que todos os signatários receberam o Prêmio Nobel da Paz.

Daniel Shapiro e Roger Fischer elegeram emoções importantes para a conciliação e mediação:

1. Apeço ou simpatia; quando o conciliador tenta achar mérito nos argumentos comportamentos e pensamentos para que se compreenda que está ouvindo e tentando entender as razões de cada litigante;

2. Associação ou filiação; quando o conciliador traz um senso de conexão com os litigantes, como por exemplo, a cidade natal, a roupa, a família, o time de futebol, o hobby;

3. Autonomia; quando o conciliador mantém o poder decisório dos litigantes, consultando-os sobre os termos da negociação, demonstrando que não está havendo imposição;

4. Status (posição social/hierárquica); quando o conciliador se apresenta com seu status ou posição social, porém age com horizontalidade e respeito a todos os envolvidos, usando pequenas cortesias, como as palavras “por favor”, “obrigado”.

A partir das ideias supramencionadas, observo que se revela essencial que as audiências de conciliação ou mediação recebam um novo olhar.

Essas audiências devem ser realizadas após prévio estudo dos litígios e das posições das partes; com escuta das partes, separadamente, ou no mesmo ambiente, procurando detectar os conflitos subjacentes; e atuação no sentido de estimular emoções para criar ambiente e encontrar espaço que favoreça a conciliação.

Não é possível a qualquer magistrado, conciliador ou mediador, parar de ter emoções, ou ser insensível às emoções verificadas em audiências. Isso não seria sequer saudável, mentalmente ou psicologicamente.

Ignorar as emoções, observadas na audiência, pode afetar o comportamento do magistrado, conciliador ou mediador, e podem ser causa de stress e bruscas alterações de humor e comportamento.

Cabe, então, ao magistrado, conciliador ou mediador, saber ouvir, procurar entender as emoções que estão por trás das posições litigiosas, e estimular emoções favoráveis a negociação.

É necessário, na conciliação ou mediação, aplicar estratégias inclusivas, de forma a “empoderar” cada litigante, concedendo especial atenção à sua fala.

A importância da conciliação ou mediação foi devidamente observada no Código de Processo Civil, no § 8º do art.334. Reproduzo o dispositivo:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz

designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na auto composição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar os parágrafos 5º e 8º do art.334 do CPC, observa:

“Mesmo que o autor não se oponha àquela audiência na inicial, poderá o réu, citado, peticionar ao juízo comunicando seu desinteresse na audiência. Deverá atentar ao prazo que lhe concede o mesmo § 5º para tanto, de dez dias (úteis) contados da data da audiência. Quando o réu manifestar seu desinteresse em prazo menor aos dez dias exigidos pelo dispositivo, caberá ao magistrado avaliar seu comportamento e, consoante o caso, aplicar a pena a que se refere o § 8º do art. 334, entendendo injustificado (inclusive por conta da não observância do prazo) o seu não comparecimento à audiência. (...)

Reputo importante, ainda com base no mesmo dispositivo, destacar que o desinteresse na audiência por qualquer uma das partes deve ser expresso. Destarte, o silêncio do autor (na petição inicial) ou do réu (no decêndio indicado no § 5º do art. 334) deve ser compreendido como concordância, ainda que tácita, com a realização do ato. A discussão está longe de ser teórica diante da possibilidade de apenação àquele que não comparecer sem justificativa à audiência como permite o § 8º do art. 334.”

O doutrinador Alexandre Freitas Câmara observa sobre a importância da audiência de conciliação e da presença das partes, ao analisar as disposições previstas no § 8º do art.334 do CPC:

“O não comparecimento injustificado de qualquer das partes é ato atentatório à dignidade da justiça, e deve ser sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, devendo o valor ser revertido em favor da União ou do Estado, conforme o processo tramite na Justiça Federal ou Estadual (art. 334, § 9º). Trata-se de sanção resultante do descumprimento do dever de agir no processo

com boa-fé (art. 5º). Considere-se, aqui, que a audiência só é marcada em função da manifestação de vontade de ambas as partes (que poderiam ter dito expressamente não ter interesse em sua realização), o que gera – nos demais atores do processo – a legítima confiança de que há predisposição para a busca de uma solução consensual do conflito. A ausência injustificada de alguma das partes quebra essa confiança, o que precisa ser sancionado. A não ser assim, correr-se-ia o risco de alguma das partes, interessada em protelar o andamento do processo, deixar ser designada a audiência (e é sabido que, com as pautas cheias, pode haver um espaço de tempo muito grande entre a designação da audiência e sua realização, muitas vezes bastante maior do que os trinta dias de antecedência mínima a que se refere a lei) apenas para ganhar tempo, sem sofrer com isso qualquer consequência. A ausência injustificada da parte à audiência que só foi designada por ter ela manifestado vontade de participar de um procedimento consensual de resolução do litígio implica a imposição de sanção pecuniária.”

O Superior Tribunal de Justiça deliberou sobre a multa pela ausência injustificada na audiência de conciliação, e sobre o recurso adequado:

- RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. EX-CÔNJUGE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AÇÃO DE ALIMENTOS. PRAZOS PROCESSUAIS. SUSPENSÃO. RECESSO FORENSE. CONTESTAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. ART. 215, INCISO II, DO CPC/2015. ART. 220, CAPUT, DO CPC/2015. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. RÉU. NÃO COMPARECIMENTO. REPRESENTANTE LEGAL. ART. 334, § 8º, DO CPC/2015. MULTA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Tendo ambas as instâncias de cognição plena concluído, à luz da prova dos autos, pela ausência de evidências do aumento das despesas da autora ou do incremento da capacidade financeira do réu que autorizasse a majoração do valor da obrigação alimentar, inviável a inversão do julgado por força da Súmula nº 7/STJ. 3. A suspensão dos prazos processuais durante o recesso forense (20 de dezembro a 20 de janeiro), conforme previsto no artigo 220, caput, do Código de Processo Civil de 2015, compreende a ação de alimentos e os demais processos mencionados nos incisos I a III do artigo 215 do mesmo diploma legal. 4. O não comparecimento injustificado da parte ou de seu representante legal à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com a multa de que trata o artigo 334, § 8º, do Código de Processo

Civil de 2015. Recurso Especial nº 1824214-DF (2019/0113522-8). Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 10/09/2019 (grifei).

- RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO (ART. 1.015, INCISO II, DO CPC). AUSÊNCIA INJUSTIFICADA A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. 1. Controvérsia em torno da recorribilidade, mediante agravo de instrumento, contra a decisão cominatória de multa à parte pela ausência injustificada à audiência de conciliação. 2. O legislador de 2015, ao reformar o regime processual e recursal, notadamente do agravo de instrumento, pretendeu incrementar a celeridade do processo, que, na vigência do CPC de 1973, era constantemente obstaculizado pela interposição de um número infindável de agravos de instrumento, dilargando o tempo de andamento dos processos e sobrecarregando os Tribunais, Federais e Estaduais. 3. A decisão cominatória da multa do art. 334, §8º, do CPC, à parte que deixa de comparecer à audiência de conciliação, sem apresentar justificativa adequada, não é agravável, não se inserindo *na* hipótese prevista no art. 1.015, inciso II, do CPC, podendo ser, no futuro, objeto de recurso de apelação, na forma do art. 1.009, §1º, do CPC. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Recurso Especial nº 1762.957-MG (2018/0221473-0) Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 10/03/2020. (grifei).

CONCLUSÃO

Não se olvida das dificuldades dos magistrados em presidir audiências de conciliação, pois, em geral, são designadas várias audiências num mesmo dia, com intervalos de cerca de 15 ou 20 minutos, o que importa na impossibilidade física de realizar essas audiências e praticar outras atividades jurisdicionais, como despachos, decisões interlocutórias, sentenças e audiências de instrução e julgamento.

Contudo, é inegável que a simples presença do magistrado, em audiências, traz melhores condições para a conciliação.

Portanto, apesar das dificuldades de tempo, em razão das atribuições jurisdicionais e administrativas, considero, ousadamente, que cabe ao magistrado atuar de forma mais presencial, comparecendo em audiências de conciliação, a fim de avaliar a atuação do conciliador na gestão das emoções dos litigantes, e atuar também com seu status ou posição social, de forma colaborativa e cooperativa.

Assim agindo, o magistrado atribuirá à audiência de conciliação o verdadeiro grau de audiência judicial, com a importância que lhe é devida.

Não se pretende crítica destrutiva ao art.334, § 4º, do Código de Processo Civil, ou mesmo ao Projeto de Lei 4901/2020, que apresentam a nítida finalidade de dar maior celeridade processual, e evitar prejuízos as partes em um processo moroso.

O que se pondera é que deve ser analisada, casuisticamente, a possibilidade ou não de audiência de conciliação, determinando que as partes externalizem tal vontade em suas manifestações processuais.

Deve ser priorizada a realização da audiência de conciliação, sempre que possível, em razão da sua relevância social, e da importância do ato nos serviços do Poder Judiciário.

Cabe o registro das lições do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em julgamento na 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 08/09/2020, ao ratificar a aplicação de multa ao Instituto Nacional de Seguridade Social –INSS pela ausência de comparecimento em audiência de conciliação, quando observou: *“Rememore-se, aqui, aquela conhecida - mas esquecida - recomendação do jurista alemão Rudolph von Ihering (1818-1892), no seu famoso livro “O Espírito do Direito Romano”, observando que o Direito só existe no processo de sua realização. Se não passa à realidade da vida social, o que existe apenas nas leis e sobre o papel não é mais do que o simulacro ou um fantasma do Direito, não é mais do que meras palavras. Isso quer dizer que, se o Juiz não assegurar a eficácia das concepções jurídicas que instituem as garantias das partes, tudo a que o Direito serve e as promessas que formula resultarão inócuas e inúteis.”*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4901/2020. Acesso em: maio 2023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264295>
- BACELLAR, Roberto Portugal. **A Pressa da Justiça Morosa**. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano VII, ed. nº6. Brasília. 2012
- FISHER, Roger e SHAPIRO, Daniel. **Além da Razão: A Força da Emoção Na Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2009.
- URY, William. **O Poder de Escutar**. YouTube, 20. jun. 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=xZ1f_C1Kmsw
- BUENO, Cassio Scarpinella, **Manual de direito processual civil: volume único**, 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 360.
- CÂMARA, Alexandre Freitas, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 199.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1824.214-DF (2019/00113522-8). Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. J. 10/09/2019. Em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1862526&num_registro=201901135228&data=20190913&formato=PDF
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1762.957-MG (2018/0221473-0). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 10/03/2020. Em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1920945&num_registro=201802214730&data=20200318&formato=PDF
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1769949-SP. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. J. 08/09/2020. Em <https://www.migalhas.com.br/coluna/jurisprudencia-do-cpc/342031/art-334-do-cpc--audiencia>

QUAIS AS HIPÓTESES E EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE SOBRE IMÓVEIS HIPOTECADOS?

Heloísa Bagatin Cardoso²³⁶, Robson Fumagali²³⁷

INTRODUÇÃO

O Estado defende a livre iniciativa e a liberdade econômica, permitindo que o setor privado promova relações negociais por intermédio da celebração de contratos, e a lei fornece sistemas de garantias para assegurar o adimplemento das obrigações e, também, formas de cobranças judiciais e extrajudiciais nos casos de descumprimento.

Todavia, há determinadas circunstâncias em que o legislador e os Tribunais por interpretação hermenêutica permitem o afastamento de garantias espontaneamente oferecidas pelo devedor em relações contratuais, restringindo a autonomia da vontade e a liberdade econômica dos contratantes, em respeito a princípios fundamentais esculpido na Constituição Federal.

O presente artigo faz uma breve reflexão acerca das hipóteses de declaração de impenhorabilidade sobre imóveis hipotecados e quais os possíveis efeitos jurídicos processuais e em relação a garantia perante o credor e terceiros.

1 DA HIPOTECA

A hipoteca é um direito real de garantia, podendo ser convencional ou legal. Quando estabelecida entre os contratantes, o proprietário indica determinado bem para satisfazer a obrigação assumida no contrato principal

²³⁶ Servidora Pública. Palestrante, Escritora e Coordenadora de livros em direito agrário e agronegócio. Pós-Graduada em Direito do Agronegócio (IDCC). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos). Bacharel em Direito (Unicuritiba). Tecnóloga em Comunicação Institucional e Empresarial (UTFPR). Coordenadora Nacional da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU), 2020-2022. Secretária Nacional da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU), 2019-2022. Membro da Comissão de Crédito e Financiamento Rural da UBAU, 2021-2022. Associada e Correspondente do Paraná da Academia Brasileira do Direito do Vinho (ABDVIN), 2019-2021. Membro da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2015-2020. Conciliadora e Multiplicadora do Projeto Pacificar é Divino do TJPR.

²³⁷ Bacharel em Direito (Unipar). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Faculdades Maringá); Especialista em Direito Público (Unicesumar); Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UEL); Especialista em Direito Empresarial (UEL); Pós-Graduando em Direito do Agronegócio (IDCC). Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/PR – Subseção Nova Esperança-Pr. Membro da Comissão de Direito do Agronegócio da OAB/PR – Subseção Nova Esperança-Pr. Colunista do Jornal Noroeste do Paraná. robsonfumagali@hotmail.com

em caso de inadimplência, desde modo, a hipoteca possui caráter acessório. Além do mais, conforme o art. 1.473, do Código Civil, podem ser objetos de hipoteca os bens imóveis e seus acessórios, estradas de ferro, navios, aeronaves, entre outros.

A posse do objeto hipotecado permanece com o proprietário até a execução da garantia pelo credor, a fim de proceder a alienação forçada do bem, seja de forma judicial ou extrajudicial, e utilizar o produto da alienação para satisfazer o crédito garantido, observando-se a ordem de preferência das hipotecas, nos termos do art. 1.478, do Código Civil.

Por se tratar de garantia real de obrigação, com base no art. 1.227, do Código Civil, a hipoteca precisa necessariamente ser registrada no cartório do imóvel ou no órgão competente para surtir os efeitos legais. Em resumo²³⁸, são características das garantias reais: *i)* a oponibilidade perante terceiros com eficácia *erga omnes*; *ii)* a observância do princípio da aderência ou inerência, ou seja, o direito real de garantia passa a se vincular ao objeto; e, por consequência, *iii)* o credor tem a possibilidade de sequela em relação ao bem independente da titularidade da propriedade; *iv)* além de deter preferência de crédito em relação a outras garantias reais mais novas ou de natureza pessoal.

Os requisitos da garantia real subdivide-se em três, sendo eles, os requisitos subjetivos e os requisitos objetivos indicados no art. 1.420 do Código Civil e os requisitos formais previstos no art. 1.424 do Código Civil: *i)* os requisitos subjetivos estão atrelados a pessoa de quem oferece o bem em garantia; *ii)* os requisitos subjetivos estão vinculados à coisa oferecida em garantia; e, *iii)* os requisitos formais são aqueles inerentes a formalização do contrato, suas especificações e as descrição do valor tomado, prazo de vigência do contrato, taxas de juros, se houver, e dados da coisa oferecida.

A hipoteca corresponde a um instrumento de garantia amplamente utilizado pelo sistema de financiamento imobiliário e de concessão de crédito, por trazer maior segurança jurídica ao credor e, com isso, reduzir os riscos de possível insolvência do devedor.

2 DA PENHORA E DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE

No caso de inadimplência, o credor com garantia real poderá propor ação de execução e a penhora recairá inicialmente sobre o objeto dado em garantia, com base no §3º, do art. 835, do Código de Processo Civil.

²³⁸ CARVALHINHO, Diana Gomes. Direitos reais: noções gerais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6995>. Acesso em: 08 set. 2021.

A garantia hipotecária não impede a alienação convencional da coisa, com fulcro no art. 1.475, do Código Civil, mas é a partir do ato da penhora que o bem fica indisponível para alienação ou oneração. Nas palavras de MARINONI E ARENHART: “A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida”,²³⁹

Ocorre que o legislador para salvaguardar direitos fundamentais, em especial os esculpido no art. 5º, da Constituição Federal, como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, proteção a família e a sua manutenção, proteção da moradia, estímulo ao trabalho, estabeleceu algumas espécies de restrições de responsabilidade patrimonial do devedor, para afastar determinados bens do ato de penhora, e impedir a alienação forçada destes, a fim de garantir um patrimônio mínimo ao devedor.²⁴⁰

No geral, a impenhorabilidade de determinado bem precisa ser declarada pelo magistrado no processo de execução ou em ação própria para retirá-lo da órbita do patrimônio passível de expropriação, tendo em vista que, *a priori*, todos os bens do devedor respondem pelas suas dívidas, salvo as restrições previstas em lei (art. 789, CPC).

Regra geral, quando o devedor oferece espontaneamente o imóvel em garantia hipotecária, ele está individualizando para o credor o patrimônio que irá responder pelas obrigações do contrato principal e, por consequência lógica, não poderia ser declarado como impenhorável.

Entretanto, existem ao menos duas hipóteses que configuram exceções à regra, cuja jurisprudência dos Tribunais Superiores entende ser possível a declaração de impenhorabilidade mesmo que o devedor tenha ofertado o bem em garantia hipotecária.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Execução. 3ª Ed, RT. p. 258.

²⁴⁰ Sobre a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson Fachin: “Aponte-se que a garantia de um patrimônio mínimo, a exemplo do que ocorre com o denominado “bem de família”, não afeta direta e necessariamente o direito material de crédito propriamente dito, mas sim retira bem (ou bens) da órbita da executoriedade. Trata-se, por assim dizer, de uma causa elisiva, que não impugna a regra segundo a qual o patrimônio (leia-se, pois, patrimônio disponível) do devedor é a garantia do credor. Sabe-se que as relações entre sujeitos de direito, muito frequentemente, geram direitos e, também, obrigações, cujo cumprimento é assegurado, em virtude de lei, pelo patrimônio do devedor. Tem-se no patrimônio do obrigado uma garantia genérica da satisfação do interesse do credor, no âmbito da seara contratual ou extracontratual. Isso porque o patrimônio do devedor responderá por todas as suas dívidas. Mas, será mesmo todo o patrimônio afetado para esse fim?” (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-74.).

a. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

A família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado (art. 226, da CF). Desse modo, o domicílio e moradia da família precisam ser protegidos para garantir o mínimo de dignidade. Assim, o art. 1º da Lei nº 8.009/90, estabelece que é impenhorável o imóvel residencial para responder por dívidas de natureza civil, comercial, fiscal e previdenciária, salvo as hipóteses legais.

Entre as ressalvas da oponibilidade da impenhorabilidade elencada na Lei 8.009/90, estão aquelas descritas no art. 3º, em especial para o presente debate a elencada no inciso V que aponta a “[...] *execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar.*”

A despeito da legislação estabelecer que é possível a penhora de bem de família hipotecado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a constrição somente pode ser realizada se o crédito tomado se reverteu em benefício da própria entidade familiar, pois, caso a garantia real tenha sido prestada em prol de dívida de terceiro ou por sócio de pessoa jurídica, sem beneficiar a família diretamente, admite-se o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, mesmo oferecido em garantia real.

Neste sentido é o atual precedente da Corte Superior, acerca da penhora de bem de família oferecido em hipoteca e, inclusive, com distribuição do ônus da prova diferenciada acerca do emprego do crédito a depender da formação do quadro societário da empresa:

“[...] 3. Acerca da possibilidade ou não de penhora do bem de família, quando dado em garantia de dívida por sócio da pessoa jurídica devedora, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o seguinte entendimento: “a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos” (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe de 07/06/2018). 4. Na hipótese, a Corte de origem consignou que o empréstimo foi firmado pelo recorrente, que é agricultor, e por sua esposa, com o objetivo de promover o custeio da lavoura de laranja, estando configurada, assim, situação em que o débito reverteu em favor da entidade familiar, afastando a impenhorabilidade do imóvel em questão. [...]”

(STJ - AgInt no REsp 1718322/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe **03/12/2019**) (grifos e destaques nosso)

Portanto, no STJ, é pacífica a tese de que *“A impenhorabilidade do bem de família hipotecado não pode ser oposta nos casos em que a dívida se reverteu em proveito da entidade familiar.”*²⁴¹ A contrário *sensu*, quando o crédito não é revertido em benefício da família, declara-se a impenhorabilidade do bem.

b. IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

A pequena propriedade rural trabalhada ou explorada pela família também é protegida pela regra da impenhorabilidade, consoante o art. 5º, XXVI da Constituição Federal e art. 833 inciso VIII, do Código de Processo Civil, com o escopo de salvaguardar a atividade agrária como geradora de alimentos para a nação e de sustento econômico familiar aos pequenos produtores rurais.

Em que pese haja divergências de alguns ministros no sentido de relativizar a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, o posicionamento majoritário dos Tribunais Superiores é de reconhecer a natureza absoluta da regra, reconhecendo ser ela inafastável até mesmo pela vontade das partes. Confira-se:

“[...] 5. A ausência de comprovação de que o imóvel penhorado é explorado pela família afasta a incidência da proteção da impenhorabilidade.

6. Ser proprietário de um único imóvel rural não é pressuposto para o reconhecimento da impenhorabilidade com base na previsão do art. 833, VIII, do CPC/2015. **A imposição dessa condição, enquanto não prevista em lei, é incompatível com o viés protetivo que norteia o art. 5º, XXVI, da CF/88 e art. 833, VIII, do CPC/2015.**

7. A orientação consolidada desta Corte é no sentido de que **o oferecimento do bem em garantia não afasta a proteção da impenhorabilidade**, haja vista que se trata de norma de ordem pública, **inafastável pela vontade das partes**. 8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico e a demonstração da similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas.[...]”

(STJ - REsp 1913236/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em **16/03/2021**, DJe 22/03/2021) (grifos e destaques nosso)

²⁴¹ STJ. Jurisprudência em Teses – nº 44. Acesso em: 08 set. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%EDlia.pdf

Neste sentido também vem se inclinando o Supremo Tribunal Federal, onde, em recente julgamento, reconheceu que a pequena propriedade rural, assim constituída, é um bem indisponível em virtude do seu caráter de garantia fundamental à manutenção e a segurança mínima do grupo familiar.

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 5º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. As regras de impenhorabilidade do bem de família, assim como da propriedade rural, **amparam-se no princípio da dignidade humana e visam garantir a preservação de um patrimônio jurídico mínimo.**

2. A **pequena propriedade rural** consubstancia-se no imóvel com área entre 01 (um) e 04 (quatro) módulos fiscais, ainda que constituída de mais de 01 (um) imóvel, e que **não pode ser objeto de penhora.**

3. **A garantia da impenhorabilidade** é indisponível, assegurada como **direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca.**

4. Recurso extraordinário não provido, com fixação da seguinte tese:

“É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização”. (grifos e destaques nosso)

(STF - ARE 1038507, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021)

Importante ressaltar que a Constituição Federal não recepcionou o artigo 649, X, do CPC/1973, com o texto conferido pela Lei 7.513/86, que fazia ressalva acerca da possibilidade de hipoteca para fins de financiamento agropecuário. Por tal motivo, a Lei nº 11.383/2006 alterou a redação para suprimir a exceção de oferecimento em hipoteca da pequena propriedade rural.

Diante deste prisma apontado pelas Cortes Superiores, o atual posicionamento majoritário é no sentido de reconhecer que a pequena propriedade rural, assim constituída, trabalhada ou explorada pela família, está revestida de proteção constitucional e esta *“garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca”*.²⁴²

²⁴² STF. Jurisprudência – ARE 1038507 - Tema 961 - Acesso em: 16 set. 2021. Disponível em:

3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM

Dentre os efeitos jurídicos decorrentes da declaração de impenhorabilidade do bem, a *priori*, ressalta-se a baixa e o cancelamento da penhora e de seu registro junto ao cartório de registro de imóveis ou ao órgão competente.

A controversa a respeito deste ponto repousa nos efeitos que a declaração de impenhorabilidade do bem gera na garantia real sobre ele registrada.

Atualmente o STJ vem reconhecendo o direito de impenhorabilidade tanto do bem de família quanto da pequena propriedade rural como acima demonstrado, mas, vem mantendo a eficácia da garantia real registrada sobre o bem impenhorável tendo por fundamento o princípio da boa-fé objetiva, dando azo a livre pactuação e vontade das partes.

Segundo relata PINTO²⁴³, os efeitos gerados com a contratação de uma garantia real se dividem em cinco, sendo eles: o privilégio, a sequela, a excussão, a indivisibilidade e o vencimento antecipado da obrigação garantida.

- Privilégio – os credores com garantia real têm direito de receber em certa ordem quando concorrem com credores que não tem garantia.
- Sequela – quando o bem que é objeto de garantia real é transmitido para um terceiro, ele continua afetado ao cumprimento da obrigação garantida.
- Excussão – consiste na execução judicial ou extrajudicial da dívida garantida, o bem será apreendido e alienado de forma judicial ou extrajudicial, e, com o dinheiro proveniente da alienação o credor será pago.
- Indivisibilidade – a garantia abrange todo o bem oferecido, mesmo que haja o pagamento parcial da dívida, sendo que a garantia pode ser contratada sob parte da coisa oferecida, desde que tal condição esteja expressa no instrumento.
- Vencimento antecipado da obrigação garantida – pode ser exigida antes do vencimento, quando há falência ou insolvência do devedor, ou deterioração do objeto, sem que este seja substituído ou reforçado a garantia pelo devedor. Como já pontuado, o direito real de garantia se fundamenta na possibilidade do credor se valer do bem ofertado para, em caso de inadimplência, promover a alienação forçada da coisa e com o produto da alienação receber seu crédito.

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%20garantia%20da%20impenhorabilidade%20%C3%A9%20indispon%C3%ADvel&sort=_score&sortBy=desc

²⁴³ PINTO, Reginaldo Leandro. **Direito Reais de Garantia**. Acesso em: 26 fev. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51992/direito-reais-de-garantias>.

Dentre os requisitos de eficácia e validade de uma garantia real, estão os requisitos subjetivos atrelados a pessoa de quem oferece o bem e os requisitos objetivos vinculados à coisa ofertada.

Neste diapasão, a respeito do posicionamento apresentado pela Corte Superior a respeito da validade e eficácia da garantia real atrelada a um bem impenhorável, observa-se que a Corte vem levando em conta apenas os requisitos subjetivos de validade da garantia que estão ligados à pessoa que oferece a coisa, deixando de lado a análise do requisito objeto que se vincula à coisa ofertada.

Ao debater a respeito do requisito objetivo da garantia real, MELO²⁴⁴ pontua o seguinte:

O requisito objetivo responde à pergunta sobre **o que poderá ser dado** em garantia real, e a resposta é que **somente bens alienáveis** poderão servir com objeto de um direito real de garantia, ou, em outras palavras, **somente bens que podem ser alienados em eventual execução forçada** ou em venda amigável autorizada, poderão ser dados em garantia. O contrato que preveja como garantia um **bem inalienável** é absolutamente ineficaz. (grifos e destaques nosso)

Pela análise do jurista, um *“contrato que preveja como garantia um bem inalienável é absolutamente ineficaz.”*

Este apontamento reflete a lógica que, se a coisa ofertada não pode ser objeto de alienação forçada para solver a dívida por ela garantida, esta coisa seria imprópria para este fim.

A decisão que declara a impenhorabilidade do bem possui efeitos *ex tunc*, ou seja, alcança atos promovidos no passado e reflete seus efeitos para o futuro, com a possibilidade de cancelamento da hipoteca no registro da matrícula do imóvel, com base no art. 205, I c/c art. 251, II, da Lei 6.015/73, e conseqüentemente, com eficácia *erga omnes*, uma vez que produz efeitos para além das partes envolvidas no processo judicial.

Diante desta ótica seria de extrema importância a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a impenhorabilidade do bem, posto ao fato de que, se ao tempo da contratação este bem já possuía a condição de impenhorável por força da Lei, estaríamos diante de uma ineficácia estrutural do contrato, pois a coisa ofertada seria imprópria para tal fim pela impossibilidade de sua alienação forçada - requisito objetivo de validade da garantia real – sendo ato nulo de pleno direito, como preceitua o art. 166 incisos II parte *b* e VI, do Código Civil.

²⁴⁴ DE MELO, MARCO AURÉLIO BEZERRA, *Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1066-1067.

Ao definir os reflexos da ineficácia estrutural de uma relação jurídica, HUMBERTO THEODOR JUNIOR, assim dispõe:

Quando o negócio não produz os efeitos dele esperados por **vício de estrutura (...)** a ineficácia incide **ab origine** impedindo a configuração de uma relação idônea. Surge a **ideia de nulidade**, como inaptidão para produzir regularmente os efeitos jurídicos.²⁴⁵ (grifos e destaques nosso)

Diferente modo seria o caso onde ao tempo da contratação a coisa oferecida em garantia real não possuía tal *status* protetivo, vindo a adquiri-lo posteriormente. Neste caso o reconhecimento da impenhorabilidade teria efeito *ex nunc* e eficácia *inter partes*, pois retiraria do credor a possibilidade de expropriação forçada da coisa, gerando apenas uma ineficácia funcional do contrato, ou seja, a garantia real permaneceria, inclusive com seus efeitos de sequela ou de preferência legal do bem em eventual alienação, pois no momento da contratação estariam presentes todos os requisitos de eficácia e validade da garantia real. Desta forma, em que pese a impossibilidade de expropriação do imóvel nos autos em que foi declarada a impenhorabilidade, não caberia o cancelamento do registro da hipoteca na matrícula do imóvel e os demais efeitos da garantia permaneceriam válidos.

Sobre a ineficácia funcional das relações jurídicas, preceitua HUMBERTO THEODOR JUNIOR²⁴⁶ que:

Quando o negócio, sem vício de estrutura, **perde a adequação para atender a função que o negócio originariamente teve como fonte da relação idônea** e, por isso, se torna propenso a contrariar sua função econômico-social, ocorrem como causas de ineficácia funcional. (grifos e destaques nosso)

Com isso observa-se que, para se apurar a real eficácia e validade de uma garantia real gravada sobre um bem posteriormente reconhecido como sendo impenhorável por força da Lei, deve-se ter por base todos os requisitos de validade da garantia real - objetivo, subjetivo e formal – e, modulando os efeitos da decisão que reconhece tal proteção, analisar se a garantia real seria ou não nula de pleno direito tendo por base o caso concreto.

²⁴⁵ JÚNIOR THEODORO, HUMBERTO. Negócio jurídico – Inexistência, invalidade e ineficácia – Diversidade de consequências jurídicas. Acesso em: 26 fev. 2022. Disponibilizado em: http://genjuridico.com.br/2019/12/23/negocio-juridico-inexistencia-invalidade/#_ftn9

²⁴⁶ Ibidem 10

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o sistema de garantias contratuais serve para abalizar e trazer segurança jurídica aos negócios particulares, porém em algumas situações excepcionais a autonomia da vontade pode ser afastada em prol de princípios fundamentais. Assim, o presente artigo procurou identificar as hipóteses e tecer breves considerações sobre os efeitos jurídicos da declaração de impenhorabilidade sobre imóveis hipotecados.

As Cortes Superiores entendem que é possível a declaração de impenhorabilidade do imóvel com garantia hipotecária em dois casos: *i)* bem de família oferecido em contrato de pessoa jurídica, quando o valor do financiamento não for revertido em benefício da entidade familiar; *ii)* pequena propriedade rural, quando trabalhada ou explorada pela família.

Na declaração de impenhorabilidade do imóvel hipotecado é possível analisar se há ineficácia estrutural, por invalidade da garantia desde a origem, com efeito *ex tunc* e *erga omnes* e anulação da hipoteca no registro na matrícula do imóvel, ou se há ineficácia funcional, por invalidade no curso da relação jurídica, com efeito *ex nunc* e *inter partes*, mantendo o registro da hipoteca e na matrícula do imóvel e os demais efeitos da garantia real, como o direito de seqüela e preferência do credor quando da alienação do imóvel.

REFERÊNCIAS

- CARVALHINHO, Diana Gomes. Direitos reais: noções gerais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6995>. Acesso em: 08 set. 2021.
- DE MELO, MARCO AURÉLIO BEZERRA, **Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência**, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1066/1067.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-74.
- JÚNIOR THEODORO, HUMBERTO. Negócio jurídico – Inexistência, invalidade e ineficácia – Diversidade de consequências jurídicas. Acesso em: 26 fev. 2022. Disponibilizado em: http://genjuridico.com.br/2019/12/23/negocio-juridico-inexistencia-invalidade/#_ftn9.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Execução**. 3. ed, RT. p. 258.
- PINTO, Reginaldo Leandro. **Direito Reais de Garantia**. Acesso 26 fev. 2022. Disponibilizado em: <https://jus.com.br/artigos/51992/direito-reais-de-garantias>.
- STF. Jurisprudência – ARE 1038507 - Tema 961 - Acesso em: 16 set. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%20garantia%20da%20impenhorabilidade%20%C3%A9%20indispon%C3%ADvel&sort=_score&sortBy=desc.
- STF - ARE 1038507, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021.
- STJ. Jurisprudência em Teses – nº 44. Acesso em: 08 set. 2021. Disponível em https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%EDlia.pdf
- STJ - REsp 1913236/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021.
- STJ - AgInt no REsp 1718322/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 03/12/2019.

CONSTITUIÇÃO E NEOPROCESSUALISMO

Larissa Pereira Barbosa²⁴⁷

RESUMO

O Código de Processo Civil (CPC/2015), em vigência a sete anos, inovou em muitos de seus institutos, primando, de sobre maneira, pela efetiva prestação da tutela jurisdicional, que se traduz em um processo justo, célere e efetivo. Para além disso, é primordial ressaltar que a norma vigente passou a prever um rol de direitos e garantias processuais, que corroboram a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, bem como o efeito irradiador de tais normas no arcabouço legal infraconstitucional. A previsão do rol, ainda que de forma não exaustiva, possui caráter informador e também representa um dever aos sujeitos processuais. O presente artigo tem como escopo a análise dos direitos e garantias fundamentais e sua previsão processual.

Palavras-chave: direitos e garantias fundamentais; processo civil; neoprocessualismo.

INTRODUÇÃO

A supremacia da Constituição da República, enquanto elemento fundante do Estado de Direito brasileiro impera aos cidadãos a garantia de direitos e deveres legais. Ao sujeito legislador a estrita observância de seus preceitos, sob pena de incorrer em afronta, por conseguinte violação e inconstitucionalidade, combatidas cotidianamente no cenário judicial. Para além disso, o primordial de ter tal instrumento normativo como centro irradiador de todo o sistema jurídico, é ver materializada suas garantias nos diversos microsistemas normativos, tal como é o direito processual civil.

O art. 5º, XXXV, LV, LXXVIII, entre outros, contém garantias mínimas relacionadas ao acesso ao Poder Judiciário, da garantia do contraditório e ampla defesa em processo judicial ou administrativo e a duração razoável e efetividade do processo; tais primados irradiados sobre norma processual vigente fizeram com que o legislador também previu no capítulo inicial do

²⁴⁷ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL (2019). Pós-graduada em Direito Processual Civil (2021) e em Direito Constitucional (2023), pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. E-mail: larissa.pereira@live.com

Código de Processo Civil, um rol ampliado de direitos e garantias fundamentais, que em última medida, refletem os direitos constitucionais já positivados.

O Capítulo 01 do Livro 01 do Código de Processo Civil intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” inaugura, sem sombra de dúvidas, um novo modelo de processo, que está direcionado a efetividade dos direitos fundamentais e garantias processuais, em detrimento do formalismo processual, que ainda o circunda. O art. 1º da norma e é de salutar importância ressaltar dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, o que ratifica o entendimento antes esposado. Ademais, apresenta-se também em um rol ampliado de direitos, adiante minuciosamente explicados, sem excluir os constitucionalmente previstos, que tem como escopo a garantia de um processo justo, célere e tempestivo.

Neste sentido, é de relevante importância o estudo do impacto das normas constitucionais sobre o processualismo civil que se inaugura com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e já consolidado hoje, a mais de sete anos de vigência.

1 INFLUÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO

A Constituição Federal de 1988, foi a responsável por reinserir a República em um regime democrático e de proteção de direitos fundamentais; tudo isso, considerando-se o histórico antecedente à sua promulgação.

O Brasil, após sofrer um golpe militar em 1964, passou aproximadamente 20 anos sob a égide de uma ditadura militar. Foi através de movimentos populares e sociais, principalmente do movimento Diretas Já, que reacesa uma nova chama democrática, tendo como decorrência a convocação da Constituinte; que ao final dos trabalhos comandados por Ulysses Guimarães, em 05 de outubro de 1988, promulgou a nova e vigente Constituição da República Federativa do Brasil. Ressalva. Neste sentido José Afonso da SILVA que

a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história da política do Brasil. (...) Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.²⁴⁸

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 88.

Outrossim, ainda que o Presidente Tancredo Neves, eleito por via indireta pelo Colégio Eleitoral, tenha falecido fatidicamente antes que pudesse assumir o cargo; o vice-presidente José Sarney que o assumiu, seguiu com os planos de construção da Nova República, idealizados por Tancredo, convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Aprovada através da EC-26 de 1985 e instalada em 01 de fevereiro de 1987, a constituinte instalada foi nominada como “Congresso Constituinte”.²⁴⁹

Ao final dos trabalhos, a Constituinte produziu um documento razoavelmente avançado em nível mundial: a Constituição da República Federativa do Brasil, denominada como Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.²⁵⁰

Como escopo materializador deste princípio, a Constituição prevê um amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões a partir do art. 5º, com vistas a assegurar e proteger liberdades coletivas ou individualmente consideradas. Na concepção de Ingo Wolfgang SARLET,

(...) um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito de terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um status, representado por um regime jurídico, diferenciado.²⁵¹

Conceituando-se, então, os direitos fundamentais como as garantias essenciais ao ser humano, que foram positivadas no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal, especialmente através do extenso rol previsto no seu art. 5º, entre os quais sem vêm garantidos, por exemplo, o direito à vida e à propriedade (*caput*), às liberdades individuais e coletivas (incisos IV à XIII), o direito fundamental de ação e o acesso ao judiciário (inciso XXXV)

²⁴⁹ Ibidem, p. 89.

²⁵⁰ Ibidem, p. 90.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 29 mar. 2023.

e as garantias processuais civis e penais (incisos XXXVII à LXXVIII), José Afonso da SILVA nos leciona que,

direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.²⁵²

Na concepção de Ingo Wolfgang SARLET, a existência de um rol amplo de direitos e garantias fundamentais, elevados agora a um status constitucional, apresenta três características comumente atribuídas, quais sejam: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Neste sentido, afirma ainda o mesmo autor que “o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”.²⁵³ De modo que, tendo a Constituição de 1988 advindo de um contexto histórico pós ditadura militar, onde ocorrida a violação de direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte teve a preocupação de tornar tais direitos cláusulas pétreas constitucionais (art. 60, § 4º, da Constituição Federal), condicionando a nova ordem jurídica à sua estrita observância e aplicabilidade, o que confere a essas garantias maior estabilidade e segurança jurídica face ao arbítrio dos demais poderes, principalmente ante a impossibilidade de sua máxima supressão ou a sua revogação - art. 60, § 4º.

No mesmo sentido, o autor ainda destaca que o pluralismo da Constituição advém “basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, (...) do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos etc.”.²⁵⁴ Do mesmo modo que o caráter

²⁵² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 178.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64-65.

²⁵⁴ Idem.

programático resulta “do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos”.²⁵⁵

Destarte, sendo os direitos fundamentais elementos essenciais à proteção das liberdades individuais, exprimindo-se em uma decisão política dotada uma elevada carga axiológica, ante contexto histórico de onde adveio, convém passar ao estudo da eficácia e aplicabilidade de tais normas.

No que tange à aplicabilidade e eficiência dos direitos fundamentais expõe Luís Roberto BARROSO que,

(...) uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. (...) Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão. (...) As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível.²⁵⁶

Deste modo, devendo as normas constitucionais serem aplicadas na máxima extensão possível, debruça-se a doutrina em definir a natureza jurídica de tais normas, sejam elas expressas por regras ou princípios. Ensina Gilmar Ferreira MENDES que “essa diferença de abertura e densidade das normas constitucionais afeta o grau da sua exequibilidade por si mesmas e dá ensejo a uma classificação que toma como critério o grau de auto aplicabilidade das normas”.²⁵⁷

Concatenando os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores clássicos que conceituaram a aplicabilidade das normas constitucionais no plano internacional, Gilmar Ferreira MENDES expõe que

Ronald Dworkin concordou que um princípio normativo e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. (...) A norma da espécie regra tem um

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [E-book].

²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book].

modo de aplicação próprio que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie princípio. Aplica-se a regra segundo o modo do tudo ou nada; de maneira, portanto, disjuntiva. (...) Em havendo um conflito entre regras, a solução haverá de se pautar pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). (...) Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. (...) Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.²⁵⁸

Aplicando se, portanto, as regras segundo o tudo ou nada, e os princípios, por sopesamento no caso concreto, o autor passa a tecer as diferenças da teoria de Dworkin para Alexy, explicando que, para este último,

toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre elas apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real). Enquanto os princípios incitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível, as regras determinam algo. (...) Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas.²⁵⁹

Através destas teorias, inicialmente buscaram os autores tecer a diferenciação entre as normas-princípio e normas-regra e de que forma devem ser interpretadas e aplicadas. Para além das teorias tecidas internacionalmente por Dworkin e Alexy sobre a aplicabilidade das normas, classicamente, José Afonso da SILVA advoga no ordenamento pátrio, uma perspectiva diferenciada, segundo a qual,

nossa Constituição, como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, função e natureza, por postularem finalidades diferentes, mas

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Idem.

coordenadas e inter-relacionadas entre si, formando um sistema de normas que se condicionam reciprocamente. Algumas delas são plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata; outras são de eficácia reduzida, dependem de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência; não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam.²⁶⁰

Nestes termos, referido autor classificou as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade em: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípios institutivo e programáticos, em geral dependentes da elaboração de normas infraconstitucionais para que possam operar seus efeitos.²⁶¹ Para Luís Roberto BARROSO,

De acordo com essa formulação, normas de eficácia *plena* são as que receberam da constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia *contida* são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêm meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia *limitada* são as que não receberam da constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema.²⁶²

Considerando, pois, as teorias de Dworkin e Alexy, a classificação trazida por José Afonso da Silva de que há limitação à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, bem como, que tenha o constituinte outorgado ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar algumas disposições constitucionais (caráter programático); noutro sentido, a própria Constituição no art. 5º, § 1º, previu de forma objetiva que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, não fazendo qualquer ressalva ao conteúdo e a certeza das normas previstas. A doutrina nestes termos novamente se debruça a explicar em que medida essas normas serão plenamente aplicadas. Para Ingo Wolfgang SARLET, levando-se em conta

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.,

²⁶² Idem.

a distinção entre normas-regra e normas-princípio,

(...) somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-se a, portanto, uma espécie mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem com maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (...) Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas as exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e referida obra de Juarez Freitas.²⁶³

Portanto, é dever do intérprete da norma constitucional, em específico das disciplinadoras de direitos fundamentais, aplicá-las em sua máxima extensão, a fim de concretizar o comando constitucional da aplicabilidade imediata. Tais normas só poderão ser afastadas no caso concreto, mediante ampla e fundamentada exposição de motivos, uma vez que se tratam de garantias fundamentais. Ressalta ainda o mesmo autor:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (...) o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de se ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.²⁶⁴

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**. p. 270-272.

²⁶⁴ Idem.

Isto porque, o status jurídico atribuído aos direitos e garantias fundamentais, no amplo rol que prevê a nossa Constituição Federal, e sendo estas garantias indisponíveis e essenciais à proteção da pessoa-humana, conclui-se que não seria outro o mandamento constitucional, senão de sua imediata aplicabilidade. Deste modo, compete aos órgãos ligados ao poder público, bem como aos três poderes, independentes e harmônicos entre si, buscar em suas atividades típicas e atípicas a concretização dos direitos fundamentais em sua aplicabilidade imediata. No que tange ao tema, ensinam ainda Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que

As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. (...) Quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o poder público importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que esta não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. (...) Diante dele fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas).²⁶⁵

Assim, incumbem aos órgãos do poder público nas amplas funções por eles desempenhadas, possibilitar a mais ampla aplicabilidade das normas que preveem direitos e garantias fundamentais. Como passa-se a expor, tal medida concretizadora é objetivo da nova e vigente legislação processual civil, sendo que incumbe também agora ao intérprete da norma a valia de tais disposições nos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário por ocasião do exercício do direito de ação.

2 DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL AO NEOPROCESSUALISMO

O Novo Código de Processo Civil contempla em seu primeiro livro e capítulo, um rol de garantias fundamentais processuais que visam informar e dirigir o novo processo. Na concepção de Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO “O Código de 2015 partiu das reformas do Código Buzaid, aproveitando-as especialmente naquilo que compatível com as exigências do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 82.

e tempestiva”²⁶⁶ Neste viés, muito mais do que a previsão de procedimentos especiais e tutelas diferenciadas como a pretensão do Código Buzaid de 1973, o Processo Civil vigente se preocupa com a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Cabe ressaltar que a evolução histórica do processo civil também demonstra essa preocupação; e, ainda que brevemente, cumpre explanar o ensinamento dos professores Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER e Antônio Carlos de Araújo CINTRA, que dividem a evolução do processo em três grandes fases: a fase sincretista, onde não era reconhecida a autonomia do direito processual; a fase autonomista, onde foi reconhecida a autonomia do direito processual frente ao direito material, consubstanciada principalmente no rigor técnico na teoria do direito de ação desenvolvida pelos alemães; e a fase instrumentalista, que se caracteriza pelo viés eminentemente crítico, com o escopo de identificar as falhas do rigor processual, aproximando-o mais da relação de direito material, com a finalidade de que o processo seja efetivo como meio de acesso à justiça.²⁶⁷

Segundo a instrumentalidade, que foi evidenciada na última fase de desenvolvimento do processo, ele (o processo) não pode ser considerado um fim em si mesmo, indiferente às relações de direito material e com demasiado rigor e formalismo técnico. O processo é o instrumento legal que dá concretude às relações de direito material. Neste sentido, ensina José Eduardo Carreira ALVIM que,

o processo é o instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; ou seja, o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos. (...) O juiz não possui interesse direto naquilo que constitui objeto da disputa judicial; sendo o seu interesse, como órgão estatal, secundário, ou seja, o de aplicar o direito objetivo, assegurando a cada um o que é seu. No processo, a lide é resolvida não segundo critérios de exclusiva conveniência do juiz, mas mediante a aplicação da lei, com justiça.²⁶⁸

Outrossim, considerando que Estado atraiu para si o ônus da solução da lide existente entre os sujeitos, tem-se que o processo é o instrumento

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66-67.

²⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book].

legal criado para resolver tais controvérsias. Com isso, o direito processual pode ser conceituado como o conjunto de normas que regem esse método de trabalho, isto é, do exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, o direito de ação pelo demandante e direito de defesa pelo demandado.²⁶⁹

No que refere a instrumentalidade, ensina Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER e Antônio Carlos de Araújo CINTRA, que

(...) hoje, prevalecendo as ideias do Estado Social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas ou os grupos e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. (...) O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social.²⁷⁰

De modo que,

Falar da instrumentalidade neste sentido positivo é, portanto, alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa. Para tanto, não é só necessário ter consciência dos objetivos a se atingir, como também conhecer a saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.²⁷¹

Não é outro o entendimento de José Eduardo Carreira ALVIM, para quem “O direito processual ainda hoje convive com o direito material, porque o processo tem natureza instrumental, objetivando a atuação da vontade da lei em relação a uma pretensão, tutelando, por tabela, os direitos subjetivos.”²⁷²

Assim, a instrumentalidade albergada ao processo civil nesta última fase de desenvolvimento marcada pela doutrina, deve também servir de escopo da prestação da devida tutela jurisdicional pelo Estado.

O processo iluminado pelos direitos fundamentais, no entanto, não se basta na instrumentalidade. Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER e Antônio Carlos de Araújo CINTRA, alertam para o estudo

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Op. cit., p. 64.

²⁷⁰ Ibidem, p. 60.

²⁷¹ Ibidem, p. 65.

²⁷² ALVIM. José Eduardo Carreira. Op. cit.

do processo segundo o contexto histórico que o conformou, ensinando que,

hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada da ordem processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.²⁷³

Não se olvida, portanto, que o processo possa ser instrumento de realização do direito material, contudo, o status jurídico albergado às garantias processuais no Estado Social que vem demonstrando a necessidade de aprimoramento de um processo que se torne justo, efetivo e tempestivo para as partes, isto é, em que direitos fundamentais processuais sejam respeitados. É nesse contexto de progressiva evolução do processo civil que a doutrina tem se debruçado atualmente, em analisar o processo sob o prisma de um direito processual constitucionalizado, segundo o qual, ainda que instrumento realizador de relações jurídicas materiais, o processo é meio de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Na concepção de Fredie DIDIER JÚNIOR estar-se-ia falando de um “neoprocessualismo”. Embora o conceito seja vago e demande inúmeras críticas, faz-se referência a esta quarta fase do processo civil que teve início sob o nome “formalismo-valorativo”, cujo movimento foi iniciado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Segundo essa doutrina, deve ser destacada a importância dada aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual.²⁷⁴

Esta corrente doutrinária, embora, como o instrumentalismo, vise o combate ao excessivo rigor técnico, ressalta que a formalidade é inerente ao processo e deve ser respeitada como meio de segurança jurídica ponderável com a eficiência e boa-fé das partes. Assim, segundo Haroldo LOURENÇO,

o formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocará em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a

²⁷³ Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER e Antônio Carlos de Araújo CINTRA. Op. cit., p. 103.

²⁷⁴ Ibidem, p. 53.

arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. A forma assegura, ainda, uma disciplina na atuação judicial, garantindo a liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. (...) Assim, o formalismo é elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo; gera um poder organizador e ordenador, bem como um poder disciplinador.²⁷⁵

O formalismo processual, ainda que no novo modelo processual tenha sido minimizado ou simplificado, deve ser analisado sobre um prisma positivo, isto é, de garantir isonomia e paridade de armas às partes, preservando-se assim a boa-fé e garantindo a segurança do processo através da ordem dos atos. Deste modo, o processo seria um instrumento ordenado e formal para a realização do direito material, e segundo a nova ótica constitucional, meio para concretização das garantias fundamentais do homem.

De acordo com o que expõe a doutrina neoprocessualista, o direito processual deve ser pensado para a organização de um processo justo, alcançando suas finalidades em tempo razoável e, principalmente, colaborando para justiça material da decisão, considerando-se ainda o permanente conflito e ponderação dos princípios da segurança jurídica e efetividade processual.²⁷⁶

Ensinam Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, que os conceitos de processo e procedimento devem ser adequados ao contexto histórico aos quais serão aplicados, e não devem ser desvinculados dos valores sociais inerentes ao período, isto porque:

Para a legitimidade da jurisdição, não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo ainda necessário a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, devendo ser dito ilegítimo, nessa linha, o procedimento que restringe as alegações do réu, no que toca ao direito material, em desatenção aos direitos fundamentais – não apenas processuais, como o direito ao contraditório, mas sim materiais.²⁷⁷

Neste sentido, impende-se destacar ainda que o formalismo atribuído à fase autonomista do processo não mais se sustenta nas fases instrumentalista e neoprocessual.

²⁷⁵ LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/54434>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso ...**. p. 440. v. 1.

A jurisdição, como conceito intimamente vinculado ao processo e procedimento, possui objetivos próprios que são ligados com a proteção de direitos e garantias fundamentais, sejam elas materiais ou processuais. Destacam ainda Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que,

o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.²⁷⁸

Os conceitos de processo e procedimento no Estado Social devem atender aos fins almejados pelas partes com a tutela jurisdicional, mas também aos valores por ela protegidos. O processo não se sustenta na sua imparcialidade, considerando-se os valores sociais nele imbuídos; no mesmo sentido em que a jurisdição não pode desvincular-se dos efeitos materiais projetados pelas decisões nas relações sociais. Portanto, não bastam tutelar apenas os direitos materiais almejados, mas também há o dever de resguardar os valores e princípios inerentes à jurisdição no Estado Constitucional. Neste sentido, afirmam os mesmos autores que

a jurisdição do Estado Constitucional caracteriza-se a partir do dever estatal de dar tutela aos direitos. Como é evidente, a ideia de proteção de direitos não tem a ver com antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual, O Estado Constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de também compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.²⁷⁹ (...)

E concluem que,

O processo, além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger os direitos, deve ser legítimo espelhando os valores que

²⁷⁸ Ibidem, p. 441-442.

²⁷⁹ Ibidem, p. 443.

fazem do Estado uma democracia ou que conferem ao exercício do poder natureza democrática. Quer dizer, basicamente, que o processo deve ser aberto ao contraditório ou estar aberto à participação dos particulares que a ele recorrem e são afetados em suas esferas jurídicas pelos atos de positivação de poder do Estado-juiz, além de viabilizar o adequado controle sobre as razões invocadas pela jurisdição para outorga sentido à Constituição e à legislação.²⁸⁰

(...) o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a tutela dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais ao caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais.²⁸¹

Embora a doutrina divirja quando a nomenclatura correta a ser adotada ao fenômeno, se neoprocessualismo ou se formalismo-ético, uníssono é o entendimento de que estas correntes foram iniciadas com a garantia do status jurídico constitucional albergado às garantias processuais.

É amplo o rol destas garantias, sejam elas processuais civis ou penais, positivadas no art. 5º da Constituição Federal, sendo que merecem destaque, entre outras normas: os incisos XXXV (garantia do acesso à justiça ou inafastabilidade de jurisdição), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LX (motivação das decisões) e LVI (vedação de prova ilícita), garantias estas inclusive previstas em tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, e que determinam ao processo a observância de requisitos mínimos a sua tramitação.

Assim, a consagração de garantias fundamentais processuais no capítulo e livro inaugurais do Novo Código ressaltam o compromisso da lei com a imediata aplicabilidade dos valores constitucionais, e que se desvelam na constitucionalização do direito processual civil.

3 NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: TEORIA GERAL

Com o intuito de instrumentalizar a devida prestação da tutela jurisdicional, garantia processual constitucionalmente prevista no art. 5º, LXXVIII, é que o Código de Processo Civil positivou no seu primeiro livro e capítulo um rol de normas fundamentais que visam orientar, informar e subsidiar a interpretação e aplicação das normas processuais.

²⁸⁰ Ibidem, p. 445.

²⁸¹ Ibidem, p. 446.

Tais normas, especialmente previstas entre os artigos 1º e 12 do referido diploma, são o substrato principiológico para a interpretação e direção do processo. Na lição Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO “As normas fundamentais elencadas pelo legislador infraconstitucional constituem as linhas mestras do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”.²⁸²

No mesmo sentido, ilustra Fredie DIDIER JÚNIOR que,

os direitos fundamentais têm dupla dimensão: a) subjetiva: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; b) objetiva: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo o ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. (...) Assim, o processo deve ser adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (...). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório.²⁸³

Neste viés, cabe ressaltar a função que desempenham os princípios no ordenamento jurídico, enquanto normas de caráter abstrato e sujeitas a ampla interpretação. Sobre o tema, elucidam Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI que os princípios,

(...) são normas “fundantes” do sistema jurídico. São os princípios que, a rigor, fazem com que exista um sistema. Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios, vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. Então, como vetores de organização do sistema, os princípios orientam a elaboração legislativa, a interpretação e a aplicação do direito processual. Por outro lado, na condição de normas jurídicas, os princípios também impõem deveres e constituem direitos. (...) Os princípios são “mandados de otimização”: incidem sempre que puderem incidir, de modo a fazer com que o sistema atinja da melhor maneira possível os

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código ...**. p. 90.

²⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 63-64.

fins a que se destina (no caso do sistema processual, o objetivo é a tutela jurisdicional justa, eficiente e em tempo razoável).²⁸⁴

As normas fundamentais processuais, que se expressam através de regras ou princípios, têm como objetivo servir de base fundamentadora, isto é, de substrato para as decisões judiciais, além de desempenhar importante função informativa, de orientação e de premissa básica para o desenvolvimento do processo.

A previsão de normas processuais fundamentais no primeiro capítulo do Código de Processo Civil ressalta a forma pela qual deve pautar-se a condução do processo pelos sujeitos processuais (aqui mencionados em sentido amplíssimo: partes, juiz, serventúrios etc.). Ensina Cássio Scarpinella BUENO que os princípios,

(...) ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, embora fundamentais, de como deve se dar o próprio comportamento do Estado-juiz. Eles prescrevem, destarte, o “modo de ser” (mais precisamente, de “dever-ser”) do processo na perspectiva constitucional. Se não houvesse lei processual civil nenhuma, o mínimo essencial a ser observado na construção de tais leis e, mais genericamente, de um Código de Processo Civil, qualquer que fosse ele, em terras brasileiras ao menos, deveria ser extraído diretamente da CF. Os princípios que reputo essenciais para a compreensão desse mínimo essencial do direito processual civil.²⁸⁵

O art. 1º do Código de Processo Civil dispões que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil e demais disposições previstas no próprio código. Em última análise, portanto, a observância das normas fundamentais processuais resulta na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais constitucionais, conforme previsão agora não só do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, embora já fosse suficiente, mas também da regra expressa no art. 1º do atual Código de Processo Civil.

Sobre o tema expõem Viviane Lemes da ROSA e William Soares PUGLIESE que “é justamente neste sentido que se afirma, portanto, que se trata de um conjunto

²⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. 5. ed. e-book baseada na 16. ed. impressa. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. v. 1. [E-book].

²⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [E-book].

com objetivo normativo de estabelecer ordem e coerência na interpretação da lei, ao mesmo tempo em que aponta os melhores princípios e caminhos para que o Código seja aplicado”.²⁸⁶ Na concepção crítica de Cassio Scarpinella BUENO,

o estudo do direito processual civil na perspectiva do seu “modelo constitucional”, faço questão de enfatizar isto, não se resume a saber os temas que a CF trata sobre direito processual civil, mas, muito mais do que isto, aplicar diretamente as diretrizes constitucionais com vistas à obtenção de fruições concretas de direito material resultantes da atuação do Estado-juiz pelo e no exercício de sua função jurisdicional. O CPC de 2015 deve se adequar, necessariamente, ao atingimento daqueles fins; nunca o contrário. (...) Sempre será o caso, portanto, de confrontar o ser do processo – a começar pelo CPC de 2015 – com o dever-ser constitucional. Não há como evitar isto e, insisto, é o próprio art. 1º do CPC de 2015 que o reconhece, e expressamente.²⁸⁷

O art. 1º do Código de Processo Civil ressalta hoje o primado das normas e valores constitucionais sobre a legislação infraconstitucional, com o objetivo primordial de filtrar estas normas à luz da Constituição e também de reafirmação da norma constitucional com efeito irradiante sobre o ordenamento jurídico pátrio. No que tange à norma processual, ressalvado o seu caráter infraconstitucional, tem-se que o art. 1º impõe um dever, enquanto cumprido o ato legislativo aos atores processuais para que no curso do processo pautem sua atuação de acordo com a norma constitucional e principalmente conformando os valores nela insculpidos.

O primeiro capítulo do Novo Código de Processo Civil, como ressaltado, é o responsável por expor as normas fundamentais do processo, sejam ela expressas através de regras ou princípios (Enunciado 370 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁸⁸ - FPPC), segundo as quais o processo deve ser interpretado e orientado. O rol de normas, porém, não é exaustivo (Enunciado 369 FPPC²⁸⁹), cabendo a aplicação dos princípios gerais de Direito ou mesmo as garantias constitucionais ao devido processo. Expõe Fredie DIDIER JÚNIOR que

há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros

²⁸⁶ ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. **Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104641>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit.

²⁸⁸ Enunciado 370 da FPPC: “Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”.

²⁸⁹ Enunciado 369 da FPPC: “O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo”.

artigos do CPC. Há normas fundamentais na Constituição – devido processo legal, juiz natural, proibição de prova ilícita; há normas fundamentais espalhadas no CPC, como o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo e o dever de observância dos precedentes judiciais (arts. 926-927, CPC).²⁹⁰

Considerando, portanto, que são as normas fundamentais do processo, o substrato e eixo principiológico para interpretação e direção do novo modelo de processo civil brasileiro, convém passar ao estudo das normas em espécie.

4 NORMAS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE

Prevê o art. 2º do Código de Processo Civil que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” Tal previsão resguarda o princípio dispositivo ou da inércia de jurisdição, segundo o qual incumbe à parte a provocação da jurisdição para a tutela de seu direito. Sobre o tema, ensinam Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI que,

conforme o princípio dispositivo, incumbe àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido jurisdicionalmente (ou àquele a quem autoriza a agir em seu lugar) colocar em movimento o aparato judiciário, para dele obter uma concreta solução quanto à parcela do conflito trazida a juízo (a essa parcela do conflito que é judicializada denomina-se lide). Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação do interessado. Por isso, fala-se também de princípio da inércia inicial da jurisdição.²⁹¹

O objetivo de tal princípio é resguardar a imparcialidade do juiz e a congruência aos pedidos do interessado (art. 492 do Código de Processo Civil), e preservar o escopo de pacificação social inerente à jurisdição, a quem compete a solução de conflitos e não a suscitação destes sem que haja manifesto interesse, necessidade e legitimidade das partes.

O art. 3º consagra a inafastabilidade de jurisdição ao dispor que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, bem como os meios de solução consensual dos conflitos (incluindo-se a arbitragem, conciliação e mediação), que devem ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

²⁹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 86.

²⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit.

Ainda que a inafastabilidade da jurisdição seja um princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e que garanta que toda situação conflituosa, que implique ameaça ou lesão a direitos, sejam eles individuais ou coletivos, possa ser submetida ao controle jurisdicional²⁹²; o estímulo à solução consensual dos conflitos advém sobretudo do alto número de demandas ajuizadas (cerca de 62 milhões em 2022 segundo dados do CNJ²⁹³) e seu caráter notoriamente patrimonial. Neste sentido, expõe Guilherme Pupe da NÓBREGA,

a mensagem presente na norma é a de que embora a jurisdição seja o método oficial de resolução de conflitos, não é ela o único método existente. (...) O Judiciário, assoberbado por um congestionamento de processos que lhe são levados a conhecer, pretende cada vez mais colocar-se, ele sim, como método alternativo, último *ratio*, apenas quando frustradas possibilidades diversas de solução. Essa tentativa prévia de resolução do conflito por vias não-judiciais, é claro, não pode ser estabelecida como condição ou pressuposto para o acionamento judicial, mas pode e deve ser a mais estimulada possível.²⁹⁴

Por isso é que dispõem, entre outros, os arts. 139, V, e 334 do Código de Processo Civil, a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e os Enunciados 371²⁹⁵ e 485²⁹⁶ da Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que a solução consensual dos conflitos deve ser amplamente estimulada pelas partes e pelo juízo, como meio alternativo de solução da lide patrimonial, seja na fase de conhecimento, recursal ou mesmo no processo executivo; ressalvadas as hipóteses onde não possa haver autocomposição (art. 334, § 4º, II, do Código de Processo Civil).

²⁹² Idem.

²⁹³ MELO, Jeferson; BANDEIRA, Regina. **Justiça em Números 2022: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Segundo%20a%20publica%C3%A7%C3%A3o%2C%20o%20ano,provis%C3%B3rio%2C%20aguardando%20defini%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20futura.s>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²⁹⁴ NOBREGA, Guilherme Pupe. **As normas fundamentais do processo civil no CPC/15 – Primeira parte**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI230826,71043-As+normas+fundamentais+do+processo+civil+no+CPC15+Primeira+parte>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²⁹⁵ Enunciado 371 FPPC: “Os métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados também nas instâncias recursais”.

²⁹⁶ Enunciado 485 FPPC: “É cabível conciliação ou mediação no processo de execução, no cumprimento de sentença e na liquidação de sentença, em que será admissível a apresentação de plano de cumprimento da prestação”.

Dispõe adiante o art. 4º que “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Tal dispositivo consagra o princípio da duração razoável do processo e celeridade previstos no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

No entanto, não se está a afirmar sob este princípio que o tempo do processo deva ser reduzido a qualquer custo, até porque os atos processuais dependem de tempo para que sejam realizados; sendo o tempo demarcado, muitas vezes, através de prazos processuais para as partes e o juiz, vide arts. 226 e 227, além de prazos próprios para os demais atos processuais (por exemplo, prazo recursal). Busca-se através deste princípio evitar dilações indevidas para que o processo chegue à solução do mérito invocado pelas partes, em um tempo razoável, conforme elucida Guilherme Pupe NOBREGA,

O processo tem um tempo natural, que é seu e que é considerável, mas que existe em razão da necessidade de se garantirem outros princípios constitucionais (ampla defesa, contraditório, isonomia e o próprio acesso à Justiça). Razoável duração do processo, portanto, quer dizer que o tempo necessário seja apenas o necessário. Que a jurisdição seja prestada com efetividade e eficiência segundo as peculiaridades do caso concreto evitando-se o dano marginal para as partes e “dilações indevidas.”²⁹⁷

Sobre a duração razoável do processo, expõe Fredie DIDIER JÚNIOR que segundo o entendimento da Corte Europeia dos Direitos do Homem, respeitadas as circunstâncias do caso concreto, “devem ser observados três critérios para que se determine se a duração do processo é ou não razoável: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.”²⁹⁸ Neste sentido, ressalta que “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.²⁹⁹ Em igual opinião, o escólio de Eduardo Luiz Cavalcanti CAMPOS:

(...) o princípio da efetividade determina (ao legislador, ao juiz, isto é, a todos os destinatários da norma) a criação de instrumentos jurídicos que viabilizem uma maior efetividade do comando normativo da decisão, isto é, que promovam um maior cumprimento das decisões judiciais, reduzindo os casos de descumprimento. Por exemplo, a criação de medidas

²⁹⁷ NOBREGA, Guilherme Pupe. Op. cit.

²⁹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 123.

²⁹⁹ Ibidem, p. 125.

sub-rogatórias, coercitivas, sancionatórias ou até premiais adequadas contribuem para uma maior efetividade do comando normativo da decisão judicial.³⁰⁰

É relevante destacar o esforço do legislador com a norma processual para a criação ou aprimoramento de institutos processuais que visam aumentar a celeridade e eficiência processuais. São exemplos: o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 355 do Código de Processo Civil), o julgamento de improcedência liminar (art. 332 do Código de Processo Civil), o uso de prova emprestada (art. 372 do Código de Processo Civil), o julgamento monocrático em sede recursal (art. 932 do Código de Processo Civil), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil), entre outros institutos.

A última parte do dispositivo expressa o objetivo de se atingir a atividade satisfativa corroborando o previsto no art. 6º do diploma processual civil, segundo o qual “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A satisfação e efetividade da tutela jurisdicional reforçam a necessidade trazida pelo Código de que sejam evitadas sentenças vazias, isto é, que o juiz além de dizer o direito ao caso concreto, utilize-se de outros meios processuais para que o direito reconhecido seja concretizado através da tutela jurisdicional executiva. Este dever vem sobretudo exposto no art. 139, IV e VI, do Código de Processo Civil, segundo os quais incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (inciso IV), bem como dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (inciso VI).

Assim, pela vigente norma adjetiva o juiz assume papel de destaque no processo; a ele os pedidos e as provas são submetidas (art. 370 do Código de Processo Civil) para que em tempo razoável profira a decisão de mérito, e inicie (ou permita que seja iniciada) a atividade satisfativa do direito declarado às partes (tutela executiva).

O art. 6º dispõe ainda sobre a cooperação das partes no processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Ensinam Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI que

esse princípio impõe ao juiz, partes e demais sujeitos da relação processual que atuem de modo coordenado em vista do objetivo

³⁰⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book].

final do processo. Não se ignora o antagonismo estabelecido entre as partes. Tampouco se pode desconsiderar que, em primeiro lugar, cada parte tem o direito de, nos limites da boa-fé, exercer todas as faculdades processuais possíveis para obter no processo o resultado que lhes seja o mais favorável possível. No entanto, nada disso afasta a consideração de que o único objetivo a que legitimamente se pode aspirar no processo é uma tutela jurisdicional justa e oportuna. Esse escopo é idêntico para todos os sujeitos do processo - e ele serve de pauta e meta para o dever de cooperação.³⁰¹

A solução do mérito da lide, ainda que antagonica ao interesse do autor ou do réu, é o objetivo do processo e com a cooperação das partes e mediação do juiz deve ser alcançada. Na concepção de Daniel Amorim Assumpção NEVES, a propositura de um sistema cooperativo é benéfica ao processo, vez que a participação ativa das partes, principais interessadas no processo, aumenta as chances de influenciar positivamente na tomada das decisões judiciais.³⁰²

Respeitando-se, portanto, o mérito da demanda e o tempo necessário despendido a sua instrução, deve ser prolatada decisão que resolva a lide. E, neste sentido, consagra ainda o referido artigo o princípio da primazia no julgamento de mérito. Segundo Daniel Amorim Assumpção NEVES “(...) cabe ao juiz fazer o possível para evitar necessidade de prolatar uma sentença terminativa no caso concreto, buscando com o todo o esforço chegar a um julgamento de mérito”.³⁰³

Como corolário deste princípio, restou positivado no art. 5º do Código de Processo Civil que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Ao teor dos enunciados 374 e 375 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estar-se-ia falando da boa-fé objetiva das partes, que permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais, vedando ainda comportamentos contraditórios (Enunciado 378³⁰⁴).

A boa-fé objetiva constitui-se em um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe a todo cidadão que nas suas relações sociais atue com honestidade, lealdade e probidade. Neste sentido, ensinam Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI,

³⁰¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit.

³⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 206.

³⁰³ *Ibidem*, p. 214.

³⁰⁴ Enunciado 378 FPPC: “A boa fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios”.

o princípio da lealdade, por sua vez, vem tratado minuciosamente nos arts. 77 e ss. do CPC/2015. O comportamento das partes e de todos os envolvidos no processo deve respeitar os preceitos relativos à boa-fé, repugnando ao sistema o comportamento desleal. Se o processo tem como um de seus escopos a realização do direito no caso concreto, não se pode alcançar esse objetivo por meio de trapaças e comportamentos levianos. A lei prevê severas punições para os comportamentos destoantes desse princípio. Como já observamos, quando tratamos da noção de norma que contém dever a ser observado pela parte (e por todos quantos atuam no processo), o art. 5.º prevê como dever, tanto das partes quanto de seus advogados, o de “comportar-se de acordo com a boa-fé”.³⁰⁵

A boa-fé, acaso descumprida pelas partes no processo e verificada pelo juiz têm como consequência a aplicação de sanção através de multa por litigância de má-fé (art. 80 e seguintes do Código de Processo Civil), ou ainda por ato atentatório à dignidade de justiça (art. 77, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil), sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

Ademais, no art. 7º do Código de Processo Civil restou positivado o princípio da paridade de armas, que segundo disposição expressa da norma adjetiva “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Resta reforçado o princípio da isonomia ou igualdade, que na doutrina de Daniel Amorim Assumpção NEVES inclusive é a forma que o juiz tem de mostrar-se imparcial diante do processo, garantindo tratamento isonômico às partes, porque demonstra que não há favorecimento em favor de qualquer uma delas.³⁰⁶

Há que ser ressalvado que, a isonomia formal garantida às partes pela Lei deve ser observada no plano da relação jurídico-processual, onde a realidade pode não ser a mesma. Neste sentido é que o Código prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 2º, do Código de Processo Civil) na qual, observando as peculiaridades inerentes à lide e caso haja maior facilidade a uma das partes na produção da prova, possa haver a inversão do ônus a ela inerente. Disposição semelhante está positivada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor que garante a inversão do ônus probatório à parte hipossuficiente no processo.

O art. 8º expõe ainda que, “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e

³⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit.

³⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 193.

promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Merecem destaque neste artigo a consagração processual da dignidade da pessoa humana, fundamento da República exposto no art. 1º, III, da Constituição Federal; a publicidade dos atos e julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário (art. 93, IX, da Constituição Federal) e sobretudo o princípio da eficiência, linha mestra ao novo processo civil brasileiro.

Ademais, a primeira parte do dispositivo que expõe “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, resulta na positivação processual do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em texto idêntico, resultando no dever do juiz em não só aplicar a lei, mas aplicar o Direito enquanto fenômeno social ao caso concreto.

Segundo o Enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o termo ordenamento jurídico engloba também os precedentes vinculantes, tema que inova a Constituição Federal no que tange à vinculação das decisões judiciais aos precedentes. Expõem Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que “A subordinação da aplicação da ordem jurídica a fins sociais e ao bem comum, portanto, não importa a previsão de fins outros que não aqueles assinalados pela sua função dentro do ordenamento jurídico ao processo civil”.³⁰⁷ Neste sentido, para cumprimento do dispositivo o processo deve ser aplicado de acordo com as finalidades que se destina, e com o escopo maior que é a pacificação social.

Nos arts. 9º e 10 vieram consagrados de forma amplíssima o princípio do contraditório, de modo que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º), bem como, “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

O princípio do contraditório é previsto constitucionalmente no art. 5º, LV, e diz respeito à possibilidade de manifestação das partes nos autos. Para Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI o “Contraditório mais do que simples ciência e reação é o direito de plena participação de todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, e de efetiva influência sobre a formação da convicção do julgador”.³⁰⁸

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código ...**). p. 105. v.1.

³⁰⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit.

Outrossim, é imperioso observar que também o Código de Processo Civil busca a participação ativa das partes, e é através do contraditório, que o juiz mantém diálogo com elas influenciando diretamente na solução da lide. Grande exemplo disso é a designação de audiência para o saneamento do feito, quando a causa apresentar complexidade de fato ou de direito, onde há cooperação das partes para a fixação dos pontos controvertidos e provas a serem produzidas para a elucidação dos fatos (art. 357, § 3º, do Código de Processo Civil).

O contraditório, ademais, é princípio basilar do processo, que está positivado nos diversos ordenamentos jurídicos internacionais. A nova visão do contraditório, trazida pelo Código de Processo Civil, e também da legitimação da jurisdição pela efetiva participação das partes, na doutrina de Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO encontra como consequência a busca por um processo justo e efetivo às partes; de modo que afirmam os referidos autores,

Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo deste tipo certamente não é um processo justo ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também têm o direito de participar com paridade de armas.³⁰⁹

É dever do juiz, portanto, zelar e oportunizar às partes o efetivo contraditório, antes de decidir, ainda que seja possível fazê-lo de ofício. O contraditório é elemento essencial para que, além de influir nas decisões, seja possível garantir às partes a paridade de armas no processo.

Desta forma e consoante o previsto nos arts. 7º, 9º e 10 o Código de Processo Civil busca a implantação de um contraditório efetivo, mas não protelatório, ao processo. Neste sentido, expõe Humberto THEODORO JÚNIOR que, “(...) resta consagrada a imposição legal do contraditório efetivo, para interditar as “decisões de surpresa”, fora do contraditório prévio, tanto em relação a questões novas, como a fundamentos diversos daqueles com que as questões velhas foram previamente discutidas no processo”.³¹⁰

O art. 11 do Código de Processo Civil ocupa-se da publicidade dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário ao dispor que “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Este princípio está constitucionalmente previsto no art. 93, IX; excetuando-se os processos em trâmite sob sigilo de justiça (art. 11, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso ...**. p. 451.

³¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 159.

A publicidade dos atos jurisdicionais é princípio basilar do direito, assim como a fundamentação das decisões, que pode tornar a decisão nula acaso não observada pelo juiz (art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil). A fundamentação das decisões judiciais não pode ser limitada à reprodução de enunciado sumular ou legal, deve expor as razões de fato e direito para a tomada da decisão pelo juiz, e a aplicação dos enunciados ao caso *sub judice*. Constitui-se assim em uma garantia fundamental para as partes, possibilitando também a impugnação da decisão proferida por meio de recursos (considerando-se o rol taxativo do art. 994 do Código de Processo Civil).

Por fim, o art. 12 que foi alterado pela Lei 13.256/2016 dispõe o dever dos juízes e tribunais de observância da ordem cronológica de conclusão para a prolação de sentenças e acórdãos. Embora a doutrina entenda, em sua maioria, ser desnecessária a previsão de tal norma, o objetivo aqui albergado pela norma processual é de garantia da isonomia e razoável duração do processo. É neste sentido que Humberto THEODORO JÚNIOR dispõe que,

Se “todos são iguais perante a lei” (CF, art. 5º, caput), e se ao órgão judicial incumbe “assegurar às partes igualdade de tratamento” (NCPC, art. 139, E),¹⁴³ é óbvio que a garantia de isonomia restará quebrada se a escolha do processo a ser julgado, dentre os diversos pendentes de decisão, pudesse ser feita sem respeitar a ordem cronológica de conclusão. A garantia constitucional não pode conviver com privilégios desse tipo.³¹¹

Conforme o acima elucidado, o primeiro capítulo do Código de Processo Civil dispõe das normas fundamentais processuais, que são os valores mais caros a serem observados e aplicados na sua máxima extensão. A observância dos princípios é função das partes em sentido amplo, e cuja aplicação deve ser velada pelo juiz. Ademais, porque representam a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

A exposição de motivos do Código de Processo Civil nos apresentada que “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.³¹²

³¹¹ Ibidem, p. 169.

³¹² SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. [E-book].

Com a finalidade da garantia de direitos fundamentais, materiais e processuais a lei adjetiva vigente, ainda que não tenha inovado na maioria de seus institutos e não represente uma ruptura com o passado, têm o objetivo de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.³¹³ É neste sentido que se corrobora a previsão de um rol, ainda que não exaustivo, de normas fundamentais de caráter processual que visam proporcionar através da tutela jurisdicional, um processo que seja adequado (justo), tempestivo (célere) e efetivo às partes litigantes (art. 5º, LXXVIII, da CF).

As normas fundamentais processuais visam sobretudo orientar a direção de um processo que alcance a justiça em detrimento do formalismo, que seja útil às partes para o alcance do direito material almejado de forma tempestiva e que seja efetivo, de modo que hajam mecanismos processuais hábeis a materializar o direito material reconhecido em juízo. Conforme expõe Fredie DIDIER JUNIOR,

o direito ao processo justo constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional (art. 5º, LIV, CF). É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas. O direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva.³¹⁴

Assim, pode-se concluir que a previsão de um capítulo de normas fundamentais processuais indica no novo diploma a busca por um processo efetivo e de devida prestação da tutela jurisdicional, sobretudo, de respeito às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

³¹³ Idem.

³¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 91.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book].
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [E-book].
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [E-book].
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-book].
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FARIELLO, Letícia. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/54434>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book].
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- NOBREGA, Guilherme Pupe. **As normas fundamentais do processo civil no CPC/15 – Primeira parte**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI230826,71043-As+normas+fundamentais+do+processo+civil+no+CPC15+Primeira+parte>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do **Novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104641>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 29. mar. 2023.
- SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. [E-book]
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed., rev. e atual. até a Emenda

Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. 5. ed. e-book baseada na 16. ed. impressa. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. v. 1. [E-book].

INTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICO-FINALÍSTICA CONTRATUAL: DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO À SUA CONVERSÃO

Daniel Marinho Corrêa³¹⁵

RESUMO

Ancorado na interpretação axiológico-finalística dos contratos, foca-se nos defeitos do negócio jurídico e sua possível conversão. Essas distorções são categorizadas em uma dicotomia, vícios de consentimento e sociais, a partir daí sua influência na Teoria Geral do Negócio Jurídico é analisada. Embora a nulidade ou anulabilidade sejam as soluções usuais para esses defeitos, o princípio da conservação dos atos jurídicos permite a conversão do negócio, preservando a intenção original das partes. Isso é realizado por intermédio de uma interpretação que considera os valores e fins buscados pelos envolvidos na relação negocial. A abordagem axiológico-finalística proporciona uma visão ampla e flexível dos contratos, permitindo que sejam adaptados e salvos quando possível, em vez de serem anulados, contribuindo para a segurança jurídica e a realização dos interesses dos indivíduos envolvidos na negociação.

Palavras-chave: defeitos do negócio jurídico; teoria geral do negócio jurídico; conversão do negócio jurídico; princípios negociais; interpretação axiológico-finalística.

INTRODUÇÃO

A interpretação dos contratos é uma área fundamental do Direito que busca compreender a vontade das partes envolvidas e garantir a efetivação dos seus objetivos. Nesse contexto, a interpretação axiológico-finalística surge como uma abordagem que visa não apenas à compreensão literal das cláusulas contratuais, mas também à valorização dos fins buscados pelas partes.

Ao abordar os defeitos do negócio jurídico, ancora-se sobre as implicações desses vícios na Teoria Geral do Negócio Jurídico. Esses defeitos podem ser classificados em vícios de consentimento, decorrentes de erros, dolo, coação ou fraude, e vícios sociais, que envolvem situações de lesão

³¹⁵ Doutorando e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, servidor do TJPR (Supervisor de Secretaria da 2ª Vara de Execuções Fiscais de Londrina), mediador judicial. E-mail: damc@tjpr.jus.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7430234179468606>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4255>.

ou estado de perigo. Geralmente, a regra geral é a declaração de nulidade ou anulabilidade dos contratos afetados por defeitos. No entanto, destaca-se a possibilidade de conversão do negócio jurídico como uma alternativa, respeitando o princípio da conservação dos atos jurídicos e preservando o desígnio das partes.

A interpretação axiológico-finalística dos contratos desempenha um papel crucial nesse contexto, permitindo uma análise ampla e contextualizada das circunstâncias em que o contrato foi celebrado. Com base nessa abordagem, busca-se compreender os valores e finalidades buscados pelas partes, permitindo uma interpretação mais justa e equitativa.

Examina-se a aplicação dessa hermenêutica nos casos de defeitos do negócio jurídico, explorando sua contribuição para a preservação dos interesses das partes envolvidas. Por meio de uma análise aprofundada e crítica, tende-se a compreender como essa abordagem pode ser aplicada de forma eficaz, conciliando os princípios jurídicos e as expectativas das partes contratantes.

A análise das estruturas relacionadas aos defeitos do negócio jurídico e sua conversão revela-se um estudo relevante, pois proporciona definições claras e diferenciações desses institutos. Utilizando o método histórico-dedutivo, o intérprete parte da interpretação desses contratos passíveis de conversão, requerendo não apenas a identificação dos defeitos, mas também uma interpretação sistemática, com o propósito de preservar a intenção das partes manifestada em sua vontade contratual. Com isso, este estudo busca aprimorar a compreensão dos defeitos do negócio jurídico e da interpretação dos contratos, oferecendo reflexões relevantes tanto para a prática jurídica quanto para o desenvolvimento teórico nessa área do Direito.

1 DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO PRIVADO

A análise dos defeitos do negócio jurídico é de suma importância no âmbito do Direito Privado. Esses defeitos podem comprometer a validade e eficácia dos atos jurídicos, impactando diretamente nas relações entre as partes envolvidas. O estudo aprofundado dessas questões revela-se fundamental para compreender as bases da Teoria Geral do Negócio Jurídico e as consequências jurídicas decorrentes de vícios de consentimento, vícios sociais e demais irregularidades que possam afetar a vontade das partes e a segurança jurídica das transações.

O Estado desempenha o poder político por meio de suas estruturas e possui a legitimidade para intervir nas relações privadas, sempre respeitando seus fundamentos, objetivos e princípios. Dessa forma, o desenvolvimento econômico, social e a busca pela emancipação humana não são responsabilidades exclusivas do Estado.

Para alcançar esses objetivos de forma efetiva, é indispensável que, além da atuação estatal, haja a participação do setor privado, por meio da realização de negócios jurídicos. O negócio jurídico, como já enfatizado, consiste essencialmente em um ato de vontade. Entende José Abreu Filho³¹⁶ que ele é estabelecido através da declaração voluntária do agente, com o objetivo específico de produzir efeitos desejados por ele, validamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, compreende-se que o negócio jurídico é a manifestação de vontade direcionada à produção de efeitos jurídicos, que é previamente determinada e pretendida pelas partes. Para Pontes de Miranda³¹⁷ ele se fundamenta no poder de autorregulação dos interesses, sendo, em suma, um ato de vontade.

Conforme destacado por Francisco Amaral³¹⁸, o elemento fundamental do negócio jurídico é à vontade, que, expressa corretamente por meio de sua declaração, gera o surgimento, alteração ou aniquilamento das relações jurídicas.

Os defeitos do negócio jurídico referem-se às situações em que o ato está afetado por algum vício que compromete a manifestação da vontade ou afeta o próprio ato negocial. Essas situações podem levar à declaração de invalidade do ato jurídico, mas tal medida é excepcional e só é autorizada quando há inequívoca ausência de elementos essenciais ou a presença de vício de consentimento.³¹⁹ Além disso, eles podem se apresentar sob a forma de vícios de consentimento ou vícios sociais, ambos levando à invalidação do negócio jurídico. Os vícios de consentimento ocorrem quando a manifestação da vontade do agente não corresponde à sua verdadeira intenção, influenciando no momento em que a vontade é externada, afetando assim o consentimento.

Os vícios de consentimento incluem o erro, a lesão, o dolo, a coação e o estado de perigo. Já os vícios sociais ocorrem quando a vontade é externada de acordo com a intenção do agente, com o propósito de prejudicar terceiros ou violar a ordem jurídica. Os vícios sociais abrangem a fraude contra credores e a simulação. Quanto às categorias de defeitos do negócio jurídico, José Abreu Filho³²⁰ aduz que nos vícios de consentimento ocorre uma afetação da vontade, enquanto nos vícios sociais ocorre a adoção de uma conduta prejudicial aos direitos de terceiros.

³¹⁶ ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 240.

³¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 170.

³¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 505.

³¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 417.

³²⁰ ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 241.

Em suma, a compreensão dos defeitos do negócio jurídico no Direito Privado é crucial para uma interpretação adequada e eficaz dos contratos e demais atos jurídicos. A identificação, análise e tratamento desses defeitos contribuem para a preservação dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade, a boa-fé, a segurança das relações jurídicas e a justiça contratual. Nesse sentido, este artigo busca aprofundar-se nessa temática, oferecendo reflexões e contribuições relevantes para a prática jurídica e o desenvolvimento teórico no campo do Direito Privado.

2 VÍCIOS DA VONTADE E SOCIAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO: UMA DICOTÔMIA SISTÊMICA

A dicotomia entre vícios da vontade e vícios sociais no âmbito do negócio jurídico desempenha um papel fundamental na compreensão dos defeitos que podem afetar a validade e a eficácia dos atos jurídicos. Esses vícios, apesar de compartilharem a característica de comprometerem a manifestação da vontade das partes, apresentam nuances distintas que exigem uma análise aprofundada para uma correta identificação e tratamento dessas irregularidades.

A manifestação livre da vontade das partes é um elemento fundamental para a formação do negócio jurídico. No entanto, quando há imperfeições ou equívocos na declaração da vontade, ocorrem defeitos que afetam o negócio jurídico, configurando vícios de consentimento. Esses vícios podem se manifestar na forma de erro, coação, dolo, estado de perigo ou lesão.

O erro ou a ignorância resultam em uma contradição entre a vontade do agente e sua manifestação. O declarante interpreta erroneamente uma situação no momento da realização do negócio jurídico. Embora as palavras “erro” e “ignorância” tenham significados distintos semanticamente, o Código Civil as equiparou.

Conforme observado por Caio Mário da Silva Pereira³²¹, “quando o agente, por desconhecimento ou conhecimento falso das circunstâncias, age de maneira que não seria sua vontade se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que age com erro”. Nessa perspectiva, observa Francisco Amaral³²² que o erro essencial transforma o negócio jurídico anulável, que pode ser erro de direito, ou mesmo de fato, desde que apresente pretexto único ou fundamental do negócio e advenha sobre normas dispositivas não cogentes, pois se as forem, “o ato será nulo”.

³²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 432.

³²² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 506.

No que diz respeito ao erro de fato, destaca-se a situação em que o declarante celebra o negócio jurídico com uma pessoa acreditando erroneamente que ela é outra, conferindo-lhe falsamente determinada qualidade que ela não possui. Ressaltam, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³²³ que enquanto no erro há uma falsa impressão espontânea das circunstâncias do negócio, no dolo ocorre um vício em que o agente é induzido a cometer equívocos por meio de manobras astuciosas, ardilosas e maliciosas praticadas por outra pessoa.

Destaca, Francisco Amaral³²⁴, que o dolo é um erro provocado e pode se apresentar em várias formas. Pode ser positivo ou negativo, bilateral, de terceiro, acidental ou principal, entre outros. O dolo positivo implica em uma ação enganosa, enquanto o dolo negativo se refere a uma omissão, um silêncio do declarante, seja por parte dele próprio ou de terceiros quando havia o dever de esclarecimento. Ainda, para Caio Mário da Silva Pereira³²⁵ o primeiro não é grave, sendo comum em práticas comerciais, especialmente em exageros publicitários, desde que não seja enganoso. Já o segundo tem a intenção de enganar, ludibriar ou causar prejuízo a alguém.

Por sua vez, uma vez que no erro o autor se pretere de modo espontâneo e no dolo se desponta por meio de insídia, a coação representa violência. É importante distinguir a coação moral (relativa), que consiste em ameaça ou violência psicológica, da coação física (absoluta), que causa a inexistência do próprio negócio. A coação absoluta ocorre quando há o uso de violência física, de forma a impedir a formação da vontade negocial, enquanto a coação relativa não elimina a vontade do agente, apenas a vicia, fazendo com que ele perca espontaneidade em sua vontade.³²⁶

A coação relativa acarreta a anulabilidade, pois o coagido possui liberdade de escolha, porém, essa liberdade é viciada devido à pressão moral exercida sobre ele. Por outro lado, na presença de coação absoluta, o negócio jurídico será inexistente, pois não se pode afirmar que houve uma manifestação voluntária do agente.³²⁷

Por fim, de acordo com os artigos 154 e 155 do Código Civil, o autor da coação pode ser um terceiro que deseja a realização do negócio viciado.

³²³ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 657.

³²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 530.

³²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 441.

³²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 520.

³²⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 445.

Se a parte que se beneficia da coação souber disso, ela responderá por perdas e danos solidariamente com o coator. No entanto, se a parte beneficiada não tiver conhecimento da intimidação, o terceiro será responsável por perdas e danos, e o negócio jurídico celebrado poderá subsistir.

De seu turno, o instituto da lesão é disciplinado pelo artigo 157 do atual Código Civil, estabelecendo que ocorre quando uma pessoa, em situação de necessidade urgente ou por falta de experiência, se obriga a uma prestação manifestamente desproporcional em relação à prestação oposta. Há um desequilíbrio nas negociações. Depreendem da leitura do diploma civilista, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³²⁸, que a lesão ocorre quando alguém obtém um lucro excessivo e desproporcional, aproveitando-se da falta de astúcia (inexperiência) ou da necessidade do outro contratante.

O vício da lesão ocorre simultaneamente à formação do contrato, pois, se surgir após a celebração, estamos lidando com a Teoria da Imprevisão. Na lesão, o desequilíbrio pode levar à invalidação do contrato, enquanto na referida teoria busca-se manter o equilíbrio econômico e financeiro do negócio. Argumenta Caio Mário da Silva Pereira³²⁹ que existem dois elementos relevantes para caracterizar a lesão: o elemento objetivo, que analisa a falta de proporção correspondente ao valor definido no negócio, considerando o valor atual e o valor justo; e o elemento subjetivo, que ocorre quando há abuso da inexperiência ou da leviandade da outra parte.

Ademais, é importante mencionar que a lesão e o estado de perigo se distinguem pelo elemento subjetivo. Neste, o componente de subjetividade é a situação de perigo conhecida pela outra parte, embora o elemento objetivo seja o mesmo da lesão. No estado de perigo, existe uma circunstância de inferioridade do ofendido, caracterizada pela necessidade de se salvar a si mesma ou a um membro da família, enquanto na lesão podem surgir diferentes aspectos, como a inexperiência.³³⁰

Dessa forma, a lesão está relacionada a interesses patrimoniais, em que o negócio é realizado devido a uma necessidade iminente ou inexperiência, não necessariamente para salvar a si mesmo ou um membro da família, podendo ser qualquer tipo de necessidade. Já o estado de perigo não está ligado ao interesse patrimonial, mas sim a um interesse não patrimonial, em que há uma necessidade iminente de se salvar a si mesmo ou um membro da família para

³²⁸ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 665.

³²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 164.

³³⁰ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 671.

preservar a integridade física ou moral. De acordo com Maria Helena Diniz,³³¹ a lesão tem como objetivo “proteger o contratante que se encontra em posição de inferioridade devido ao prejuízo sofrido na conclusão de um contrato comutativo, devido à considerável desproporção existente, no momento da realização do contrato, entre as prestações das duas partes”.

Esse tipo de defeito tem como base a ruptura da reciprocidade nas obrigações do negócio, e permite que o julgador revise o contrato quando o agente causador do dano concordar em reduzir os benefícios obtidos ou oferecer uma compensação satisfatória, de modo a preservar o acordo jurídico estabelecido, mesmo que haja elementos que autorizem sua invalidade. Assim, pode-se dizer que a vontade é defeituosa quando uma pessoa a emite pressionada pela necessidade de se salvar a si mesma, ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou a alguém com quem tenha laços extremamente estreitos, assumindo uma obrigação excessivamente onerosa. Observa Caio Mário da Silva Pereira³³² que é essencial nesse caso que a outra parte tenha ciência do estado de perigo.

É possível analisar que a caracterização do estado de perigo requer a presença de elementos objetivos e subjetivos. O primeiro corresponde à onerosidade excessiva, aceita na ocasião da manifestação da vontade, na consumação do negócio, para se proteger de uma grave ameaça a si mesmo ou a um membro familiar, com dano iminente ou hodierno. O segundo refere-se à situação de perigo que necessita ser experimentada pela outra parte.³³³

Por outro lado, como mencionado, os vícios sociais são aqueles em que a vontade manifestada não possui a intenção pura e de boa-fé que ela expressa. Esses vícios têm como objetivo resultados antissociais, sendo a fraude contra credores e a simulação exemplos dessa categoria.³³⁴ Portanto, temos um negócio jurídico em que há uma declaração de vontade, mas essa manifestação de vontade, devido a fatores internos, reflete uma vontade que visa a resultados condenáveis ou censuráveis, sendo assim denominados vícios sociais pelos estudiosos.

Nos vícios sociais, a vontade é expressada de acordo com a intenção do agente. No entanto, obtém-se um resultado diferente daquele que aparentemente se desejava, seja com o objetivo de prejudicar terceiros ou violar a ordem jurídica. No que diz respeito ao aspecto conceitual da fraude em relação aos credores, é qualificada como a realização de qualquer negócio

³³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 514.

³³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 459.

³³³ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 670.

³³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 430.

jurídico pelo devedor que está insolvente ou próximo à insolvência, resultando na diminuição do seu patrimônio, com o objetivo de prejudicar o direito dos seus credores. Em outras palavras, para Marcos Bernardes de Mello³³⁵ constitui fraude contra credores qualquer ato de disposição e ônus sobre bens, créditos e direitos, realizado por um devedor insolvente ou que tenha se tornado insolvente, resultando na redução do seu patrimônio e causando prejuízo aos credores existentes.

A análise dos vícios da vontade e dos vícios sociais no negócio jurídico revela-se essencial para o desenvolvimento de um sistema jurídico coerente e eficaz. Compreender as diferenças entre essas duas categorias de defeitos é fundamental para a correta aplicação dos princípios de autonomia da vontade, segurança jurídica e justiça contratual. Este artigo busca explorar essa dicotomia de forma aprofundada, contribuindo para uma compreensão mais abrangente e precisa dos vícios que podem afetar os negócios jurídicos e fornecendo reflexões relevantes para a prática e a teoria jurídica.

3 A INTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICO-FINALÍSTICA E A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

A interpretação axiológico-finalística do negócio jurídico e sua relação com a conversão dos atos contratuais representam um campo de estudo de grande relevância no âmbito do Direito. A abordagem axiológico-finalística busca compreender os valores e finalidades subjacentes aos contratos, permitindo uma interpretação mais ampla e contextualizada dos negócios jurídicos. Nesse contexto, a conversão do negócio jurídico emerge como uma possibilidade de preservação da vontade das partes, buscando corrigir defeitos que possam comprometer sua validade.

No caso dos defeitos, a interpretação dos contratos não pode se limitar à interpretação clássica de uma obrigação em oposição a um direito subjetivo da outra parte, pois esse modelo é muito simplificado para lidar com a realidade dessas situações. A tarefa interpretativa nesse contexto está mais diretamente ligada à ideia defendida por Clóvis do Couto e Silva³³⁶ de que a obrigação, em seu sentido amplo, deve ser vista de forma dinâmica, analisada sob uma perspectiva global.

Essa interpretação axiológica-finalística impõe ao intérprete não apenas examinar o contrato em questão, mas também, a partir dos defeitos, identificar

³³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

³³⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 120.

a finalidade buscada pelas partes por meio de uma interpretação sistemática, com a limitação de considerar a unidade do negócio.³³⁷ Além disso, como observado por Luis Díez-Picazo,³³⁸ essa interpretação não apenas se aplica às diversas cláusulas de um mesmo contrato, mas também às relações que vários contratos podem ter dentro de uma unidade complexa de negócios quando vários contratos são celebrados para alcançar um único objetivo econômico.

Além disso, Francisco Paulo de Crescenzo Marino³³⁹ argumenta que a interpretação dos contratos é um processo único, que pode ser dividido em duas fases: “embora a interpretação contratual seja um processo único, pode-se dividi-la em duas fases, uma subjetiva e outra objetiva. Essas fases são comumente conhecidas como ‘interpretação subjetiva’ e ‘interpretação objetiva’”. Segundo o autor, o conflito de interesses impede o intérprete de verificar a vontade presumida das partes, tornando ilusória a justificação da interpretação com base na vontade hipotética. Portanto, apenas critérios objetivos podem auxiliar o processo interpretativo.

A interpretação sistemática também tem efeitos relevantes em relação à finalidade do contrato, que é o resultado concreto pretendido pelas partes e que seria alcançado se todos os efeitos contratuais se concretizassem. Observa Francisco Paulo de Crescenzo Marino³⁴⁰ que a estima do telos contratual desempenha um papel “central na determinação da existência e intensidade da conexão contratual, pois geralmente o fim de um contrato só pode ser alcançado por meio da eficácia contínua do contrato vinculado.”

Nesse contexto, o artigo 112 do Código Civil assume especial relevância, uma vez que a interpretação isolada do texto não seria suficiente para determinar a vontade exata das partes, considerando os defeitos do negócio. Assim, a intenção das partes deve prevalecer sobre os defeitos, a fim de que a conversão seja efetiva, e isso só pode ser compreendido pelo intérprete após examinar o conjunto contratual.

Portanto, é essencial que o intérprete possa identificar a finalidade. Delimita Emília Belo³⁴¹ várias teorias existentes sobre a interpretação dos contratos. Por um lado, há as teorias subjetivistas, que consideram a vontade

³³⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

³³⁸ DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 374.

³³⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

³⁴⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

³⁴¹ BELO, Emília. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP Editora, 2014, p. 193.

real das partes como objeto da interpretação, buscando reconstruir a vontade ou intenção comum dos contratantes. Por outro lado, a teoria objetiva atribui valor à declaração contratual em si mesma, por meio de uma análise literal com critérios objetivos.

No entanto, a jurista conclui que ambas as teorias se complementam e representam duas fases do mesmo processo interpretativo: as teorias puramente subjetiva e objetiva, ou seja, aquelas que consideram exclusivamente a vontade e a declaração, respectivamente, não podem ser sustentadas. Ambos os elementos são importantes, a vontade das partes em um negócio jurídico não pode ser descartada, pois o contrato é um ato de autonomia privada. Também não se pode negligenciar a declaração, sob o risco de criar uma grande insegurança nas relações econômicas. Portanto, a interpretação dos contratos requer uma análise tanto objetiva quanto subjetiva. É necessário investigar a vontade real das partes, assim como as declarações contratuais.³⁴²

É importante destacar que essa compreensão está em conformidade com o que estabelecem os artigos 112 e 113 do Código Civil brasileiro.³⁴³ O artigo 112 explicitamente indica que o elemento subjetivo (intenção das partes) deve prevalecer sobre o elemento objetivo (declaração), enquanto o artigo 113 pode ser invocado tanto em uma interpretação subjetiva quanto objetiva do contrato, uma vez que a boa-fé pode ser analisada sob as perspectivas da boa-fé objetiva e subjetiva. Isso está alinhado com a interpretação axiológica-finalística, contribuindo principalmente para a conversão do negócio jurídico.³⁴⁴

Conforme analisado, tanto os vícios de consentimento quanto os vícios sociais de alguma forma afetarão o plano do negócio jurídico celebrado, anulando-os nos casos de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo e fraude contra credores, ou considerando-os nulos, como no caso da simulação.

Portanto, com base no princípio da conservação dos atos jurídicos, é possível ocorrer a conversão do negócio jurídico, utilizando o princípio interpretativo como base. Para Francisco Amaral³⁴⁵, “em caso de dúvida, o ato deve ser interpretado no sentido de produzir algum efeito, e não no sentido contrário, de não produzir nada.”

³⁴² Idem.

³⁴³ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³⁴⁴ CASCAES, Amanda Celli. A Interpretação dos Contratos Coligados. RJLB - **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 3, p. 101-133, 2018.

³⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 552.

O princípio da conservação é uma técnica para aproveitar um negócio jurídico inválido ou nulo, transformando-o em outro negócio jurídico válido, com o objetivo de preservar a intenção das partes que manifestaram sua vontade.³⁴⁶ Para isso, é necessário que o novo negócio contenha os requisitos de substância e forma estabelecidos, sendo solicitado pelas partes, cientes da invalidade do primeiro negócio como nulo ou anulável.

Conquanto já experimentado pelos doutrinadores, o diploma civil de 2002 introduziu o instituto da conversão do negócio jurídico pela primeira vez em seu dispositivo 170. Em termos conceituais, a conversão do negócio jurídico ocorre quando, diante de um negócio ineficaz (amplo sentido, ou seja, nulo ou anulado), para Custódio da Piedade Ubaldino Miranda³⁴⁷ é possível aproveitar o conteúdo desse negócio, as cláusulas estabelecidas pelas partes, bem como sua forma, para convertê-lo em outro negócio, desde que esse conteúdo e forma se adequem às disposições que regem outra categoria negocial capaz de realizar, da forma mais próxima possível, a intenção original das partes.

No que diz respeito à nulidade, há um consenso doutrinário sobre a aceitação da conversão. No entanto, quanto à possibilidade de conversão de um negócio jurídico anulável, não há unanimidade. É importante destacar que os negócios anuláveis podem ser validados pela mera manifestação de vontade das partes interessadas, sem a necessidade da aplicação da teoria do aproveitamento. A validação, nesse caso, consiste na correção dos vícios presentes no negócio jurídico celebrado, de modo que o ato irá subsistir e terá validade no ordenamento jurídico. Sobre essa validação, é relevante mencionar o artigo 172 do Código Civil, que estabelece: o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Ao abordar a convalescença dos atos anuláveis, Orlando Gomes³⁴⁸ menciona que ela ocorre de três maneiras: confirmação, convalidação e prescrição. A convalidação é o meio pelo qual o contrato se recupera após a ocorrência de um requisito verificável após a sua formação. Assim, é possível perceber a clara aplicação do princípio em que a lei e a doutrina autorizam e estabelecem estruturas para a validação de um negócio, mesmo que anulável.

A doutrina pacificamente aceita a conversão substancial de um negócio jurídico nulo, mas há divergência em relação aos negócios jurídicos anuláveis. Isso ocorre porque, nos negócios nulos, não há possibilidade de confirmação,

³⁴⁶ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 637.

³⁴⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171.

³⁴⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 155.

ao contrário dos negócios anuláveis. Nesse sentido, José da Silva Pacheco³⁴⁹ defende que a conversão do negócio jurídico anulável não é aplicável, uma vez que o Código Civil expressamente prevê essa possibilidade apenas para os negócios jurídicos nulos, cabendo aos negócios jurídicos anuláveis a convalidação expressa ou tácita.

Por outro lado, admitindo a conversão do negócio anulável, Marco Bernardes de Mello³⁵⁰ afirma que, nos casos em que sua ratificação pelo próprio figurante não seja possível, como nos casos de incapacidade relativa, “se a conversão pode eliminar a anulabilidade com o negócio em que se converte, parece-nos admissível a conversão do negócio anulável”.

É de se observar Antônio Junqueira de Azevedo³⁵¹ para que, na conversão substancial do negócio jurídico, este não é inicialmente o pretendido pelas partes, mas sim aquele que elas desejarium se soubessem da ineficácia do negócio originalmente celebrado. O autor destaca que para viabilizar a conversão do negócio, é essencial que os elementos gerais do plano da existência estejam presentes.

Portanto, para que a conversão seja válida, de acordo com Francisco Amaral,³⁵² devem ser observados os seguintes requisitos: identidade de substância e forma entre os dois negócios (o nulo e o convertido); identidade de objeto; e adequação do negócio substitutivo à vontade hipotética das partes. Assim, verificamos a presença dos pressupostos objetivos e subjetivos para a efetivação da conversão do negócio jurídico. O pressuposto objetivo requer que o negócio jurídico inválido possua elementos suficientes para configurar outro negócio, capaz de atender ao propósito desejado pelas partes.

Dessa forma, existem três tipos de conversão: a conversão substancial, a formal e a legal. A conversão substancial ocorre quando há uma mudança no tipo de negócio em si. Isso se refere ao conteúdo do ato jurídico, sua classificação categorial. Exemplifica Marco Bernardes de Mello:³⁵³ um negócio jurídico de compra e venda que seria nulo por ter sido feito por instrumento particular é convertido em uma promessa de compra e venda; a constituição de uma sociedade que seria nula para um propósito específico devido à falta

³⁴⁹ PACHECO, José da Silva. **Da Conversão em Face do Novo Código Civil**. Informativo, Boletim Semana 41, 2003, p. 611-613. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex134.htm>. Acesso em: 27 maio 2023.

³⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 303.

³⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

³⁵² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 553.

³⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

de uma formalidade essencial é convertida em outro tipo de sociedade para a qual essa formalidade não seria exigida; um título de crédito que seria nulo por falta de elementos essenciais é convertido em uma confissão de dívida.

A conversão substancial do negócio jurídico não deve ser confundida com a conversão legal, que é expressamente admitida pela própria norma jurídica em seus dispositivos legais. Em relação à conversão legal, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias³⁵⁴ mencionam a norma do artigo 431 do Código Civil, que permite que propostas de contratos feitas fora do prazo ou com adições ou restrições sejam aceitas como uma nova proposta.

O outro tipo de conversão, a formal, ocorre quando o ato convertido tem uma forma diferente do original, embora a substância (conteúdo e natureza) seja a mesma, sendo formalmente distintos, “é o caso do testamento, por exemplo, em que existem várias formas (testamento público, holografo, cerrado, militar, etc.), mas a categoria jurídica é a mesma.”³⁵⁵ Aqui, é possível utilizar o instituto do aproveitamento, quando falta algum elemento, para evitar a invalidade. João Alberto Schützer Del Nero³⁵⁶ observa que a qualificação jurídica de negócios jurídicos passa a ser uma questão de fato, relacionada à vontade das partes: a conversão do negócio jurídico se torna uma presunção dentro de certos limites e condições.

Conclui-se que, esse princípio da conservação é uma das inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002, uma vez que o diploma estabeleceu disposições legais que visam proteger os negócios jurídicos pactuados, mesmo quando elementos que poderiam resultar em sua invalidade estão presentes. A interpretação axiológico-finalística do negócio jurídico e a sua relação com a conversão representam importantes instrumentos para a efetivação dos princípios fundamentais do Direito Contratual, como a autonomia da vontade, a segurança jurídica e a justiça contratual. Por meio dessa abordagem interpretativa, é possível reconhecer os valores e finalidades que permeiam os contratos, garantindo uma interpretação mais condizente com a vontade real das partes envolvidas. Assim, este artigo tem como objetivo aprofundar-se nessa temática, proporcionando reflexões e contribuições relevantes para a compreensão e aplicação da interpretação axiológico-finalística e da conversão do negócio jurídico no contexto jurídico contemporâneo.

³⁵⁴ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013, p. 640.

³⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

³⁵⁶ DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão Substancial do Negócio Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar a interpretação axiológico-finalística dos contratos diante dos defeitos do negócio jurídico, destacando a sua influência na Teoria Geral do Negócio Jurídico. Ao longo deste estudo, foi possível compreender a importância dessa abordagem interpretativa na busca pela preservação dos interesses das partes contratantes, mesmo diante de situações em que ocorrem vícios de consentimento ou vícios sociais.

Inicialmente, exploramos os defeitos do negócio jurídico, que podem surgir a partir de vícios de consentimento, como erros, dolo, coação ou fraude, ou de vícios sociais, relacionados a situações de lesão ou estado de perigo. Esses defeitos podem comprometer a validade e a eficácia dos contratos, gerando a possibilidade de sua nulidade ou anulabilidade.

No entanto, ressaltamos que a interpretação axiológico-finalística dos contratos oferece uma alternativa à regra geral de declaração de nulidade ou anulabilidade. Por meio dessa abordagem, é possível buscar a conversão do negócio jurídico, desde que sejam respeitados o princípio da conservação dos atos jurídicos e a preservação da intenção das partes envolvidas.

A interpretação axiológico-finalística dos contratos permite uma análise mais ampla e contextualizada das circunstâncias em que o contrato foi celebrado, valorizando não apenas a literalidade das cláusulas, mas também os fins buscados pelas partes. Essa abordagem se mostra mais justa e equitativa, permitindo que a vontade real das partes seja preservada e que os objetivos contratuais sejam alcançados, mesmo que em uma forma diferente da inicialmente acordada.

Ao longo deste estudo, pudemos observar a importância de uma interpretação flexível e fundamentada nos princípios jurídicos para a solução dos casos de defeitos do negócio jurídico. A interpretação axiológico-finalística dos contratos, ao considerar os valores e finalidades buscados pelas partes, demonstrou ser uma ferramenta poderosa para a resolução dessas situações, promovendo a justiça contratual e a segurança jurídica.

Portanto, o estudo dessa hermenêutica é elementar. Albergado pelos artigos 112 e 113 do Código Civil, com base nos quais se delinea o regime geral de interpretação dos contratos, o Direito brasileiro segue essa perspectiva, combinando elementos subjetivos e objetivos na sua interpretação.

Como consequência, permite-se a conversão, evitando que os negócios jurídicos contaminados de certos defeitos sejam invalidados em sua totalidade, permitindo, assim, à luz do princípio da conservação dos atos jurídicos, a produção de efeitos mínimos, com a finalidade de interpretar o negócio jurídico conforme a vontade querida pelas partes, em observância aos demais princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, concluímos que a interpretação axiológico-finalística dos contratos, diante dos defeitos do negócio jurídico, apresenta-se como um caminho promissor para a preservação dos atos jurídicos e a efetivação dos objetivos das partes. Sua aplicação adequada requer uma análise cuidadosa das circunstâncias e das intenções das partes, garantindo a máxima eficácia dos contratos, mesmo diante de eventuais vícios ou defeitos. Espera-se que este estudo contribua para o aprimoramento teórico e prático dessa abordagem, estimulando futuras pesquisas e debates no campo da interpretação dos contratos.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BELO, Emília. **Os efeitos decorrentes da coligação de contratos**. São Paulo: MP Editora, 2014.
- CASCAES, Amanda Celli. **A Interpretação dos Contratos Coligados**. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 3, p. 101-133, 2018.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão Substancial do Negócio Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009.
- KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PACHECO, José da Silva. **Da Conversão em Face do Novo Código Civil**. Informativo, Boletim Semana 41, 2003, p. 611-613. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex134.htm>. Acesso em: 27 maio 2023.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Bahia: JusPodvim, 2013.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL³⁵⁷

Gleison do Prado de Oliveira³⁵⁸, José Miguel Garcia Medina³⁵⁹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo apresentar a aplicação da proporcionalidade na construção da decisão judicial no ordenamento jurídico à luz do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, a pesquisa versou sobre a construção doutrinária dos elementos e metodologia da sentença, e analisou a proporcionalidade como princípio, regra e postulado normativo. Por fim, foram apresentados resultados do cotejo atinente à aplicação da proporcionalidade em recentes decisões dos Tribunais de Justiça de três Estados brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: proporcionalidade; decisão judicial; fundamentação; estado de direito; função jurisdicional.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de um projeto de iniciação científica que teve como objetivo analisar a criação e concretização da solução jurídica no Estado de Direito Constitucional. Nada obstante, limitamo-nos à alçada da aplicação da proporcionalidade na construção da decisão judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015.

No atual modelo de Estado, a jurisdição é exercida por juízes e Tribunais, e destina-se à sociedade. Nesse contexto, uma das missões do Estado-juiz passa a ser a prestação eficiente de uma tutela juridicamente adequada à parte que vai ao Poder Judiciário para fazer valer o seu direito.

³⁵⁷ O presente trabalho é resultado do Projeto de Iniciação Científica (PIC) da Unipar - Universidade Paranaense, desenvolvido por Gleison do Prado de Oliveira sob a orientação do Professor José Miguel Garcia Medina.

³⁵⁸ Orientando do projeto de pesquisa, acadêmico do Curso de Direito da Unipar – Universidade Paranaense. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9532345545923405>. E-mail: gleison.oliveira@edu.unipar.br.

³⁵⁹ Orientador do projeto de pesquisa, doutor em Direito, professor titular da Unipar – Universidade Paranaense.

Nesse cenário, surge a necessidade de analisar a construção da decisão judicial que se utiliza da proporcionalidade como base de sua justificação. Para tanto, é imperioso dar-se destaque aos elementos e à metodologia da sentença que estão sendo reconhecidos pela doutrina contemporânea.

Não há consenso na doutrina quanto à natureza jurídica da proporcionalidade. Se de um lado proclamam sê-la um princípio, do outro, argumentam ser uma regra. Há, porém, recentes e importantes estudos que adotam uma nova nomenclatura para a proporcionalidade: trata-se, agora, de um postulado normativo de aplicação do Direito.

As três concepções doutrinárias acerca da natureza da proporcionalidade foram exploradas em nossas pesquisas na doutrina e na jurisprudência, tendo-se identificado julgados que fizeram uso, sobretudo, da natureza principiológica e de postulado, ambas na fundamentação e justificação das decisões judiciais dos Tribunais.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho busca propor uma reflexão sobre a compreensão da proporcionalidade, sua aplicação na construção das decisões judiciais, na estrutura processual do CPC/2015, e reflexos na coerência, integridade e qualidade das decisões judiciais.

1 ESTADO DE DIREITO E FUNÇÃO JURISDICIONAL

O Estado é uma ficção jurídica destinada a garantir a ordem social, por meio da força coativa do Direito.

Para a teoria monista, o Estado e o Direito são unos, confundindo-se entre si. O poder estatal é emanado através da força coativa do Direito. Não há regra sem coação, pois é o Estado que, embrionariamente, dá força ao Direito. Em sentido oposto, para a teoria dualista, o Direito é criado pelos usos e costumes da sociedade, sendo, portanto, aperfeiçoado de acordo com a evolução da humanidade. O Estado, por conseguinte, surge para positivar o aparato normativo concebido na consciência social. Para a teoria pluralista, o Estado e o Direito são realidades distintas, porém, interdependentes, ambos se comunicam e se completam, de modo que o ordenamento jurídico seja gradualmente positivado, de acordo com a vontade social predominante.³⁶⁰

Desde os tempos mais remotos, o Direito se confundiu com outras regras de ordens religiosas, moralistas e de convivência. Por essa razão, a figura do juiz também era confusa do ponto de vista subjetivo, ou seja, a autoridade judiciária, não raras vezes, era exercida por pessoas que não exerciam a função da magistratura. Ao passar do tempo, a busca pelo modelo

³⁶⁰ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 15-17.

de um juiz imparcial inovou no sentido de aperfeiçoamento e especialização no quadro das funções estatais, a fim de que autoridades de outros poderes não intervissem diretamente no trabalho dos magistrados. As chamadas garantias inerentes à magistratura, como ordem de proteção pessoal, bem como a tripartição dos poderes – que nada mais é senão um critério histórico de impenetrabilidade de um poder em outro – asseguraram a pureza no exercício da função jurisdicional do juiz. O magistrado, no incumbir de seu mister, exerce um fragmento da soberania do Estado. Segundo Cássio Scarpinella Bueno, “a jurisdição deve ser compreendida como a parcela de poder exercida pelo Estado-juiz, o Poder Judiciário, a sua função típica”.³⁶¹ Há que se observar que o Estado está submetido ao crivo da legalidade, ou seja, como corolário do art. 5.º, inciso II da Constituição Federal de 1988³⁶², a função jurisdicional exercida pelo juiz estará submetida à lei enquanto reinar o Estado de Direito.³⁶³ A esse respeito, Werson Pereira Rego sentencia:

Não se olvide, entretanto, que o ato de julgar não pode ser considerado um ato de vontade, ideológico, subjetivo. Muito ao contrário, deve ser visto como um ato de conhecimento, de exegese, objetivo, tendo por referencial o Direito. Dessa forma, se é certo que o juiz não mais pode ser tido como um “servo” da lei, não menos certo é que continua a ser um “servidor” da lei e em função dela existe.³⁶⁴

A esse respeito, José Miguel Garcia Medina aponta para o alvitre de que “a ideia moderna de Estado de Direito decorre de uma reunião de qualidades do Estado, manifestada com variações em muitos ordenamentos ao longo da história”, pois, “as principais fórmulas indicadas pela doutrina como fontes da versão moderna de Estado de Direito têm comum a ideia de submissão de todos, inclusive do próprio Estado, ao direito”³⁶⁵, e, portanto, o magistrado, ao se revestir do poder estatal, também estará submetido a todo o ordenamento jurídico positivo, visto que “o chamado ‘Estado de Direito’ não é o que torna

³⁶¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 83.

³⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

³⁶³ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 101-103.

³⁶⁴ REGO, Werson Pereira. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. *In: Revista Direito em Movimento: um novo direito é possível*. Rio de Janeiro, v. 18 - n. 2, p. 193, 2º sem. 2020.

³⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 36.

jurídicas todas as atividades do Estado, mas sim aquele no qual todas as atividades do Estado se fundam em normas jurídicas que as legitimam”.³⁶⁶

Atualmente, o Estado de Direito é analisado sob os aspectos formal e substancial. Segundo Rodrigo Ramina de Lucca:

Sob o aspecto formal, o Estado de Direito significa um Estado dotado em uma série de mecanismos de controle do Poder Público que inclui, entre outros, a tripartição dos poderes, a regra da legalidade e a supremacia da Constituição, da qual decorre o controle de constitucionalidade das leis. [...] Sob um ponto de vista substancial, o Estado de Direito precisa defender valores considerados caros à humanidade, o que pode referir-se tanto à proteção dos direitos fundamentais e garantias de segurança jurídica aos indivíduos.³⁶⁷

A atividade jurisdicional se destina à sociedade e, como corolário, “o princípio do acesso à justiça é ínsito ao Estado de Direito”.³⁶⁸ Ademais, um de seus principais objetivos consiste em solucionar os conflitos existentes entre os indivíduos. “A pessoa humana, valor-fonte de todos os valores”³⁶⁹, é o ser sobre o qual recairá o Direito e a justiça. Sobre esse modo de pensar o Direito, Jônatas Luiz Moreira de Paula disserta:

O ser humano é a verdadeira fonte substancial da justiça e do direito. É ele quem produz as ideais de justiça e a norma legislada, seja como legislador seja apenas como sujeito de interesse; é ele quem doutrina esses princípios de justiça e da norma como jurista ou como sociólogo; é ele quem interpreta, aplica, integra e sistematiza esses princípios de justiça e da norma, seja como operador do direito seja como receptor dela; é ele quem impregna valor a essa norma frente as demais por ele criadas, seja para justificá-la, seja para revogá-la; é ele quem capta os princípios maiores da norma ou do sistema como operador do direito; é ele quem confere a espontânea eficácia ou ineficácia da norma; e é ele quem revoga a norma, seja para aprimorar ou para simplesmente eliminá-la, fechando todo o ciclo de produção, captação e compreensão da norma jurídica, desde o seu nascimento, vida e morte.

Percebe-se, pois, que o ser humano cria, legisla, julga, interpreta, aplica, integra, sistematiza, capta, doutrina e consome a justiça

³⁶⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 177.

³⁶⁷ LUCCA, Rodrigo Ramiro. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 52-53.

³⁶⁸ ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação Rescisória e Querela Nullitatis: semelhanças e diferenças**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 21.

³⁶⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 678.

e o direito que produz. Portanto o homem é a fonte maior da produção do direito, porque, antes de julgar, interpretar, aplicar e integrar, o juiz também legisla no caso concreto, criando o direito objetivo, que deve estar sistematizado com a ordem jurídica formal, orientado pela doutrina e pela jurisprudência a fim de conferir a eficácia forçada da norma jurídica para o uso social.³⁷⁰

Cumprir justificar, no entanto, que o caráter reprodutivo da interpretação permite ao juiz “criar” o direito³⁷¹, isto é, a atividade de interpretação e aplicação do Direito enseja que o enunciado normativo seja convertido em norma. Esta, por sua vez, quando entendida como o produto da interpretação da letra da lei, transforma o julgador em “criador” do Direito no caso concreto.

Sendo a atividade jurisdicional destinada à sociedade, afigura-se oportuno destacar o conceito processual de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, valemo-nos das lições de Jônatas Luiz Moreira de Paula, que afirma, com base em Carnelutti:

Francesco Carnelutti, em época contemporânea a de Chiovenda, conceituou jurisdição como a justa composição da lide, entendendo por justa a solução nos termos do ordenamento jurídico e lide o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Assim, a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio; ao passo que a resistência é a não adaptação da subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio.³⁷²

Parcela da doutrina também considera da essência da jurisdição a imputação da sanção jurídica. Por ser elemento do direito objetivo, a sanção é corolário da pretensão exercida pelo autor da ação, na qual se concentra seu interesse na demanda processual depositada em juízo.³⁷³ Sanção é também “toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando o seu cumprimento obrigatório”³⁷⁴, “isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica”.³⁷⁵

³⁷⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Sociologia do Processo Civil**: As novas lides e o processo civil. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2013. p. 124.

³⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Editora Calouste, 1997. p. 193-194.

³⁷² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria da Jurisdição civil**: pressupostos políticos, jurídicos e sociológicos. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 288.

³⁷³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria da Jurisdição... op. cit.**, p. 127.

³⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito... op. cit.**, p. 255.

³⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo:

À luz dessas três importantes teorias, que estudaram ao longo da história a relação existente entre o Estado e o Direito, a noção de Estado de Direito e aspectos sobre a jurisdição, função jurisdicional e a quem ela se destina, verifica-se, notadamente, que a evolução do Estado possibilitou aquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional, momento no qual a Constituição de uma nação passa a figurar no centro do ordenamento jurídico.

Nesse aspecto de evolução e aperfeiçoamento do Estado e da jurisdição brasileira, vale destacar o movimento que marca os tempos mais recentes, pois, consoante o ensinamento do prof. Jônatas Luiz Moreira de Paula, em uma terceira obra por nós estudada, houve:

[...] a retomada dos princípios, agora tratados como enunciados normativos dotados de aplicabilidade direta, a definição de tais princípios em suas relações com valores e regras, a retomada do *status* superior da argumentação jurídica, a criação de uma hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de teorias dos direitos fundamentais especadas no princípio da dignidade humana. E por isso marcam a nova técnica constitucional a formulação de cláusulas abertas à interpretação jurisdicional, a normatividade dos princípios com status de constitucionais, e a larga utilização da argumentação jurídica e da ponderação proporcional na legitimação e fundamentação das decisões jurídicas.³⁷⁶

Em circunstâncias introdutórias, convém lembrarmos que a sociedade faz parte do Estado. Está, portanto, submetida à legislação e, por isso, goza de prerrogativas, cumpre deveres, manifesta pretensões, julga, valora, crítica, enfim, tudo o que sucede ao Estado, diz respeito também a sociedade.³⁷⁷

Ora, se a jurisdição se afigura como um mecanismo do Estado de Direito, para solução das lides que se apresentam em meio a sociedade, e tudo o que é inerente ao Estado diz respeito a uma nação, faz-se importante a compreensão de como o Estado-juiz constrói a decisão judicial no atual modelo estatal.

1 CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Para apresentarmos o modelo processual de decisão judicial no Estado Constitucional, abordaremos a metodologia da sentença contida na doutrina

Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 121.

³⁷⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Civil Brasileiro**: das origens lusas a escola crítica do processo. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 396.

³⁷⁷ Alusão a citação de Immanuel Kant a Cremes em Terêncio: "Sou um homem, tudo o que sucede ao homem diz respeito também a mim". In: KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 274.

concebida por Jônatas Luiz Moreira de Paula. O autor leciona que:

a fundamentação do julgado é um trabalho de esforço intelectual do juiz, pois será através disso que se demonstrará a racionalidade da decisão adotada. Isso porque, na metodologia da elaboração da decisão, o julgamento percorrerá a seguinte trilha: Do fato comprovado haverá uma definição jurídica; dada definição jurídica haverá um conhecimento jurídico; dado conhecimento jurídico haverá uma sanção jurídica.³⁷⁸

Antes de ater-nos ao raciocínio da metodologia adotada, importante é dar-se destaque aos elementos essenciais da sentença, quais sejam: o relatório; os fundamentos; e o dispositivo.³⁷⁹

O relatório deverá conter “os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.³⁸⁰ “Obviamente isso inclui, eventualmente, o ajuizamento de reconvenção, de intervenção de terceiros, da questão prejudicial ou arguição de falsidade, do que fora ocorrido nas providências preliminares, da existência ou não de autocomposição”³⁸¹, do saneamento, das provas e das alegações finais produzidas no processo. “No relatório, o juiz faz como que um resumo do processo, expondo tudo o que lhe parece relevante, como os fatos, as razões de direito alegadas pelas partes, o pedido e a defesa. Expõe, pois, a matéria-prima que será o ponto de partida para sua decisão”.³⁸²

A fundamentação consiste na análise, ou melhor, no exame da causa de pedir postulada na ação ou numa das postulações mencionadas no item antecedente. Fundamentar uma decisão é justificá-la. Justificar uma decisão é enfrentar os argumentos trazidos pelas partes no ir e vir do *iter* processual, inclusive os argumentos não levados em conta, para a construção da decisão judicial. Sobre isso, Teresa Arruda Alvim afirma que:

[...] Em qualquer decisão judicial, de 1º ou 2º grau, o juiz deve fazer constar na decisão elementos que não levou em conta

³⁷⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Ideologia, Jurisdição e Direitos Fundamentais**: do ativismo judicial ao ativismo político do STF. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 23.

³⁷⁹ Cf. art. 489 do CPC/2015.

³⁸⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

³⁸¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 455.

³⁸² ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 113.

para decidir, quando tais elementos terem sido apontados pelas partes, como capazes de gerar a conclusão adversa. Deve, necessariamente, constar da decisão a justificação, os porquês em virtude dos quais estes elementos não foram levados em conta, não foram eleitos como base da decisão.³⁸³

Existem peculiaridades a serem elencadas, notadamente quanto às decisões suficientemente fundamentadas e decisões completas. Destacando-as, aduz Teresa Arruda Alvim:

Da decisão suficientemente fundamentada, devem constar todos os elementos que o juiz levou em conta para decidir; das decisões completas, que devem ser as decisões sujeitas a recurso extraordinário ou recurso especial, devem contar também elementos fáticos e/ou jurídicos que, segundo as partes, ou segundo uma das partes, deveriam ter sido levados em conta pelo juiz, para decidir, ainda que o juiz não os tenha considerado como base de sua decisão. Sobre isso dispõe o art. 489, § 1º, IV. O Tribunal deve apreciar todos os fundamentos do pedido e da defesa. As decisões sujeitas a recurso especial e extraordinário devem ser completas e não, simplesmente, suficientemente fundamentadas.³⁸⁴

O dever de fundamentação das decisões judiciais tem raiz constitucional, mais especificamente, no art. 93, IX. Trata-se, logo, de um ato de inteligência, declaração e resposta.

Como ato de *inteligência*, envolve a exposição de como o juiz chegou à norma com base na qual o problema haverá de ser solucionado e de como o juiz compreendeu os fatos, à luz das alegações das partes e das provas. Trata-se de dar uma *resposta* às partes, como é evidente, e também permitir que o rigor do raciocínio desenvolvido na decisão possa ser submetido ao controle de outras instâncias judiciais. O alto grau de indefinição dos fatos sociais e do direito acaba deslocando para o processo o momento em que se revela com exatidão o sentido da norma, de modo que seu significado mais preciso é obtido ao se interpretar/aplicar o direito aos fatos. A *declaração* veiculada na decisão judicial, assim, desempenha função relevante para a segurança do direito, na medida em que contribui para a construção do sentido da norma jurídica. Nesse contexto, as decisões judiciais passam a ocupar papel importantíssimo, impondo-se que se apresentem de modo estruturado e organizado, a fim de que se

³⁸³ ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de Declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 266.

³⁸⁴ ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de Declaração...** *op. cit.*, p. 262.

construa uma jurisprudência íntegra. A decisão proferida em um caso singular integra esse sistema. Por isso, o sentido da norma jurídica, tal como indicado pela jurisprudência, deve ser levado em consideração pelo juiz (cf. art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015).³⁸⁵

Marinoni, Arenhart e Mitidiero argumentam que a decisão fundamentada à luz dos arts. 7º, 9º, 10, 11 e 489 do CPC/2015 e art. 93, IX da CF/1988, exigir-se-á:

i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, ii) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ser a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada.³⁸⁶

Cabe ao magistrado, na fundamentação da decisão judicial, identificar o conjunto normativo aplicável ao caso concreto; avaliar a (in)constitucionalidade do ato normativo, de ofício ou mediante solicitação das partes; verificar se as questões jurídicas do processo ensejarão consequências pretendidas pela parte, cujo direito esteja a seu favor; e fixar critérios de ponderação no caso de colisão entre normas.³⁸⁷

Sobre o terceiro elemento da sentença, Luiz Fux assevera que, “encerrada a motivação, o juiz conclui, decide através da parte dispositiva da sentença, julgando o pedido no sentido de acolhê-lo ou rejeitá-lo. É a tradicional procedência ou improcedência do pedido. ‘Sentença sem conclusão não é sentença’”³⁸⁸, informa o autor.

O dispositivo é a resposta do Estado-juiz às partes em litígio. Vale afirmar que o pronunciamento judicial deverá guardar unidade e coerência com a fundamentação jurídica, de modo que a sanção jurídica imputada esteja amparada na melhor tutela jurisdicional a ser aplicada ao caso concreto.³⁸⁹

³⁸⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 453.

³⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed.v. II. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 330 - 331.

³⁸⁸ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 450.

³⁸⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo...** *op. cit.*, p. 455-459.

Subsequentemente à análise dos elementos da sentença, examinar-se-á os seguintes comandos: I) fatos alegados pelas partes; II) elaboração da definição jurídica; III) elaboração do conhecimento jurídico vinculado à lei, doutrina e jurisprudência; e IV) a elaboração da tutela jurisdicional ou sanção jurídica.

Com efeito: I) A pretensão deduzida em juízo é o interesse da parte, que busca uma resposta do Estado, a fim de obter para si um comando judicial revestido com a tutela jurisdicional adequada. O conteúdo dessa pretensão paira sobre a causa de pedir, haja vista o amparo jurídico processual que lhe confere o Código de Processo Civil de 2015. Ao examinar os fatos alegados pelas partes na causa de pedir, o magistrado observará se as alegações se encontram sob forte higidez probatória. Os direitos fundamentais se materializam por meio das provas juntadas ao processo, pois, a robustez do arcabouço probatório será instrumento processual apto a ser utilizado pelo julgador, para se chegar próximo da verdade real, e, assim, garantir proteção jurídica a pretensão da parte que fora regular e legalmente provada.³⁹⁰ Com exceção das hipóteses previstas no art. 374 do diploma processual civil³⁹¹, não há que se permitir a possibilidade de aceitar como verídicos fatos não comprovados. Esse raciocínio restritivo decorre do controle que impede o fenômeno não desejado da arbitrariedade judicial; II) Posteriormente à constatação do fato legalmente provado, o magistrado elaborará o tema jurídico que receberá a respectiva proteção do direito. Nesse contexto, o comportamento das partes no cenário fático será definido pelo juiz para a imputação da sanção jurídica; III) Antes da referida sanção, porém, o magistrado elaborará o conhecimento jurídico de modo a interpretar o enunciado normativo juntamente com precedentes, jurisprudência e súmulas, a fim de aplicar o resultado hermenêutico ao conflito existente entre as partes; IV) A quarta etapa é representada pela elaboração da tutela jurisdicional ou sanção jurídica, que poderá ser imposta por meio das tutelas: declaratória, condenatória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental, e executiva *lato sensu*.³⁹²

Como observado, todo esse percurso haverá de ser trilhado pelo magistrado para que se possa chegar a uma decisão judicial racional, como ato de conhecimento, livre de vícios e dentro das áreas limítrofes da aplicação do direito.

³⁹⁰ CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz. OLIVEIRA, Gleison do Prado de. Princípio da dignidade da pessoa humana notadamente quanto a produção de prova. In: **Direito, Gestão e Democracia: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer**. Coord. SOUZA NETTO, José Laurindo de. CAMBI, Eduardo. (Et. al.) Curitiba: Editora Clássica, 2022. p. 761.

³⁹¹ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

³⁹² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Teoria Processual da Decisão Judicial**: argumentos e fundamentos. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA PROPORCIONALIDADE

Muito embora a proporcionalidade não esteja prevista no texto da Constituição Federal de 1988 como princípio, regra ou postulado normativo, ela tem sido, frequentemente, adotada pela doutrina e jurisprudência como um instrumento válido para a concretização de múltiplas finalidades constitucionais. É o caso, por exemplo, de ser concebida como técnica de limitação do poder estatal e como garantia do mínimo existencial ao ser humano.³⁹³

Não há consenso, porém, sobre a natureza de sua razão de existir no ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores adotam-na como princípio; outros, como regra; também haverá importante doutrina e notas jurisprudenciais sobre ser a proporcionalidade um postulado normativo.

Por essa razão, torna-se oportuno analisarmos a natureza jurídica da proporcionalidade, ao aplicá-la na construção da decisão judicial. Com efeito.

3.1 PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO

No cenário atual, afirma-se que a Constituição Federal, por ser uma carta principiológica, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, servindo como base para aplicação da legislação supranacional³⁹⁴ e infraconstitucional.

Servindo-se de uma analogia, Roque Antonio Carrazza argumenta que o sistema jurídico pode ser comparado a um valioso edifício. Como tal, tudo que nele se encontra tem considerável importância, p. ex., o criterioso trabalho da engenharia, as portas, paredes, janelas e luminárias, mas, dois, entretanto, são essenciais para que o edifício seja fortemente estruturado: as vigas-mestras e o alicerce. Sem esses dois componentes não restaria pedra sobre pedra. Assim, os princípios jurídicos são para o Direito e ao sistema constitucional de justiça como um todo: “alicerces” e “vigas-mestras”.³⁹⁵

Eros Grau afirma que a interpretação do Direito é dominada pela força dos princípios, pois conferem integridade e coerência para o ordenamento.³⁹⁶ Leciona ainda que o Direito é um sistema dinâmico, que necessita de

³⁹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. p. 150.

³⁹⁴ “Trata-se de cláusula de supranacionalidade, que mitiga a soberania do Estado brasileiro”, cf. NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 193. Normas de caráter supranacional são oriundas de Tratados em que o Brasil for signatário. O *quorum* qualificado para aprovação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos é disciplinado pelo art. 5, § 3º, da CF/1988.

³⁹⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 41.

³⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 185-186.

aperfeiçoamento na medida da evolução da sociedade, e, para tanto, os princípios normativos colaboram para uma eficiente atualização do sistema jurídico de modo a acompanhar o avanço social.³⁹⁷

Nelson Nery Jr. adverte que “o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade encontra-se no conteúdo do princípio do estado de direito, havendo, ainda, quem entenda situar-se no princípio de devido processo legal.³⁹⁸

Nesta seara principiológica da proporcionalidade, Gilmar Ferreira Mendes indica tratar-se, num primeiro momento, de aplicação capaz de aferir técnicas de censura quanto à adequação e necessidade de leis criadas com vícios de constitucionalidade, a partir do poder que detém o legislador. Observa-se, desde logo, que a proporcionalidade como princípio caminha juntamente com o princípio da reserva legal, conferindo legitimidade ao Poder Legislativo (União) para criação de leis em todo o território nacional. Leciona Gilmar Mendes que essa orientação permitiu a conversão do princípio da reserva legal em princípio da reserva legal proporcional. Como consequência, pressupõe tratar-se não somente da “legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização”.³⁹⁹ Em outros termos, o princípio da proporcionalidade, aqui analisado, resulta na constatação de um viés equilibrado do controle de constitucionalidade das leis e a tentativa de evitar-se os abusos e os excessos do poder legiferante.

Não obstante se esteja aqui tratando, mais especificamente, da construção da decisão judicial, “oportuno destacar que o princípio da proporcionalidade vincula todos os atos do Poder Público: legislativo, administrativo e judiciário”.⁴⁰⁰

Há na doutrina, autores que sustentam a divisão do princípio da proporcionalidade em três subprincípios, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos.

3.1.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Ao tecer considerações sobre o proporcional e o razoável, Luís Virgílio Afonso da Silva segrega a proporcionalidade em três elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido,

³⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 21-23.

³⁹⁸ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 310.

³⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 222-231.

⁴⁰⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Considerações sobre a integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal no contexto da ordem constitucional. In: **Revista Gralha Azul**. Paraná, v. 1 - n. 12, jun./jul. 2022. p. 99.

o primeiro elemento, isto é, a *adequação*, “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.⁴⁰¹ Inadequada, portanto, será a medida adotada que não contribuir em absolutamente nada para a consecução da finalidade pretendida. Por outro lado, “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente *necessário* caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.⁴⁰² O exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, todavia, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁴⁰³

Marçal Justin Filho afirma existir na proporcionalidade um princípio/técnica de interpretação e aplicação do direito, e que sua utilização em todas as três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ajudam o julgador a encontrar a solução jurídica que mais se amolda ao conceito de justiça⁴⁰⁴, pois, em última análise, “todo Direito deve ser uma tentativa de Direito Justo”⁴⁰⁵, e, uma vez que sua origem teve reflexo na “necessidade de assegurar as condições de existência da sociedade”⁴⁰⁶, o direito e a justiça passaram a caminhar de mãos dadas, a se inter-relacionarem, e, esta última, por sua vez, passou a significar: dar “a cada um o que lhe é devido”.⁴⁰⁷

3.2 PROPORCIONALIDADE COMO REGRA

A proporcionalidade é considerada uma regra por Luís Virgílio Afonso da Silva⁴⁰⁸ e Marcelo Lima Guerra.⁴⁰⁹

⁴⁰¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798/2002. p. 23-50, abr. 2002. DTR/2002/235.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ FILHO, Marçal Justin. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 306-310.

⁴⁰⁵ Cf. Citação de Miguel Reale ao alemão Rudolf Stammler. In: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito... op. cit.**, p. 567.

⁴⁰⁶ DURKHEIM, Émile. *Ética e Sociologia da Moral*. Tradução: Paulo Castanheira. São Paulo: Martin Claret, 2016. p. 36.

⁴⁰⁷ O autor refere-se à afirmação de Aristóteles de o significado de justiça. In: SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 34. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. p. 234.

⁴⁰⁸ Cf. trabalho acima referenciado na nota n. 42.

⁴⁰⁹ YOKOHAMA, Alessandro. **Teoria da Proporcionalidade: o judiciário como legislador**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 142. Em sua *Teoria*, Yokohama afirma que Marcelo Lima Guerra é adepto ao

Pedro Lenza, ao explicar a doutrina de Ronald Dworkin, menciona que havendo conflito entre regras, apenas uma delas incidirá sobre o caso concreto, ou seja, as regras contêm um núcleo essencial de definição, de tudo ou nada.⁴¹⁰

Humberto Ávila, por sua vez, sentencia que uma regra descreve aquilo que o ente estatal deve ou não fazer.⁴¹¹ Em resumo, tratando-se de pressuposto para a instituição de uma regra:

[...] É verdade, postula a sua maior rigidez, inflexibilidade e intransigência relativamente as razões que não estejam cristalizadas em sua hipótese, pois, apesar de ela dever ser reconstruída a partir de um dispositivo, mesmo assim possui algum significado, intersubjetivamente consensuado, que lhe permite transmitir conteúdos prescritivos, ainda que esses conteúdos possam ser aperfeiçoados pelo contexto aplicativo.⁴¹²

Também é verdade que a proporcionalidade como regra visa corrigir vícios, abusos e excessos já cometidos, de modo a coibir atos anteriormente adotados e praticados.

Frente ao caráter híbrido da proporcionalidade, ou melhor, em alguns casos como princípio e noutros como regra, vejamos a afirmação do prof. Alessandro Yokohama:

Diante da natureza híbrida do chamado Princípio da Proporcionalidade, optamos por uma solução simples: chamá-la de “Proporcionalidade”, simplesmente. Todas as tentativas de encaixá-la em outro rótulo parecem inúteis. A mais próxima da realidade seria “Princípios dos princípios” ou “Super-princípio”, mas a realce parece desnecessário, ao menos para quem compreende o que e é para que serve a Proporcionalidade.⁴¹³

Observa-se, portanto, que, segundo Yokohama, a natureza de princípio ou regra da proporcionalidade haverá de ser dispensada na medida da compreensão de sua origem e da finalidade a que se destina no ordenamento jurídico, devendo ser chamada, apenas e tão somente, de Proporcionalidade, com inicial maiúscula.

Nada obstante as valiosas contribuições para o estudo da proporcionalidade como princípio e como regra, uma terceira concepção acerca

conceito da proporcionalidade como regra – não como princípio. (Cf. nota de rodapé n. 594).

⁴¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 153-154.

⁴¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 146.

⁴¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 651.

⁴¹³ YOKOHAMA, Alessandro. **Teoria da Proporcionalidade...** *op. cit.*, p. 164.

de sua natureza jurídica tem ganhado espaço e relevo no campo doutrinário e jurisprudencial: trata-se do postulado normativo de aplicação do direito.

3.3 PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO NORMATIVO

A natureza jurídica da proporcionalidade, como postulado normativo, tem sido defendida por Eros Grau desde a época em que atuou como Ministro do Supremo Tribunal Federal (2004-2010).⁴¹⁴ Destacamos excerto do voto proferido no julgamento do Habeas Corpus 95.009-4/SP (p. 44 e ss.):

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém, postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos, esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega, o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.⁴¹⁵

Em sede doutrinária, Eros Grau defende que a proporcionalidade não é um princípio, nem tampouco uma regra jurídica. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um postulado normativo de aplicação do Direito.⁴¹⁶

Humberto Ávila também se dedicou à pesquisa da discussão jurídica em torno da natureza da proporcionalidade. Primeiramente, o autor afirma que o postulado normativo é uma metanorma, ou seja, é uma estrutura

⁴¹⁴ STF. **Ministro Eros Roberto Grau**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&id=40>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴¹⁵ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 44-45.

⁴¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 135.

jurídica que possibilita a aplicação de outras normas (princípios). A título de exemplo, cita o julgamento do Supremo que considerou inválida a ordem judicial coercitiva de submissão do paciente ao exame de DNA: o comando declarado inválido violou o princípio (norma) da dignidade da pessoa humana pela *desproporcionalidade* (metanorma) da medida adotada pelo julgador.⁴¹⁷

Ávila justifica a adoção da nomenclatura dizendo:

Sempre há uma norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.⁴¹⁸

Como exposto, a utilização indevida da proporcionalidade como princípio pode levar à banalização do sistema jurídico, de modo a consagrar a relatividade dos direitos e afastamento de seu caráter absoluto, quando submetidos ao Poder Judiciário. Isso implicaria no afastamento hígido das regras encampadas pela prescrição de seu conteúdo intransigente, definitivo e inflexível.

Por dar suporte à aplicação de importantes princípios constitucionais (normas), adotou-se a terminologia de postulado normativo para a proporcionalidade, de tal maneira a reservar-lhe o caráter de metanorma.

O objetivo que sucede à análise doutrinária consiste em analisar a aplicação da proporcionalidade nas decisões judiciais, a solução jurídica dela decorrente e a qualidade da prestação jurisdicional.

4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Decisões proferidas em sede de Tribunais de Justiça, foram analisadas em três Estados brasileiros, quais sejam: Mato Grosso, Paraná e Rio de Janeiro.

No Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, a Turma Recursal única, em Acórdão sobre direito do consumidor, aplicou o *postulado da proporcionalidade* ao declarar a inexistência de relação jurídica e consequente fixação de *quantum* indenizatório por danos morais em face da empresa Recorrida.⁴¹⁹ Noutro julgamento, a mesma Turma Recursal fixou *quantum* indenizatório

⁴¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 179-180.

⁴¹⁸ Idem. p. 183.

⁴¹⁹ TJ-MT, N.U 1021334-16.2021.8.11.0015, Turma Recursal Cível. Lamisse Roder Feguri Alves Correa. Turma Recursal Única. Julgado em 01/09/2022. Publicado no DJE 02/09/2022.

em favor da Recorrente que fora exonerada de cargo temporário no período de gestação. Segundo o acórdão, além de atender o *postulado da proporcionalidade*, a fixação do montante se mostrou “adequado à reparação dos danos, sem que importe em enriquecimento ilícito da Recorrente e com suficiente carga punitiva pedagógica para evitar nova ocorrência de atos desta natureza”.⁴²⁰ Em terceira decisão analisada, no Recurso Inominado interposto contra decisão que fixou quantia a ser paga em ação de responsabilidade civil por danos morais, o Relator negou provimento a espécie recursal, tendo em vista que, em conformidade com o *princípio da proporcionalidade*, os danos se mostram razoáveis, servindo “para compensar a parte recorrida pelos transtornos sofridos, sem lhe causar enriquecimento ilícito”. No caso, a companhia aérea cancelou o voo de retorno da Recorrente, restando no atraso de aproximadamente 60 horas.⁴²¹

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, um Agravo de Instrumento fora interposto por uma Administradora de Consórcios em face de pessoa física. Aduziu a Agravante que o saldo devedor do Agravado alcançou o valor de R\$255.725,10. Na tentativa de receber o valor devido, requereu que medidas atípicas fossem deferidas, tais como o bloqueio da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e o bloqueio dos cartões de crédito do executado. Em voto cuidadosamente fundamentado, o Desembargador Relator Fábio André Santos Muniz destacou que o uso de medidas atípicas para execução do crédito será permitido, apenas e tão somente, se esgotados todos os meios típicos de buscas do patrimônio do devedor. Destacou ainda que, conforme decisão da Min. Nancy Andrighi⁴²², os meios executivos atípicos serão cabíveis, desde que o devedor possua patrimônio expropriável e que as medidas atípicas suscitadas sejam adotadas de modo subsidiário, com observância do *postulado da proporcionalidade*. Por fim, negou-se provimento ao recurso por considerar desproporcionais e precipitadas as medidas atípicas requeridas.⁴²³

Decisão interessante foi tomada pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde o Acórdão anulou multa administrativa aplicada pelo PROCON/RJ (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor), no valor de R\$ 2.234.851,72 (dois milhões, duzentos e trinta e quatro mil, oitocentos e cinquenta e um reais e setenta e dois centavos).

⁴²⁰ TJ-MT, N.U 1006034-75.2020.8.11.0006, Turma Recursal Cível. Lamisse Roder Feguri Alves Correa. Turma Recursal Única. Julgado em 30/08/2022. Publicado no DJE 31/08/2022.

⁴²¹ TJ-MT, N.U 1005914-76.2022.8.11.0001, Turma Recursal Cível. Valdeci Moraes Siqueira. Turma Recursal Única. Julgado em 02/09/2022. Publicado no DJE 05/09/2022.

⁴²² REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019.

⁴²³ TJ-PR. Agr. Instrumento nº 0024454-57.2022.8.16.0000. 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio André Santos Muniz. Julgado em 15/08/2022. Publicado: 15/08/2022.

Segundo o Desembargador Relator Gilberto Campista Guarino, é dever do Poder Judiciário exercer o controle dos atos estatais, aplicando o *princípio da proporcionalidade* de modo a preservar o *postulado da razoabilidade*.⁴²⁴ Noutra decisão, na 9ª Câmara Cível do TJ-RJ, um Agravo de Instrumento fora interposto em face do Estado do Rio de Janeiro (Agravado). Tratava-se de pretensão vinculada à reintegração de posse, com requerimento de liminar. No caso, a Agravante insistia em permanecer na posse do imóvel, cedendo frações para uso de terceiras pessoas, em razão do investimento que houvera realizado no último ano. No entanto, a Turma Recursal indeferiu o recurso por entender que a Agravante gerou sucessivos embaraços a desocupação do imóvel, e que a “providência adotada pelo Juízo de Primeiro Grau observou os *postulados da proporcionalidade e razoabilidade*, alçados à norma processual fundamental (art. 8º do Código de Processo Civil).⁴²⁵

Embora a maioria das decisões analisadas tenham aplicado a proporcionalidade como postulado normativo, nota-se que o caráter principiológico também é invocado na aferição do *quantum* indenizatório em ações de responsabilidade civil decorrentes de ato ilícito causador do dano moral.

A interessante decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que aplicou a proporcionalidade como princípio de modo a preservar a razoabilidade como postulado, divergiu dos fundamentos doutrinários ensinados por Humberto Ávila em sua *Teoria dos Princípios*. Entretanto, parece-nos uma decisão acertada, uma vez que anulou a multa administrativa do PROCON/RJ, cujo valor superava em duas mil e quinhentas vezes o valor da passagem aérea adquirida em duplicidade pela consumidora.

Há, entretanto, uma forte tendência de aumento de estudos e aplicação da proporcionalidade não como princípio ou regra, mas como postulado normativo. Essa constatação apresenta-se após recentes produções doutrinárias de autores, como Eros Roberto Grau e Humberto Ávila, bem como de jurisprudência que vem se formando nos Tribunais Estaduais e Superiores.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interessante decisão em sede de Recurso Especial destaca-se por versar sobre a *proporcionalidade* e *razoabilidade* invocados em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá.⁴²⁶

⁴²⁴ TJ-RJ. Ap. Cível nº 0218742-28.2016.8.19.0001. 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino. Julgado em 29/06/2022. Publicado: 30/06/2022.

⁴²⁵ TJ-RJ. Agr. Instrumento nº 0009932-41.2022.8.19.0000. 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Daniela Brandão Ferreira. Julgado em 21/06/2022. Publicado: 23/06/2022.

⁴²⁶ STJ, REsp n. 1.999.967/AP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 31/8/2022.

Em brevíssima síntese, a controvérsia resume-se ao ingresso na carreira de Policial Militar via concurso público, que, como regra do edital do certame, a estatura mínima para candidatas do sexo feminino era de 1,60m. As Recorridas tinham três centímetros a menos que o mínimo exigido para fins do cargo pretendido (1,57m). No recurso de origem, o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá sentenciou que além de ofender a razoabilidade, seria desproporcional manter os efeitos do ato administrativo que eliminou as duas candidatas por não atenderem à regra de estatura mínima prevista no edital, razão pela qual restou deferida a liminar de suspensão dos efeitos do referido ato.

Sobre esses fundamentos, decidiu o STJ que os princípios explicitados não foram densificados, e que a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade são utilizadas não só na aplicação da lei, mas no processo de elaboração da legislação. Por esta razão e por não se confundirem entre si, seria necessário que a fundamentação houvesse sido realizada de modo a explicar os conceitos e a forma pela qual seriam aplicados ao caso concreto.

O Recurso Especial 1.999.967/AP foi provido e a ementa assim destacou:

Incorre em negativa de prestação jurisdicional o Tribunal que prolata acórdão que, para resolver a controvérsia, apoia-se em princípios jurídicos sem proceder à necessária densificação, bem como emprega conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Nota-se que a empregabilidade de metanormas no ato de decidir juridicamente sobre o caso concreto requer não só a conceituação do que vem a ser a *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, mas também a descrição pormenorizada dos motivos de sua aplicação e maneiras de serem incididas sobre a controvérsia entre as partes. A partir daí, ter-se-á uma solução jurídica fundamentada de modo a tornar-se uma tutela jurisdicional material e processualmente adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado de Direito Constitucional, um fragmento do poder estatal é exercido pelo magistrado no desempenhar de sua função, notadamente, quanto à prestação da tutela jurisdicional à sociedade. Esse poder, entretanto, encontra limites na própria Constituição Federal e na submissão do Estado-juiz às leis que regem uma nação.

A busca pela solução juridicamente adequada ao caso concreto tem se ocupado das pautas de discussão no cenário jurídico atual. Mas não é só. A construção de uma metodologia da sentença é lugar de destaque na doutrina processual contemporânea.

Numa ordem cronológica, a sentença se inicia com o exame dos fatos. O juiz, em seguida, formula uma definição jurídica. Logo após, elabora um conhecimento jurídico vinculado à legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema definido ante os fatos provados. Por fim, elabora uma sanção jurídica como prestação jurisdicional adequada ao caso concreto.

No que diz respeito à eficácia normativa das regras e princípios no ordenamento jurídico, pode-se constatar que aquelas descrevem objetivamente condutas, enquanto essas consagram valores e fins a serem realizados.

A proporcionalidade, por sua vez, ganhou notoriedade, vindo a ser tratada como princípio, como regra, e, mais recentemente, como postulado normativo.

A natureza principiológica da proporcionalidade apresenta-se como instrumento capaz de controlar a constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo, fixando balizas de adequação e necessidade da lei, e ponderação na escolha entre a colisão do direito a ser restringido e o direito a ser realizado. Já a adoção da proporcionalidade como regra, é estabelecida no sentido de fixar critérios com maior rigidez de eficácia normativa perante o direito ao qual é destinada a conferir amparo jurídico. Como postulado normativo, a proporcionalidade assume o caráter de metanorma, servindo de base para aplicação de outras normas explicitamente consagradas pela Constituição Federal.

Na jurisprudência, visando suprimir os abusos, limitar os excessos, reduzir a desigualdade fática entre as partes, minimizar os impactos do ilícito e restaurar o *status quo ante* os magistrados têm aplicado a proporcionalidade em suas decisões, trazendo coerência lógica e integridade aos julgamentos.

A aplicação da proporcionalidade na fundamentação das decisões contribui, ademais, com os atos de inteligência, declaração e resposta. De inteligência, porque aplicada após análise imparcial e prudente dos fatos reputados pelas partes, evitando abusos postulatórios. De declaração, pois contribui para a elaboração da norma jurídica, de modo a filtrar os dispositivos legais, conteúdos doutrinários e trechos jurisprudenciais de forma coerente, adequada e organizada. De resposta, porque evita excessos de linguagem no momento de apresentar o conteúdo decisório, seja por sentença, decisão interlocutória ou acórdão, permitindo o acesso facilitado das partes à pronúncia do Estado-juiz.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Ação Rescisória e Querela Nullitatis: semelhanças e diferenças**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de Declaração: como se motiva uma decisão judicial?** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 set. 2022.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz. OLIVEIRA, Gleison do Prado de. Princípio da dignidade da pessoa humana notadamente quanto a produção de prova. In: **Direito, Gestão e Democracia: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer**. Coord. SOUZA NETTO, José Laurindo de. CAMBI, Eduardo. (Et. al.) Curitiba: Editora Clássica, 2022.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. V. II. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- DURKHEIM, Émile. **Ética e Sociologia da Moral**. Tradução: Paulo Castanheira. São Paulo: Martin Claret, 2016.
- FILHO, Marçal Justin. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Editora Calouste, 1997.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- LUCCA, Rodrigo Ramiro. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. II. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAUJO, Fabio Caldas de. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PAULA. Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Civil Brasileiro: das origens lusas a escola crítica do processo**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- PAULA. Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- PAULA. Jônatas Luiz Moreira de. **Ideologia, Jurisdição e Direitos Fundamentais: do ativismo judicial ao ativismo político do STF**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Sociologia do Processo Civil: As novas lides e o processo civil**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2013.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria da Jurisdição civil: pressupostos políticos, jurídicos e sociológicos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **Teoria Processual da Decisão Judicial: argumentos e fundamentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REGO, Werson Pereira. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. In: **Revista Direito em Movimento: um novo direito é possível**. Rio de Janeiro, v. 18 - n. 2, p. 189-212, 2º sem. 2020.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 34. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798/2002. p. 23-50, abr. 2002. DTR/2002/235.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Considerações sobre a integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal no contexto da ordem constitucional. In: **Revista Gralha Azul**. Paraná, v. 1 - n. 12, jun./jul. 2022. p. 94-102.
- YOKOHAMA, Alessandro. **Teoria da Proporcionalidade: o judiciário como legislador**. Curitiba: Juruá, 2018.

COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO

Maria Lúcia Cardoso de Magalhães⁴²⁷

RESUMO

A dignidade da pessoa humana foi a grande inspiradora da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 que serviu de tema central de muitas Constituições. A dignidade é inerente a todo ser humano e retrocessos não devem ser admitidos. A respeito desse valor não pode haver concessão de nenhuma espécie. Trata-se de um direito fundamental, decorrente da própria vida, com reflexos difusos sobre o seio social, uma vez que envolve todas as civilizações ao longo de toda a história da humanidade. No entanto, a despeito de toda a luta, muitas desigualdades ainda sobrevivem até os nossos dias. O objetivo desse artigo é pontuar a questão da discriminação contra a mulher em seu ambiente de trabalho, fazendo uma rápida retrospectiva das legislações internacionais e nacionais que regem a matéria bem como as pertinentes ações afirmativas, como as políticas públicas e as cotas de gênero.

Palavras chave: dignidade da pessoa humana; discriminação do trabalho da mulher; leis protetivas; ações afirmativas

INTRODUÇÃO

A luta pela igualdade de condições entre homens e mulheres no ambiente de trabalho ainda é longa e árdua, tendo sido marcada por avanços e retrocessos.

A inserção da mulher no mercado de trabalho foi lenta e gradativa na história e ainda, por certo, precisa evoluir muito mais.

De fato, as duas grandes guerras mundiais foram responsáveis em parte pelos espaços ocupados pelas mulheres no mercado de trabalho, ainda que os meios de comunicação continuassem a reforçar a imagem da mulher como mãe e dona de casa.

No final dos anos de 1960, os primeiros passos foram dados para a construção de uma teoria feminista que, além de enunciar as desigualdades e reivindicar direitos iguais, passou a questionar as raízes culturais dessas desigualdades.

⁴²⁷ Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG. Mestranda no programa de Pós-graduação *stricto sensu* em direito da Universidade FUMEC, Mestrado Acadêmico em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Nos anos de 1970, o movimento feminista ressurgiu com uma nova perspectiva e inegável força política, o que contribuiu também para a formação de uma consciência a respeito das condições das mulheres em todas as esferas (política, acadêmica, do trabalho, etc.).

Em 1975 foi decretado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o Ano Internacional da Mulher, na Conferência Mundial do México, o que revigorou o movimento feminista.

Na década de 1980, foram aprofundados estudos sobre a condição da mulher e elaborado o conceito de gênero.

No ano de 1993, em Viena, na Áustria, a ONU realizou a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, reforçando a proteção dos direitos humanos das mulheres.

Motivadas pela esperança da igualdade, surgiram organizações de mulheres em todo mundo, dando origem a um dos movimentos mais consagrados da história.

No fim do século XIX e início do XX, o feminismo defendia direitos igualitários de propriedade, voto, contrato, autonomia, integridade do corpo, dentre outros, sendo que tais conquistas foram incorporadas por inúmeros países, inclusive pelo Brasil.

Neste artigo fazemos um “vol d’oiseau” sobre as normas internacionais, regionais e nacionais que visam proteger a mulher trabalhadora bem como a evolução constitucional que ocorreu no Brasil a respeito do tema.

Fazemos uma retrospectiva histórica sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho e comentamos sobre as ações afirmativas e cotas que ainda se fazem necessárias para superar a questão de desigualdade de gênero.

Entretanto, a discriminação e o desrespeito contra a mulher não são prerrogativas das relações de trabalho, mas fruto de uma cultura de menosprezo e de violência contra elas, o que somente pode ser vencido com educação e políticas públicas adequadas e de uma legislação protetiva da mulher, quer no âmbito civil, penal ou no trabalhista.

Enfim é preciso lutar! Lutar com as armas que temos para a manutenção dos meios de proteção ao trabalho da mulher. Não nos caemos diante dos abusos! Ao combate!

1 A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

De acordo com dados estatísticos da Organização Internacional do Trabalho, a participação das mulheres no mercado de trabalho é bastante inferior à dos homens. Além disso há diferença significativa entre a média do salário recebido pelas mulheres e pelos homens.

No que se refere aos salários, as estatísticas do Banco Mundial demonstram que em todo o planeta, as mulheres sempre recebem menos que os homens, sendo que nenhum país atingiu a paridade salarial de gênero.

A maioria das diferenças entre os salários das mulheres e dos homens podem ser explicada pelos tipos de trabalhos desempenhados e sua duração, visto que há predominância de mulheres na economia informal, em trabalhos que exigem menor nível de qualificação e em trabalhos de tempo parcial. Além disso, há uma tendência de diminuição dos salários depois das mulheres terem filhos, apesar do oposto ocorrer com os homens (em geral, os homens com filhos são mais bem remunerados, do que homens sem filhos), o que pode ser explicado pelo fato de que as responsabilidades de criação dos filhos e de execução das tarefas domésticas normalmente recaem sobre as mulheres.

Além disso, há certa desvalorização social de profissões e categorias com predominância de mão de obra feminina, como tarefas de educação e assistência à saúde. E, segundo a OIT, quanto maior a presença feminina em uma determinada categoria profissional, menores são os níveis salariais pagos aos trabalhadores que executam este tipo de trabalho, o que torna a carreira menos atrativa para os homens, perpetuando a segregação ocupacional.

Algumas teorias econômicas neoclássicas que explicam a diferença de salários entre os sexos, nos diversos países, mencionados por Alice Monteiro de Barros, apontam que a concentração de mulheres em determinadas ocupações e sua escassa participação em outras reduz a sua remuneração em virtude do aumento total da oferta de trabalho em determinadas categorias.⁴²⁸ (1).

O principal fator que explica essa concentração feminina em algumas tarefas pode ser atribuído a atitudes tradicionais relativas ao papel da mulher, como responsável pelas tarefas domésticas e pela criação dos filhos, limitando seu tempo para dedicação à qualificação profissional e sua disponibilidade para serviços que exigem a realização de trabalho, viagens, ou que não dê suficiente flexibilidade de horários.⁴²⁹

Estudos conduzidos pela Organização das Nações Unidas⁴³⁰ pontuam que as limitações enfrentadas pelas mulheres no ambiente de trabalho incluem: a concentração desproporcional em formas de trabalho vulneráveis, a segregação ocupacional, as disparidades salariais e a divisão desigual do trabalho doméstico não remunerado.

Essas restrições refletem a desvantagens das mulheres no processo de educação, a falta de uma voz organizada e com poder de negociação, restrições

⁴²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.

⁴²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.

⁴³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.

de sua mobilidade no mercado, o envolvimento relativamente alto de trabalho em tempo parcial ou temporários, concentração em empregos onde as pressões da concorrência mundial atuam para manter os níveis salariais mais baixos, e discriminações diretas.

De maneira geral, se veem obrigadas a desempenhar trabalhos mais informais, inseguros e perigosos, bem como trabalhos por conta própria, na economia informal, sem desfrutar de acesso à proteção trabalhista e à seguridade social, além de contarem com uma voz limitada e com baixa representação e mecanismos de diálogo social.

A ausência de ajuda pública e privada para fazer frente às responsabilidades familiares, além da tradicional desigualdade na distribuição das atribuições domésticas não remuneradas, são alguns dos fatores que explicam a predominância feminina na economia informal, que proporciona trabalhos remunerados com maior flexibilidade de horários e proximidade geográfica, permitindo o cumprimento das obrigações familiares.

Além disso, as mulheres enfrentam diversas desvantagens em termos de acesso ao mercado de trabalho e formação profissional e, frequentemente não possuem a mesma liberdade que os homens na escolha dos trabalhos que querem desempenhar.

Outros aspectos são indicativos de maior discriminação em relação ao sexo feminino: as mulheres são mais preteridas em promoções, desvalorizadas em promoções de desempenho, excluídas de postos de direção e gerência e vítimas constantes de assédio no trabalho, inclusive de índole sexual.

Para fazer frente a esses fatores limitativos da participação feminina igualitária no âmbito laboral, seria imprescindível a adoção de incentivos à formação e qualificação profissional feminina aliada ao desenvolvimento de infraestrutura social com creches e pré-escolas. Mas, além disso, faz-se necessário incrementar a proteção contra a discriminação da mulher, dando maior efetividade às normas internacionais e nacionais vigentes nos diversos países, que vedam a discriminação em razão do gênero.

As normas que proíbem a discriminação de gênero pretendem dar efetividade ao princípio da igualdade entre os sexos, já que o direito à não discriminação pode ser entendido como a vertente negativa do direito à igualdade.

Importante destacar que as medidas de proteção contra a discriminação em relação ao gênero feminino, ao contribuírem para o empoderamento e para a maior autonomia das mulheres, acarretam efeitos positivos para a sociedade como um todo. Segundo a Organização Internacional do Trabalho⁴³¹,

⁴³¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Piso de protección social para uma

as mulheres podem converter-se em agentes de sua própria transformação social, através de oportunidades laborais e educativas e do acesso a serviços essenciais.

Dessa forma como bem observa Raquel Betty de Castro Pimenta⁴³², o papel do Poder Judiciário em todo o mundo é ressaltado, no sentido de promover a implementação das normas presentes em tratados internacionais, além das normas supralegais e internas de diversos Estados que preveem mecanismos para o combate à discriminação de gênero. Esse movimento para a maior eficácia das normas contra a discriminação de gênero faz-se essencial para propiciar a efetivação dos direitos humanos em escala global.

2 A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NAS NORMAS INTERNACIONAIS

No plano internacional, diversos diplomas normativos instituem normas protetivas do trabalho da mulher, vedando a discriminação em razão do gênero. Tais normas internacionais podem estar contidas em tratados, recomendações, declarações ou outras espécies de diplomas normativos.

Os tratados internacionais são acordos juridicamente obrigatórios e vinculantes, e constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. De acordo com o art. 1º, “a”, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, o termo “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, ou seja, trata-se de um diploma normativo formal celebrado por sujeitos de Direito Internacional. Pouco importa a denominação específica do documento, podendo também ser chamado de Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou Acordo Internacional.

A Recomendação é um tipo de instrumento normativo internacional de natureza diversa dos Tratados e Convenções Internacionais, pois não se sujeita a ratificação pelos Estados participantes das conferências ou pelas instituições que a adotam. No entanto, as Recomendações editadas pela OIT, servem para complementar suas Convenções Internacionais com normas regulamentares, de cunho programático, que criam para os Estados membros da Organização uma obrigação de natureza formal: a de submetê-la ao poder Legislativo para legislar ou adotar outras medidas referentes à matéria versada.⁴³³

globalización equitativa e inclusiva: informe del grupo consultivo sobre el piso de protección social. Ginebra: **Oficina Internacional del Trabajo**, 2011. p. XXVI.

⁴³² PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho: um diálogo Brasil e Itália** – São Paulo: Ltr, 2016

⁴³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: Ltr.2000. p. 186.

As Declarações ou Cartas de Direitos, normalmente, não possuem força direta vinculante, sendo documentos enunciadores de princípios e garantias que devem direcionar a prática a ser adotada pelos Estados membros de um organismo internacional.

Podem ser proclamadas no bojo de Resoluções, Portarias, Decisões ou outras espécies de atos, servindo para guiar a interpretação a ser dada a outros diplomas normativos ou para traçar planos de ação. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, as declarações são usadas em poucas ocasiões e sempre com a finalidade de expressar ou reiterar os princípios fundamentais do organismo, sendo de natureza muito solene, e, podem ser apontadas como expressão de direito consuetudinário internacional.

As normas internacionais são verdadeiras fontes de direito do trabalho, incidindo nas ordens jurídicas dos vários Estados que as adotam.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, o papel do direito internacional na resolução de litígios é variável, e podendo ser usado para solucionar diretamente uma questão, para auxiliar na interpretação de dispositivos de direito interno, para inspirar no reconhecimento de um princípio jurisprudencial ou para fortalecer uma decisão baseada no direito interno. Assim, quando as normas internacionais são utilizadas diretamente na solução de uma questão, podem atuar nos casos de lacuna das ordens jurídicas nacionais, bem como para contornar ou invalidar um dispositivo interno contrário ou menos favorável que um tratado ratificado. Quando utilizadas para auxiliar na interpretação, podem resolver ambiguidades, esclarecer o âmbito de aplicação de uma norma de direito interno a até mesmo avaliar a constitucionalidade de tais normas. Quando reforçam uma decisão baseada no direito interno, permitem que se enfatize a natureza fundamental de um princípio ou direito.⁴³⁴

A preocupação com a proteção contra a discriminação do trabalho da mulher é antiga, e está presente desde os primeiros tratados internacionais instituidores de normas trabalhistas, quando da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919. Uma série de Convenções e Recomendações da OIT trata de aspectos relevantes para a proteção da mão de obra feminina.

Posteriormente com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, a preocupação com a proteção contra todas as formas de discriminação em razão do gênero também se refletiu em normas editadas por este organismo internacional.

⁴³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Direito Internacional do Trabalho e direito interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito.** Editado por Xavier Beaudonnet. Turim. Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 47.

De acordo com a OIT, as normas internacionais do Trabalho e as previsões dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas relacionadas a essas normas são complementares e se reforçam mutuamente, de forma que a cooperação entre os sistemas é necessária para garantir a consistência e coerência em matéria de direitos humanos nas relações de trabalho.

Na esfera da ONU são relevantes as previsões contidas na Carta das Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (1979).

NA OIT, destacam-se os dispositivos da Constituição da OIT (1919) e de seu Anexo, a Declaração da Filadélfia (1944), a Declaração sobre os Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho (1988), a Convenção n. 100 (1951), a Convenção n.111 (1958) e outras Convenções e Recomendações editadas por esse organismo internacional.

Paula Oliveira Cantelli ressalta que: “No que diz respeito especificamente ao trabalho das mulheres, pode-se dizer que duas grandes preocupações inspiraram a ação internacional, a primeira decorrente da necessidade de protegê-las de condições desgastantes durante o estado gestacional; a segunda, da necessidade de lhes atribuir igualdade, de direitos e de tratamento, com os homens.”⁴³⁵

Para Adriana Goulart de Sena, é compreensível que a estratégia dos próprios trabalhadores tenha sido, inicialmente, na direção do estabelecimento de proteções e proibições mínimas para, posteriormente, reformular os preceitos normativos no sentido de eliminar os dispositivos de caráter discriminatório. É que a mulher tinha ingressado no mercado de trabalho submetida a uma lógica empresarial de custo/benefício, sendo que sua contratação, no passado, tornava-se vantajosa pelo fato de a mulher subordinar-se mais facilmente, em vista da secular segregação cultural e jurídica que sofria, estando sujeita a salários mais baixos, jornadas elevadas e condições ambientais agressivas ao organismo.⁴³⁶ Dessa forma, as normas que visam combater a discriminação de gênero surgiram depois das normas protetivas e restritivas do trabalho feminino, relacionando-se dialeticamente. Com o passar do tempo, as primeiras normas protetivas começaram a ser entendidas como um excesso de restrições à contratação feminina, emergindo,

⁴³⁵ CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã, dominação e discriminação**. São Paulo: Ltr. 2007. p. 167.

⁴³⁶ SENA, Adriana Goulart de. **Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea**. In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região (Coord). Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p. 12.

elas próprias, como elementos de discriminação, já que inibiam a afirmação da mulher na sociedade democrática. Para Adriana Goulart de Sena: “O que fora proteção ganha, portanto, décadas após, certo sabor de discriminação”.⁴³⁷

3 AS NORMAS INTERNACIONAIS E CONVENÇÕES DA OIT

No Brasil os tratados e convenções internacionais ratificados são incorporados à ordem jurídica através da atuação conjunta do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que emite o decreto de ratificação.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê em seu art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”.

Nos tratados internacionais de direitos humanos editados no âmbito da Organização das Nações Unidas, releva salientar que o Estado Brasileiro foi um dos fundadores da organização, estando presente quando da elaboração da Carta das Nações Unidas de 1945. Além disso, o documento foi promulgado internamente pelo Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945.

Da mesma forma, como Estado membro da ONU, o Brasil participou da assembléia geral ocorrida em Paris, em 10 de dezembro de 1948, tendo votado favoravelmente para a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi ratificado pelo Estado brasileiro em 12 de dezembro de 1991, tendo sido promulgado pelo Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992.

Por sua vez, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi ratificado em 19 de dezembro de 1991, e promulgada pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 1979, foi ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, com reservas em razão das restrições ao pleno reconhecimento da capacidade civil das mulheres no Código Civil de 1916, em vigor na época da ratificação. Posteriormente, em 20 de dezembro de 1944, o Brasil retirou as mencionadas reservas aos artigos 15, parágrafo 4º e 16, parágrafo 1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h” tendo em vista que o decreto legislativo que autorizava a ratificação aprovou a totalidade da Convenção, sem reserva, já sinalizando a

⁴³⁷ SENA, Adriana Goulart de. **Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea**. In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região (Coord). Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p. 13.

tendência de reforma do ordenamento interno a este respeito (o que veio a ser realizado pelo Código Civil de 2002). A Convenção foi promulgada anos mais tarde, pelo Decreto n. 4.316 de 30 de julho de 2002.

No que se refere aos instrumentos editados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho em que pese o Brasil não ter participado da assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, é considerado um dos membros fundadores do organismo internacional e como Estado membro da OIT, participou das conferências internacionais que aprovaram a Declaração da Filadélfia, de 1944 (Anexa da Constituição da OIT) e a Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho, de 1988.

A Convenção n. 100 da OIT, sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor, de 1951, e a Recomendação n. 90 da OIT, de 1951

A Convenção n. 100 da OIT, de 1951, foi ratificada pelo Brasil em 24 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721 de 25 de junho de 1957.

A Convenção de n. 100 da OIT dispõe sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor e é marco das mulheres contra a discriminação de gênero. Foi aprovada na 34ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho de 1951, em Genebra, tendo entrado em vigor no plano internacional em 23 de março de 1953.

Não é coincidência o fato dessa convenção ter sido adotada após o final da Segunda Guerra Mundial, período em que as mulheres ingressaram maciçamente nas frentes de trabalho produtivo em diversos países.

Para a OIT, a discriminação salarial é um problema universal e recorrente. Historicamente, as mulheres sempre receberam menos que os homens, havendo países em que isso se dava como uma política expressa. Tal prática se baseia na pré-concepção de que o trabalho feminino seria meramente complementar ao do “chefe de família”, sendo que essas tradições e estereótipos persistem até os dias atuais em todos os países, em todos os níveis educacionais, faixas etárias e ocupações.

A Convenção nº 100, portanto, pretende influenciar para diminuir o abismo remuneratório entre os gêneros, vedando qualquer discriminação em matéria remuneratória em virtude do sexo do trabalhador.

O artigo 1º da Convenção define o que deve se entender pelo termo “remuneração”:

ARTIGO 1º

Para os fins da presente convenção:

a) o termo “remuneração” compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou “in natura” pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último.

O artigo 2º prevê que os Estados membros deverão adotar medidas para incentivar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio da igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina entre empregadores e empregados ou uma combinação dos diversos meios.

Em seu artigo 3º, a Convenção afirma que, para a apuração do trabalho de igual valor, deve ser realizada uma avaliação objetiva dos empregados e dos trabalhos a serem efetuados.

Para a fixação de critérios de definição do trabalho de igual valor, devem ser considerados fatores como a natureza do trabalho realizado e a qualificação e treinamento necessários e as condições de trabalho, enfatizando o conteúdo do trabalho, e não as características pessoais do trabalhador.

Para complementar a Convenção nº 100, foi também editada, em 1951, a Recomendação nº 90, para garantir a aplicação do princípio de igualdade de remuneração. A Recomendação sugere medidas que permitem avaliar os trabalhos executados e classificar os empregos independentemente de sexo, bem como para elevar os rendimentos dos trabalhadores, assegurando-lhes as mesmas oportunidades de orientação profissional.

A Convenção n. 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, de 1958, e a Recomendação n. 111, de 1958

A Convenção n. 111 da OIT de 1958, foi ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e foi promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 19 de janeiro de 1968.

A Convenção n. 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão foi aprovada pela 42ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1958, entrando em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960, após as ratificações necessárias.

Seu preâmbulo deixa claro que a discriminação constitui uma violação dos direitos humanos e dos preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração da Filadélfia.

De acordo com o artigo 1º da Convenção n. 111, o termo “discriminação” compreende:

- a) Toda a distinção, a exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades de tratamento em matéria de emprego ou profissão.
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando existam, e outros organismos adequados.

Como visto, a OIT atribuiu aos países membros a responsabilidade de especificar outras situações que gerem distinções, exclusões ou preferências que atinjam a igualdade de oportunidades no âmbito da relação de trabalho, inclusive no que diz respeito ao tratamento remuneratório. Essa possibilidade deixa claro o reconhecimento, pela ordem internacional de que os fatores que motivam a discriminação não são taxativos, cabendo a todos os países a tarefa de proteger os indivíduos contra quaisquer atos discriminatórios.

Importante ressaltar que, nos termos do art. 1º, item 2, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. Assim, os requerimentos inerentes às tarefas a serem desempenhadas, objetivamente definidos, não são vedados, desde que possam ser justificados em razão da natureza do trabalho.

A Convenção n. 111 da OIT prevê em seu art. 2º, de maneira ampla, a obrigação de promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Em seu artigo 5º, a Convenção autoriza a adoção de ações afirmativas, pelo entendimento que apenas vedar a discriminação não é suficiente, por si só, para eliminar as práticas discriminatórias na realidade social. Assim, são permitidas medidas específicas para eliminar, prevenir ou remediar situações passadas, no intuito de, ao instituir desigualdades estruturais, atingir a igualdade real.

A Convenção n. 111 é complementada pela Recomendação n. 111, editada também em 1958. A Recomendação preconiza a igualdade de oportunidades e de tratamento entre os sexos no acesso a serviços de orientação e colocação profissional, formação e aprendizagem, bem como as promoções, de acordo com sua conduta, experiência e capacidade. Em seu artigo 2º, a Recomendação menciona a discriminação quanto às condições de trabalho, incluindo-se a jornada de trabalho, períodos de descanso, descanso

semanal remunerado, saúde e segurança no trabalho, seguridade social e prestações sociais relacionadas ao emprego.

A importância da utilização das normas internacionais existentes em matéria de discriminação pelos juízes e Tribunais nacionais foi enfatizada pelo Comitê de Peritos da OIT, que considera imprescindível aumentar a capacidade das autoridades competentes, incluindo juízes, para identificar e tratar os casos de discriminação nas relações de trabalho e desigualdade salarial. Segundo a OIT, os juízes possuem a importante tarefa de construir uma jurisprudência que promova os princípios de não discriminação trazidos nos Tratados e Convenções internacionais sobre o tema, notadamente as de n. 100 e 111 da OIT, o que pode ser promovido por meio das redes internacionais de juízes.

As Convenções fundamentais no eixo da proteção contra a discriminação no trabalho, a que se refere a Declaração da OIT dos Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho de 1988 são as de número 100 e 111. Contudo, diversas outras Convenções Internacionais da OIT trazem previsões que pretendem atacar a discriminação contra o trabalho da mulher, que serão analisadas em seguida.

A Convenção N. 117, sobre objetivos e normas básicas da política social, de 1962

A Convenção n. 117 da OIT, de 1962, e em vigência internacional desde abril de 1964, em que pese não ser específica no que se refere à proteção da mão de obra feminina, vem estabelecer normas de caráter geral, a serem observados por todos os Estados membros, para a promoção de elevação dos níveis de vida de sua população e do desenvolvimento aliado ao progresso social.

A Convenção n. 117 da OIT, de 1962, foi ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969 e promulgada pelo Decreto n.66.496 de 27 de abril de 1970.

A parte V da Convenção n. 117, é destinada a não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical. No item 2 do artigo XIV estabelece que serão tomadas todas as medidas práticas e possíveis no sentido de reduzir quaisquer diferenças salariais resultantes de discriminação fundadas nos critérios elencados, mediante a elevação dos níveis aplicáveis aos trabalhadores de menor remuneração. Esta Convenção estabelece claramente que o progresso social é atingido também com a proibição da discriminação que representa uma etapa importante para a obtenção do bem-estar social e do desenvolvimento da população.

A Convenção n. 122, sobre política de emprego, de 1964

A Convenção n. 122 da OIT, de 1964, ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1964, foi promulgada pelo Decreto n. 66.499 de 27 de abril de 1970.

A Convenção n. 122 da OIT, que trata da política de emprego, editada em 1964 também se refere incidentalmente à proteção contra a discriminação em razão de gênero.

Este diploma internacional visa estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, a elevar os níveis de vida, a atender às necessidades de mão de obra e a solucionar o problema do emprego e do subemprego.

Dessa forma, ao incentivar medidas que permitam a formação e qualificação profissional de trabalhadores de ambos os sexos, a Convenção atua para diminuir uma das causas da discriminação contra a mão de obra feminina, sendo importante instrumento a ser implementado para o combate a práticas discriminatórias no contexto das relações de trabalho.

A Convenção n. 156, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, de 1981, e a Recomendação n. 165 de 1981

Editada em 1981, e em vigor no plano internacional desde 11.8.1983, a Convenção n. 156, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, complementada pela Recomendação n.165, não é específica sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher.

Entretanto, como já ressaltado, as mulheres são as que tradicionalmente, nos mais diversos países, assumem a maior parte das responsabilidades com a criação dos filhos e como cuidadoras de familiares idosos ou que necessitam de cuidados constantes. Assim, em que pese ser aplicável a trabalhadores de ambos os sexos, é inegável que a Convenção n. 156 aumenta a proteção às mulheres trabalhadoras, ao estabelecer as medidas a serem adotadas para eliminar a discriminação contra trabalhadores que detenham responsabilidades familiares.

A Convenção determina aos Estados partes que adotem medidas para a promoção de serviços comunitários e criação de instituições de cuidados para as crianças e de ajuda à família, como creches e pré-escolas, para permitir aos pais a livre escolha de seu emprego. Há que se ressaltar a importância da criação de berçários, creches e pré-escolas não só para assegurar às mulheres uma participação mais equitativa no mercado de trabalho, como também para atender às necessidades das crianças de alimentação, saúde e desenvolvimento intelectual.

Outras Convenções e Recomendações da OIT trazem normas prevendo a igualdade de tratamento entre homens e mulheres nas relações de trabalho, e estabelecendo medidas protetivas contra a discriminação em razão de gênero.

Um exemplo importante é a **Convenção n. 183**, de 2000, que contém dispositivos destinados a proteger a mulher contra discriminação fundada na maternidade. Em seu artigo 8ª proíbe expressamente a rescisão imotivada do contrato da trabalhadora durante a gestação, durante a licença maternidade ou durante determinado período subsequente ao seu retorno ao trabalho. Além disso determina a adoção de medidas para assegurar que a maternidade não seja fonte de discriminação no emprego, inclusive no acesso a este, sendo vedada a exigência de exames ou certificados de testes de gravidez, exceto quando o trabalho for proibido ou restrito para gestantes ou houver risco significativo para a saúde da mulher ou da criança.

Diversas Convenções da OIT, em função do contexto histórico em que surgiram e da visão anterior de que era necessário proteger o “sexo frágil”, preveem limites ao trabalho da mulher no horário noturno, em horas extraordinárias, ou em condições insalubres ou perigosas. Por exemplo, a **Convenção n. 45 da OIT**, de 1935, veda o emprego de mulheres em trabalhos subterrâneos nas minas.

A **Convenção n. 127**, de 1967, que impõe limites ao trabalho de mulheres em transporte manual de cargas, estabelecendo que o peso das cargas que exijam esforço muscular deve ser inferior ao admitido para os homens.

A **Convenção n. 171**, que dispõe sobre o trabalho noturno, abrangendo todos os trabalhadores, homens ou mulheres. A proteção especial contra o trabalho noturno passou a se limitar às mulheres gestantes e em gozo de licença maternidade ou aos trabalhadores que, por razões de saúde, não estivessem aptos para esse trabalho.

4 A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MULHERES BRASILEIRAS

Ao longo de sua história política, o Brasil possuiu sete Constituições, uma no Império e seis na República. Embora elaboradas em épocas e situações diferentes, sua esmagadora maioria raramente se refere à figura feminina. Baseada nisto, é notório o caráter evolutivo da temática em nosso constitucionalismo, como bem afirma a advogada Fernanda Marinela “a mulher foi tratada durante toda a história, de forma preconceituosa, mesmo na legislação constitucional.”

CONSTITUIÇÃO DE 1824

Nela a mulher era simplesmente ignorada, sequer se cogitava de sua participação na sociedade. Sem direitos, sem participação política. A única referência à mulher tratava especificamente da família real – o que demonstra

discriminação não apenas de gênero, mas também de classes sociais – lembrando que esse era o texto que deveria garantir a liberdade e igualdade entre todos, mas ao contrário taxava desigualdades, como por exemplo o estabelecimento de dote para casamento das princesas, onde a mulher era tratada como mercadoria, não tendo o direito sequer de escolher com quem iria se casar, devendo se submeter a ordem dos pais. O amor e o livre-arbítrio são deixados de lado em nome de outros interesses. Em 1824 o preconceito era normal e constitucional em nosso país.

CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a primeira Constituição da República, promulgada em 1889, a família imperial deixa o Brasil e os militares assumem o poder dando início ao período que ficou conhecido como República da espada. Porém, a mulher continuava excluída do conceito de cidadania. A Constituição somente se preocupava com ela quando se referia à filiação ilegítima, mostrando a (des) importância da figura feminina, que só interessava quando repercutia na esfera patrimonial. A mulher continuava sem o direito de votar ou ser votada.

Entre o fim do Século XVIII e o início do Século XIX, o movimento feminista tomou forma quando as mulheres começaram a se organizar para exigir espaço na área da educação e do trabalho. Já sabíamos que o primeiro passo para a igualdade residia na educação e na qualificação profissional. Em 1898, Myrtes de Campos se torna a primeira advogada do país. Enquanto isso, muitas mulheres trabalhavam como operárias de segunda classe nas fábricas, em condições desumanas de trabalho, o que reforçou sua mobilização por condições dignas de trabalho e segurança. Assim, em 1907 eclodiu em São Paulo a greve das costureiras – ponto inicial para definição da jornada de oito horas, o que significou e significa muito na consciência coletiva das mulheres, ou seja, a busca dos seus direitos e da cidadania em todo o mundo por melhores condições de trabalho. Em 1917, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, as mulheres passaram a ser admitidas nos quadros do serviço público como funcionárias públicas.

Em 1932 o voto feminino se tornou um direito nacional e no ano seguinte, 1933, Carlota Pereira de Queiroz, que era médica foi eleita a primeira deputada federal. Ela participou da Assembleia Nacional Constituinte nos anos de 1934 e 1935.

CONSTITUIÇÃO DE 1934

Com a deflagração do Estado Novo e a chegada de Vargas ao Poder por meio do golpe de 30, a população, temerosa de ocorrer a instalação de uma

ditadura, passou a exigir a elaboração de uma nova Constituição. Mas Vargas foi um defensor do direito das mulheres.

Pela primeira vez, após mais de cem anos de constitucionalismo, e com a primeira mulher participando da elaboração da Constituição, homem e mulher são colocados em pé de igualdade na definição de cidadania.

A filiação ilegítima desaparece, apesar de o Código Civil de 1916 continuar a tecer esta discriminação. A mulher passa a ter direitos políticos (direito de votar e ser votada), passa também a ter o direito de se “libertar” do casamento com a legalização do “desquite” e da anulação do casamento. A mulher deixa de ser uma escrava, um acessório do marido, e passa a ter cidadania.

Mas a igualdade de direitos nunca foi suficiente, precisávamos de uma igualdade constitucional, aristotélica, com direitos e privilégios específicos para as nossas necessidades e diferenças em relação aos homens. E foi aí que se conquistou o direito à licença-maternidade: três meses de licença recebendo vencimentos integrais, quando se paria um filho vivo. O texto foi um marco fundamental na luta pela igualdade de gênero.

CONSTITUIÇÃO DE 1937

Nada mudou em relação às mulheres. Com o fim do Estado Novo e a eleição de Eurico Gaspar Dutra para a Presidência da República, uma nova Constituição assegura o retorno da democracia ao nosso país.

CONSTITUIÇÃO DE 1946

Após o trauma da Segunda Guerra Mundial e o novo sentido de humanidade criado, uma nova obrigação surge para os pais. A assistência-maternidade é garantida às mulheres como uma espécie de gênese do princípio da paridade responsável e o pai passa a ser responsável a prover a mãe de seu filho. Por outro lado, o casamento voltou a ser indissolúvel, o que significou um retrocesso grande para as mulheres.

Em 1964 o golpe militar depõe do poder o então presidente João Goulart e instala um regime ditatorial no nosso país – uma nova Constituição surge para legalizar o regime.

CONSTITUIÇÃO DE 1967

Esta Constituição manteve a aposentadoria com a idade de 70 anos para ambos os sexos, mas incluiu uma nova modalidade de assistência previdenciária: a aposentadoria voluntária após 35 anos de serviço.

Posteriormente, a aposentadoria feminina voluntária voltou para os 30 anos. Na década de 60, as drogas, rock e amor livre eram as palavras de ordem entre os jovens que passaram a levantar bandeiras das minorias e dos oprimidos: negros, mulheres, homossexuais, indígenas. Tudo era motivo de lutas e de conquista de direitos. E o surgimento da pílula anticoncepcional representou ao mesmo tempo um marco e uma libertação para as mulheres.

Surgiram, na década de 70 os grupos feministas de primeira geração que geraram impacto ao discurso dominante. A Ditadura militar chegou ao fim nos anos 80 e nosso país passou a viver a redemocratização, tendo como ápice a promulgação de nosso atual Documento da Liberdade.

CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a “Constituição Cidadã” o constituinte quis ir mais além. Além de mencionar a igualdade perante a Lei também reafirmou a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. A afirmação não foi redundância do legislador, interessante mencionar que não cabia mais em nosso constitucionalismo qualquer forma de discriminação de gênero.

No âmbito trabalhista, a Constituição passou a garantir a licença maternidade e paternidade, além de proibir diferenças de salários por motivo de sexo e proteger as mulheres em seu mercado de trabalho. A mulher sai do plano de doméstica e entra no âmbito das grandes multinacionais e organizações estatais.

Na Previdência Social foi garantida a estabilidade à gestante e a desequiparação foi instituída, reduzindo em cinco anos a idade de aposentadoria das mulheres – inclusive das servidoras públicas. O princípio da isonomia – assegurado pelo Estado Democrático de Direito – veio corrigir as desigualdades com desequiparações permitidas em razão do gênero.

Na família, a Constituição protege a mulher ao reconhecer a união estável, a isonomia conjugal e o divórcio, além de assegurar o princípio da paternidade responsável e proteger o ambiente familiar de toda e qualquer forma de violência.⁴³⁸

No artigo 7º, relativo aos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais são importantes para a proteção contra a discriminação em razão do gênero as previsões contidas nos incisos XVIII, XX, XXV e XXX.

⁴³⁸ MARINELA, Fernanda. Presidente da OAB/AL. Autora dos Livros DIREITO ADMINISTRATIVO e SERVIDORES PÚBLICOS pela Ed. Saraiva. Professora de Direito Administrativo da rede e LFG de ensino. Professora de Direito Administrativo do Centro de capacitação do STF. Advogada. Presidente do INJUR Instituto Cultural para difusão do conhecimento jurídico.

O inciso XVIII prevê o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, norma essa essencial para a proteção à maternidade.

O inciso XXV também é relacionado com a proteção à maternidade (e à paternidade), pois prevê a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até aos cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o que representa política pública importante para possibilitar a compatibilização das responsabilidades familiares e profissionais.

O inciso XX estipula a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei”, fundamentando a adoção de ações afirmativas e políticas públicas tendentes a facilitar a inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho. O inciso XXX dispõe sobre a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi inserido importante proteção contra uma das principais práticas discriminatórias contra as mulheres: a estabilidade provisória da gestante.

No artigo 10, inciso II, alínea “b”, foi instituída a vedação da dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto.

Paula Oliveira Cantelli aponta que, com a promulgação da Constituição de 1988 e a consagração de todas essas normas, diversos dispositivos constantes na legislação ordinária foram derogados, já que, sob o aparente manto tutelar, produziam efeito discriminatório em relação às mulheres e violavam os princípios constitucionais de igualdade e não discriminação.⁴³⁹

OUTRAS LEIS IMPORTANTES:

LEI N. 9029, DE 1995

O diploma legal brasileiro editado especificamente para promover a proteção contra a discriminação nas relações de trabalho é a Lei n.9029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A Lei 9029/1995 é um amalgama de vários projetos de lei apresentados no Congresso Nacional com a finalidade de aumentar a proteção contra a discriminação em razão do gênero. A Lei foi resultante de um projeto de

⁴³⁹ CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: Ltr. 2007 p. 159-160.

lei substitutivo, que incorporou outros três projetos de lei apresentados por deputadas federais em 1991 e 1992.

Essa lei exerceu grande impacto na defesa dos direitos de personalidade dos empregados, oferecendo ampla proteção contra várias formas de discriminação nas relações de trabalho, ampliando o rol constante das disposições constitucionais, em seu artigo 1º, prevê o seguinte:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, estão proibidas as práticas discriminatórias nas fases pré-contratual e durante o curso do contrato de trabalho, sendo relevantes para a proteção contra a discriminação em razão do gênero e a menção ao estado civil e à situação familiar que também são critérios utilizados como motivo para prejudicar mulheres no contexto trabalhista. O rol de motivos discriminatórios não é taxativo, sendo recorrente a utilização dessa lei para a punição de atos discriminatórios por motivos não listados no artigo 1º, como no caso de empregados portadores de doenças graves, ou ao trabalhador que ingressou na justiça.

O artigo 2º dessa lei cria um tipo penal, prevendo como crimes a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou a promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Além da sanção penal para as práticas especificadas no artigo 2º, qualquer violação aos preceitos da Lei n. 9029/95 é passível de ser punido pelas penalidades administrativas previstas pelo artigo 3º: o pagamento de multa administrativa e a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Posteriormente, a Lei n. 9263/1996 agravou as sanções previstas nos casos de indução ou instigamento dolosos à prática de esterilização cirúrgica e a exigência de apresentação de atestado de esterilização para qualquer fim, substituindo a pena de detenção por reclusão, sem prejuízo de sanções administrativas previstas no artigo 3º da Lei n. 9.029/1995.

LEI N. 9.799, DE 1999

Com o intuito de incrementar a proteção contra a discriminação em razão do gênero, foi editada a Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, que promoveu alterações na Consolidação da Leis do Trabalho, acrescentando os artigos 373-A, 390-B, 390-C, 390-E e o parágrafo 4º do artigo 392.

O artigo 373-A veda a adoção de uma série de atos quando da contratação das empregadas por seus evidentes efeitos discriminatórios.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas é vedado: (Incluído pela Lei n. 9.799, de 26.5.1999)

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível.

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Em 2000, a Comissão de Peritos em aplicação da Organização Internacional do Trabalho, ao examinar o cumprimento da Convenção n. 111 da OIT, reconheceu o empenho do Estado brasileiro no combate à discriminação nas relações de trabalho, tendo mencionado expressamente a promulgação da Lei n. 9.799/99.

Para Yara Maria Pereira Gurgel, a proteção contra a discriminação das mulheres deve ser enfrentada pela aplicação conjunta das previsões da Lei 9.029/1995 e das acrescentadas à CLT pela Lei n. 9.799/1999.⁴⁴⁰

Tratam-se, portanto, de mecanismos complementares, que podem ser utilizados conjuntamente para incrementar a proteção das mulheres contra práticas discriminatórias.

5 AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS DE GÊNERO EM FAVOR DA MULHER

No Brasil, o art. 7º, XX da Constituição prevê a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos decorrentes de lei específica. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 379-A, acrescentado à CLT pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, prevê a implantação de medidas temporárias com vistas à igualdade entre homens e mulheres, especialmente no tocante a formação profissional, acesso ao emprego e condições gerais de trabalho da mulher.

O art. 390-E da CLT, inserido pela Lei n.9.799, ao dispor sobre a possibilidade de a pessoa jurídica associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, entidades públicas ou sindicatos, para o desenvolvimento de ações conjuntas na execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher, também permite ações afirmativas. Aliás, de certo modo, a própria norma já é em si mesma uma ação afirmativa.

No entanto, verifica-se que ainda são inexpressivos planos concretos de **ações afirmativas** neste sentido, talvez por falta de divulgação ou de incentivo do governo federal.

De qualquer forma, é certo que a eliminação da discriminação contra as mulheres e, conseqüentemente, da desigualdade social daí decorrente depende da adoção de efetivas ações afirmativas que busquem gerar oportunidades e equilibrar o mercado. As ações afirmativas acabam beneficiando as próprias empresas que as implantam. Estudos do Instituto Ethos indicam que a competitividade está diretamente relacionada à composição de sua força de trabalho, que deve refletir a diversidade dos clientes e dos mercados. As empresas com mão de obra diversificada têm melhores condições de satisfazer consumidores cada vez mais diferenciados e exigentes. Assim praticar a diversidade, além de trazer benefícios para as empresas, deve fazer parte de suas obrigações com a sociedade, com os consumidores. Combater a discriminação e o preconceito é um princípio de responsabilidade

⁴⁴⁰ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação:** sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo. LTr. 2010. p. 117.

social empresarial. Mas não basta a edição de leis. É importante que o Estado, além de viabilizar ações afirmativas, crie formas de efetivá-las, seja por meio de incentivos financeiros, fiscais ou de outros meios que promovam a sua implantação.

Certa vez, referindo-se ao famoso lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade, fraternidade -, um autor falou que são palavras “que surpreendem de estarem juntas”. De fato, uma igualdade apenas formal não leva à verdadeira liberdade e desmente o ideal de fraternidade. Contudo, como afirma Paula Cantelli, as ações afirmativas podem harmonizar aquelas três palavras, usando a fraternidade para alcançar uma verdadeira igualdade e uma liberdade mais real. Mas para isso dependem também de nossa aceitação e de nossa cumplicidade.⁴⁴¹

Outra grande batalha das mulheres é ainda a ocupação de espaços de poder.

No Brasil, o poder é um domínio ocupado hegemonicamente ainda por homens. As decisões públicas do país são em maioria masculinas, e nesse contexto, as decisões quanto às relações de gênero não carregam sensibilidade.

Politicamente foi muito grande a luta das mulheres pelo direito ao voto, o qual só foi conquistado em fevereiro de 1932, um marco na história da mulher brasileira, que foi consolidado na Constituição de 1934. É necessário conscientizar a participação da mulher na política, em um país democrático e fundamental para o alcance da igualdade e do desenvolvimento, e consequentemente da paz.

Não podemos olvidar que, por intermédio de políticas afirmativas, se conseguiu instituir **cotas no sistema político**, para fomentar a inclusão das mulheres na política. Foi aprovada na legislação eleitoral a cota de gênero, que hoje é de 30%, válida para qualquer eleição do poder legislativo.

Hoje, a lei eleitoral brasileira estimula a participação feminina na política estabelecendo um percentual mínimo de 30% de candidaturas de cada sexo (art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504, de 1977).

Se analisarmos a Lei n. 9.096, de 1995, com redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009, há a imposição de aplicação de, no mínimo, 5% dos recursos do Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres e determina que, no mínimo, 10% do tempo de propaganda partidária gratuita no rádio e na televisão seja destinada à promoção e à difusão da participação política feminina.

Mas é preciso que a sociedade e sobretudo nós mulheres nos conscientizemos de que, mesmo com as cotas, o percentual de mulheres eleitas

⁴⁴¹ CANTELLI, Paula de Oiveira. **Discriminação**/ Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Paula Oliveira Cantelli, coordenadores – 2. ed. São Paulo: Ltr. 2010.

é muito baixo, ou seja, as mulheres ainda não têm representação proporcional a esse número no Parlamento.

Uma maior participação política da mulher se revela necessária, como ferramenta para por fim à discriminação da mulher no trabalho e na sociedade. Conforme Eliana Calmon, jurista e magistrada brasileira, e também primeira mulher a compor o STJ “a participação política ou o empoderamento da mulher no eixo político é importante na medida em que são tomados nos espaços privilegiados de poder as decisões referentes às políticas públicas e às ações afirmativas que levam à equidade de gênero.”⁴⁴²

Enfim, apesar dos avanços e conquistas da atuação feminina na sociedade, em especial no mercado de trabalho, há que se reconhecer, também, que há inúmeros desafios a serem vencidos. A desigualdade ainda está presente nas relações de trabalho, em especial na menor remuneração alcançada, na falta de amparo à maternidade (insuficiência de creches) e, também, no grande número de casos de assédio moral e sexual que vitimizam as mulheres em seu ambiente de trabalho.

CONCLUSÕES

A luta das mulheres por igualdade, emancipação, voz e empoderamento, não pode ser compreendida distanciada de todas as outras lutas em defesa da dignidade humana.

O direito pode ser usado como uma *ferramenta no processo emancipatório*. A resistência e a luta contra as relações de opressão são meios copartícipes nesse processo: não somente as batalhas do feminismo, mas todos os processos de luta de todos os segmentos sociais (movimentos raciais, movimentos religiosos, movimentos pelas minorias e vulneráveis, movimentos LGBTQ+, etc).

Assim não só o feminismo deve disseminar uma cultura humanística de igualdade, a família é essencial nesse processo de formação em direitos humanos e cultura de igualdade.

Assim sendo, o objetivo do feminismo deve ser de cooperação para a construção de uma sociedade sem qualquer tipo de discriminação, não só a de gênero, mas a discriminação por idade, identidade, raça, pertencimento cultural ou comunitário ou por desigualdades econômicas.

O combate a todas as formas de desigualdade, inclusive a desigualdade de gênero não se trata de uma agenda de caráter exclusivamente humanitário,

⁴⁴² CALMON, Eliana. O empoderamento sociopolítico da mulher. *Revista Justiça & Cidadania*. Rio de Janeiro. Editora JC, jan. 2014.

mas deve ser priorizado também por sua relevante vantagem econômica e como fator diferencial para o desenvolvimento nacional.

Não é por menos que a diminuição da desigualdade na taxa de presença das mulheres no mundo do trabalho se tornou um compromisso assumido pelos países que compõem o G20, em cumprimento inclusive dos mais recentes acordos internacionais comprometidos com o direito ao desenvolvimento.

Se o Brasil quiser evoluir economicamente e se tornar verdadeiramente competitivo nas relações exteriores vai precisar investir em políticas afirmativas para combater as desigualdades e repudiando de forma contundente qualquer forma de discriminação.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 contém um arcabouço principiológico bastante consistente no combate à discriminação de gênero, como se pode extrair de seu art. 5º, inciso I, que assegura a igualdade entre homens e mulheres, e de seu artigo 7º, inciso XXX, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho em função do sexo. O que falta é dar concretude, fortalecer os princípios que já estão em nossa Constituição, com a produção de leis afirmativas eficazes na redução das desigualdades entre os gêneros.

Devemos sempre nos lembrar e destacar que a luta contra a discriminação de gênero é uma luta contra a opressão e fator determinante para a construção de uma sociedade democrática. Vamos ao combate!

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.
- CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã, dominação e discriminação**. São Paulo: Ltr. 2007. p. 159–160 e 167.
- CANTELLI, Paula de Oliveira. **Discriminação/** Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Paula Oliveira Cantelli, coordenadores – 2. ed. São Paulo:Ltr. 2010 p. 289-311 e p. 313-316.
- CALMON, Eliana. O empoderamento sociopolítico da mulher. **Revista Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro. Editora JC, jan. 2014.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo. LTr. 2010. p. 117.
- MARINELA, Fernanda. **As Conquistas das Mulheres nos Últimos Séculos: Histórico e Desafios**. *In: Feminismo, pluralismo e democracia/* Roberto Parahyba de Arruda Pinto, Alessandra Camarano, Ellen Mara Ferraz Hazan, coordenadores – São Paulo:Ltr, 2018. p. 133.
- PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho: um diálogo Brasil e Itália** – São Paulo: LTr, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2009 World Survey on the role of women development. em <https://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey/2009.pdf>.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Piso de protección social para uma globalización equitativa e inclusiva: informe del grupo consultivo sobre el piso de protección social. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011. p. XXVI.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Direito Internacional do Trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim. Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 47.
- RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. **A Importância da Manutenção dos Meios de Proteção ao Trabalho da Mulher in Feminismo, pluralismo e democracia /** Roberto Parahyba de Arruda Pinto, Alessandra Camarano, Ellen Maria Ferraz Hazan, coordenadores – São Paulo: Ltr. 2018. p. 320-326.
- SENA, Adriana Goulart de. **Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea**. *In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região*. Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p.12 e p. 13.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: Ltr.2000. p. 186.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E SUA INTERSECÇÃO COM RAÇA E CLASSE SOCIAL COMO BARREIRAS AO ACESSO À JUSTIÇA

Flávia Martins de Carvalho⁴⁴³, Bárbara Ferrito⁴⁴⁴

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país racista. Esta afirmação, embora lastreada por fatos e dados, ainda é negada por uma parcela de nossa sociedade, o que dificulta o adequado enfrentamento da desigualdade racial que vigora em nosso país (GHIROTTI, 2020; VIEIRA, 2020). Ainda assim, algumas iniciativas, a exemplo da política de cotas nos concursos públicos, vêm ampliando a inclusão de pessoas negras em espaços de poder, o que nos coloca na direção de uma sociedade mais igualitária, embora muito ainda precise ser feito.

Nos limites do presente artigo, inicialmente, apresentaremos o mito da democracia racial e a razão pela qual este deve ser desconstruído. A seguir, abordaremos os efeitos do racismo nos índices de violência. Mais adiante, demonstraremos de que maneira os marcadores de raça, gênero e classe social tornam a mulher negra mais vulnerável à violência doméstica. Por fim, abordaremos a perspectiva de uma hermenêutica negra a ser aplicada na análise dos casos de violência doméstica.

1 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

Com o fim da escravidão no Brasil, a questão racial foi tratada de diferentes formas em nossa história recente, que vão desde a busca do embranquecimento da população até a construção do mito da democracia

⁴⁴³ Juíza de direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Juíza auxiliar no Supremo Tribunal Federal. Doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Ex-coordenadora Adjunta e Membro do Comitê Científico do Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Membro do Grupo de Trabalho instituído pelo CNJ para tratar de questões raciais no âmbito do Poder Judiciário (Portaria nº 108/2020). Ex-diretora de Promoção da Igualdade Racial da Associação dos Magistrados Brasileiros (2020/2022). <https://orcid.org/0000-0002-4998-2717>

⁴⁴⁴ Juíza do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante da Diretoria Executiva do ENAJUN – Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros. Integrante da Comissão Anamatra Mulheres. Integrante da Comissão Científica da ENAMAT – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Autora do livro *Direito e Desigualdade: uma análise da discriminação da mulher no mercado de trabalho a partir dos usos dos tempos*.

racial, todas buscando a invisibilidade dos problemas enfrentados pela população negra em nosso país (SILVA, 2015). Nessa fase, o próprio Direito e o Estado foram agentes ativos da exclusão do povo negro, recém liberto. Leis como a Lei de Terras e as leis que vedavam a educação de pessoas negras, bem como as políticas migratórias, fizeram com que, abolida a escravidão, o negro fosse deixado à margem da sociedade, sem acesso ao trabalho, à terra, à educação e, muito menos, ao poder.

O racismo científico, que atribuía a pessoas negras inferioridade intelectual e as afastava da condição de seres humanos, foi bastante aceito no século XIX e sustentou uma quase obsessão pela busca da raça pura. Conforme leciona Lilia Moritz Schwarcz, as teorias de Lombroso e Darwin contribuíram para a ideia de que a miscigenação deveria ser evitada, a fim de promover a evolução natural e a preservação das espécies, de modo a serem extirpados traços patológicos de “degeneração” que eram, segundo tais teorias, mais incidentes em pessoas negras.

Um outro tipo de determinismo, um determinismo de cunho racial, toma força nesse contexto. Denominada “darwinismo social” ou “teoria das raças”, essa nova perspectiva via de forma pessimista a miscigenação, já que acreditava que “não se transmitiam caracteres adquiridos”, nem mesmo por meio de um processo de evolução social. Ou seja, as raças constituiriam fenômenos finais, resultados imutáveis, sendo todo cruzamento, por princípio, entendido como erro. As decorrências lógicas desse tipo de postulado eram duas: enaltecer a existência de “tipos puros” – e portanto não sujeitos a processos de miscigenação – e compreender a mestiçagem como sinônimo de degeneração não só racial como social (SCHWARCZ, 1993, p. 76-78).

Essas teorias acabaram por influenciar políticas estatais, de forma que a busca de uma raça pura e a eliminação de raças inferiores revelou-se um “ideal político”, com reflexos nos programas de reprodução da população, que incorporaram um viés eugenista, chegando a haver proibições de casamentos interracialis para manter o equilíbrio genético e evitar a degradação das espécies, sempre tendo como parâmetro de perfectibilidade a raça ariana, de origem europeia (SCHWARCZ, 1993).

No dizer de Kon, Silva e Abud, “a política de ‘embranquecimento’ ou ‘branqueamento’ da população, conduzida pelo Estado, estabeleceu uma nova modalidade de racismo à brasileira”. Isto porque o ideal passou a ser a busca pelo clareamento estético e cultural para que o negro e, principalmente, para que o mestiço pudesse ser aceito socialmente (SILVA, 2017). Interessante perceber que, apesar de não haver a institucionalização de um sistema de

separação, nos moldes estadunidense, ou mesmo do *apartheid*, havia uma ideologia segregacionista e supremacista branca evidente.

Com o avanço dos estudos científicos, sobretudo daqueles relacionados à genética, a crença de que poderia haver uma raça pura superior a qualquer outra caiu por terra, o que não significou o fim do racismo. Sendo também um processo, o racismo é capaz de se reinventar, para manter sua racionalidade fundante na sociedade. Assim, o discurso de que não existe raça e de que somos todos seres humanos tem sido utilizado muitas vezes como argumento contra políticas afirmativas que tenham por objetivo a busca da igualdade racial através de reserva de cotas para pessoas pretas e pardas.

Entretanto, é importante compreender que raça e racismo são construções históricas e culturais que envolvem relações de poder e que fazem de pessoas brancas o padrão universal sob diversos aspectos, ao passo que pessoas não brancas são tidas como “o outro”, muitas vezes sequer reconhecidas como humanas.

Ser branco situa as pessoas em um lugar específico dentro das hierarquias sociais em função da significação que o pertencimento ao grupo racial dominante possui no mundo contemporâneo. À identidade racial branca estão associados diversos predicados positivos, como superioridade cultural, beleza estética, integridade moral, sucesso econômico e sexualidade sadia. [...]

A negritude surge a partir da atribuição negativa de características morais a traços fenotípicos das populações africanas. [...] O racismo cumpre então um papel central nesse processo, pois cria e propaga imagens culturais destinadas a justificar hierarquias entre brancos e negros. Assim, essas duas identidades são construídas a partir da lógica oposicional na qual grupos de pessoas são racializadas de formas distintas em função das relações de poder que possuem dimensões culturais, políticas, históricas e econômicas (MOREIRA, 2019a, p. 42-43).

A ideia de que o Brasil é um país onde vigora a chamada “democracia racial” ganhou força com a obra de Gilberto Freyre, publicada em 1933, denominada “Casa-grande e senzala”. Em seu livro, Freyre apresenta uma relação harmônica entre brancos e não brancos, construída a partir da miscigenação. A mestiçagem seria a base da sociedade brasileira, o que favoreceria a construção de uma democracia racial.

Sua abordagem afasta a inferioridade racial do negro sustentada pelo racismo científico, base das teorias eugenistas, mantendo, contudo, um discurso conflitante, uma vez que sustenta que os negros que foram trazidos para o Brasil eram superiores àqueles que foram levados para os Estados Unidos.

Além disso, para Freyre, o mestiço seria o falso negro, aceito culturalmente por se aproximar das características do colonizador. Portanto, há uma valorização do branqueamento da pele e do aculturamento do povo negro. A forma como Freyre retrata a relação entre brancos e negros é utópica, pois faz parecer que não havia qualquer conflito, e somente nessa base ilusória é que se pode admitir o mito da democracia racial.

Tudo se passa como se não houvesse luta, não houvesse revolta, não houvesse crime. A existência de quilombos não é explicada, a própria escravidão ganha caráter tão doce que é difícil imaginá-la hedionda e é difícil acreditar que os negros não a desejassem. Tudo é paz, tudo é harmonia, confraternização eterna entre os valores da senzala e da casa-grande. (SANTOS, 2002, p. 12)

O mito da democracia racial fez com que a temática racial não fosse uma questão central para a sociedade brasileira, embora o racismo esteja presente de forma estrutural em nossa sociedade desde o início da sua formação até os dias atuais (ALMEIDA, 2019).

1.1 RACISMO EM NÚMEROS

Segundo Silvio Almeida, pode-se conceituar o racismo como “uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial a que pertençam” (ALMEIDA, 2019, p. 32).

Por sua vez, Oscar Vilhena Vieira entende que o racismo como “uma invenção branca voltada a naturalizar a exclusão, a subordinação e a exploração da população negra, assim como a legitimar a violência contra pretos e pardos, sem a qual a dominação branca não subsistiria” (VIEIRA, 2020).

De certo, não se pode admitir a existência de uma democracia racial no Brasil quando se observa a desigualdade, sob qualquer perspectiva, como pessoas negras e não negras experienciam a vida em sociedade.

De acordo com o Atlas da Violência (CERQUEIRA, DANIEL; BUENO, 2020), em 2018, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídio de 37,8 por 100 mil habitantes. Por outro lado, entre os não negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9 por 100 mil habitantes. Isso evidencia que, para cada indivíduo não negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos.

Da mesma forma, as mulheres negras representaram 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade de 5,2 por 100

mil habitantes, quase o dobro quando comparada à das mulheres não negras, que foi de 2,8 por 100 mil habitantes.

Entre 2008 e 2018, as taxas de homicídio apresentaram um **aumento** de 11,5% para os negros, enquanto para os não negros houve uma **redução** de 12,9%.

A forma aguda como a violência atinge predominantemente a população negra no Brasil nos remete às reflexões propostas por Achille Mbembe, que a partir do conceito de biopoder, de Michael Foucault, apresenta o racismo como um instituto que tem “a função de regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado”. Nesse contexto, a soberania consiste “no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” e os números indicam que a população negra é quem tem sido escolhida para figurar nas fileiras da morte (MBEMBE, 2016, p. 123).

A trajetória histórica do nosso país, na qual a libertação do povo negro escravizado os lançou à própria sorte, explica parte do estado de coisas atual, embora não seja a única justificativa (ALMEIDA, 2019). Mas é importante compreender que a liberdade concedida às pessoas negras não representou o fim da escravidão, pois “se é livre para viver a própria vida somente quando se é livre para morrer a própria morte” (MBEMBE, 2016, p. 144). Nessa perspectiva, o racismo estrutural, que permeia toda a nossa sociedade, será determinante como fator de opressão e extermínio do povo negro. No dizer de Almeida,

[o] racismo estabelecerá a linha divisória entre superiores e inferiores, entre bons e maus, entre os grupos que merecem viver e os que merecem morrer, entre os que terão a vida prolongada e os que serão deixados para morrer, entre os que devem permanecer vivos e os que serão mortos. E que se entenda que a morte aqui não é apenas a retirada da vida, mas também é entendida como a exposição ao risco da morte, a morte política, a expulsão e a rejeição (ALMEIDA, 2019).

Mas negros e negras têm resistido à chamada “Necropolítica”, termo cunhado por Mbembe para tratar do extermínio do povo negro através da soberania estatal, e tal como o personagem Dorvi, retratado por Conceição Evaristo na obra *Olhos d’água*, segue dizendo: “A gente combinamos de não morrer!” (EVARISTO, 2016).

Nesse mesmo sentido, os negros e negras também figuram como principais atores no mercado precarizado de trabalho. A divisão racial do trabalho conforma um mercado que designa para corpos marcados como negros os trabalhos mais instáveis, inseguros e desvalorizados.

1.2 OS NÚMEROS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ainda de acordo com o Atlas da Violência, em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil. Isto significa uma mulher assassinada a cada duas horas, indicando uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino. Os números indicam que houve uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018.

Entretanto, no período entre 2008 e 2018, houve um aumento de 4,2% no número de mulheres assassinadas, dado que revela crescimento ainda que haja uma tendência de queda.

Embora o Atlas da Violência registre a quantidade de homicídios, o estudo não é capaz de mostrar os números específicos da violência doméstica, uma vez que tais informações não constam dos registros utilizados para compor o relatório. Entretanto, o relatório traz duas abordagens que servem como indicativos para apontar o número de feminicídios no Brasil.

Analisando o homicídio de mulheres pelo local de ocorrência, observa-se que a taxa de homicídios que se deram fora da residência da vítima não destoa da taxa geral de homicídios e da taxa geral de homicídios de mulheres no país, indicando tendência de queda. Não obstante, a taxa de homicídios de mulheres na residência revela uma constante entre 2008 e 2013, com aumento de 8,3% entre 2013 e 2018, havendo estabilidade entre 2017 e 2018.

Tais números demonstram uma dinâmica diversa entre os homicídios de mulheres dentro e fora de suas residências. Considerando tais distinções, o Atlas aponta que 30,4% dos homicídios de mulheres ocorridos em 2018 no Brasil seriam em decorrência de feminicídio – um crescimento de 6,6% em relação a 2017. Embora sejam números que decorrem de uma combinação analítica, aproximam-se daqueles registrados pelas polícias civis, que foi de 29,4%.

O Atlas da Violência mostra ainda que, entre 2013 e 2018, ao mesmo tempo em que a taxa de homicídios de mulheres fora de casa **diminuiu** 11,5%, as mortes dentro de casa **amentaram** 8,3%, o que é um indicativo do crescimento de feminicídios.

Os números revelam que o percentual de mulheres que sofrem a violência dentro da residência é 2,7 vezes o de homens, o que parece evidenciar a dinâmica da violência de gênero, notadamente, do feminicídio.

No mesmo período, houve aumento de 25% nos homicídios de mulheres por arma de fogo dentro das residências, que para os pesquisadores pode ser um reflexo do crescimento na difusão de armas, que teve um aumento significativo nos últimos anos.

2 RAÇA E CLASSE COMO FATORES DE MAIOR VULNERABILIDADE

O cruzamento dos marcadores de raça, gênero e classe social, também chamado de “interseccionalidade”, faz da mulher preta, pobre e periférica a mais vulnerável dentro do sistema de desigualdades, exigindo maior atenção por parte das autoridades e da rede de proteção quando do atendimento a situações de violência.

O conceito de “interseccionalidade” foi cunhado por Kimberlé Crenshaw, em 1989, e segundo Carla Akotirene, aportada por Patrícia Hill Collins, seria uma espécie de “sistema de opressão interligado” (AKOTIRENE, 2020, p. 21). Surge como categoria analítica a partir da percepção de que o feminismo tradicional lutava contra a opressão da “mulher” tendo como parâmetro a mulher branca das classes alta e média, o que excluía diversas outras mulheres do movimento feminista, sobretudo mulheres negras.

“Minha experiência de vida me mostrou duas questões inseparáveis, que, no momento de meu nascimento, dois fatores determinaram meu destino, o fato de eu ter nascido negra e o fato de eu ter nascido mulher” (HOOKS, 2020, p. 35). Com essas palavras, bell hooks aponta as categorias raça e gênero como marcadores que definem, antecipadamente, experiências de vida decorrentes de nossa organização social construída em bases sexistas e racistas.

Grada Kilomba aponta que mulheres negras descrevem a opressão que experienciam “primeiro em relação à raça em vez de em relação ao gênero” (KILOMBA, 2019), o que é também descrito por bell hooks ao afirmar que mulheres negras do século XX tendem a aceitar o sexismo como algo natural, um fato da vida, diversamente do racismo, que seria “uma força mais opressiva em suas vidas” (HOOKS, 2020). Tais apontamentos indicam que, para mulheres negras o racismo é ainda mais opressor do que o sexismo.

O discurso de Sojourner Truth, proferido em 1851, durante a Convenção dos Direitos da Mulheres de Ohio, em Akron, é um marco nesse despertar para a necessidade de ampliação da luta pelos direitos das mulheres, de forma a abarcar as vulnerabilidades também das mulheres negras, e não apenas daquelas que representavam o padrão universal – mulheres brancas de classe média e alta.

Aqueles homens ali dizem que as mulheres precisam de ajuda para subir em carruagens, e devem ser carregadas para atravessar valas, e que merecem o melhor lugar onde quer que estejam. Ninguém jamais me ajudou a subir em carruagens, ou a saltar sobre poças de lama, e nunca me ofereceram melhor lugar algum! E não sou uma mulher? Olhem para mim? Olhem para meus braços! Eu arei e plantei, e juntei a colheita nos celeiros, e homem algum poderia estar à minha frente. E não sou uma

mulher? Eu poderia trabalhar tanto e comer tanto quanto qualquer homem – desde que eu tivesse oportunidade para isso – e suportar o açoite também! E não sou uma mulher? Eu pari treze filhos e vi a maioria deles ser vendida para a escravidão, e quando eu clamei com a minha dor de mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu! E não sou uma mulher? (TRUTH, 2014)

O discurso de Truth denuncia a forma mais acentuada como mulheres negras eram atingidas pelo sexismo em virtude do seu cruzamento com o racismo.

Pesquisa realizada em 2020 pelo Instituto Locomotiva indicou que o percentual de mulheres negras em ensino superior com idade entre 25 anos ou mais é de 13% contra 27% de mulheres não negras na mesma faixa etária. Por sua vez, a renda média entre mulheres negras com nível superior é de R\$ 3.067,00 contra uma renda média de 4.566,00 entre mulheres não negras. Ou seja, mulheres não negras com nível superior tem renda média 33% maior do que a de mulheres negras com o mesmo grau de instrução, além de terem mais acesso ao nível superior de ensino do que mulheres negras (LOCOMOTIVA, 2020).

A análise sob a perspectiva racial indica, ainda, que mulheres negras e não negras são afetadas de formas diferentes pela violência (CERQUEIRA, DANIEL; BUENO, 2020).

Entre 2017 e 2018, houve queda de 12,3% nos homicídios de mulheres não negras; entre mulheres negras a redução foi de 7,2%. Já no período entre 2008 e 2018, a taxa de homicídios entre mulheres não negras **caiu** 11,7%, ao passo que a taxa de homicídios entre mulheres negras **aumentou** 12,4% (CERQUEIRA, DANIEL; BUENO, 2020).

As oportunidades profissionais das mulheres negras também sofrem os efeitos do racismo. De acordo com pesquisa publicada pela Universidade Duke, nos Estados Unidos, cabelos crespos, que são um traço característico de mulheres negras, reduzem as chances profissionais dessas mulheres, percebidas como menos profissionais do que negras com cabelos alisados (ESTELA; PINTO; ROSETTE, 2020). Ou seja, para ampliar suas chances de conseguir um emprego, mulheres negras devem adotar um padrão estético que as aproxime do padrão estético de mulheres não negras, como, por exemplo, cabelos alisados.

Percebe-se que, se a roupa sempre foi um problema para as mulheres que ingressam no mercado de trabalho marcado pelo signo do patriarcado (COTTA e FARAGE, 2021), as mulheres negras enfrentam desafios ainda maiores. Isso porque sua condição natural, muitas vezes, não é aceita como adequada ao ambiente laboral. A imposição de adoção de determinados tipos de cabelo, por meio de procedimentos químicos, demonstra a força da violência que as mulheres negras sofrem para poderem simplesmente trabalhar.

O período de escravidão ajudou a construir diversos mitos e estereótipos a respeito da mulher negra, chegando mesmo a descaracterizá-la como mulher. Tais construções foram reforçadas pelo racismo e permanecem até os dias atuais. Um exemplo dessa construção imaginária é a ideia de que a mulher negra é uma mulher “forte”, muitas vezes sequer reconhecida como mulher.

Nos Estados Unidos, a ideologia racista branca sempre permitiu que mulheres brancas assumissem que a palavra “mulher” é sinônimo de “mulher branca”, porque as mulheres de outras raças são sempre consideradas as Outras, seres desumanizados que não cabem sob o título de “mulher” (HOOKS, 2020, p. 222).

No Brasil, pesquisas realizadas pela Fundação Osvaldo Cruz, sob a coordenação da pesquisadora Maria do Carmo Leal, indicaram que mitos e estereótipos a respeito da mulher negra, como o fato de que seriam mais fortes e resistentes a dor, fazem com que estas mulheres sofram mais durante o parto, pois a chance de uma mulher negra não receber anestesia é 50% maior quando comparada com mulheres não negras (RIBEIRO, 2020).

Ainda de acordo com a pesquisa da Fiocruz, mulheres negras possuem maior risco de ter um pré-natal inadequado, realizando menos consultas do que o indicado pelo Ministério da Saúde; têm maior peregrinação entre maternidades, buscando mais de um hospital no momento de internação para o parto; e frequentemente estão sozinhas, com ausência de acompanhante durante o parto (RIBEIRO, 2020).

Com Akotirene, vale destacar que “não existe hierarquia de opressão”. O que se pretende com o olhar da interseccionalidade é contemplar uma miríade de situações que tornam as mulheres negras mais vulneráveis em virtude de diferentes camadas de opressão, o que demanda soluções complexas e não homogeneizadas.

A interseccionalidade é sobre a identidade da qual participa o racismo interceptado por outras estruturas. Trata-se de experiência racializada, de modo a requerer sairmos das caixas particulares que obstaculizam as lutas de modo global e vão servir às diretrizes heterogêneas do Ocidente, dando lugar à solidão política da mulher negra, pois que são grupos marcados pela sobreposição dinâmica identitária. É imprescindível, insisto, utilizar analiticamente todos os sentidos para compreendermos as mulheres negras e as “mulheres de cor” na diversidade de gênero, sexualidade, classe, geografias corporificadas e marcações subjetivas (AKOTIRENE, 2020, p. 48).

Essa é a proposta que se pretende perseguir.

3 UM OLHAR NEGRO PARA O PROCESSO

Perceber de que forma a intersecção entre gênero, raça e classe social pode tornar a situação de vulnerabilidade das mulheres ainda mais agressiva é importante para que possamos atender adequadamente aquelas que nos chegam em situação de violência. Não obstante, muitas vezes as instituições estatais reproduzem o racismo e o sexismo e agravam ainda mais a situação daquelas que deveriam ser acolhidas pela rede de proteção posta à disposição pelo Estado.

A despeito dos direitos humanos permitirem acesso irrestrito, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, as mulheres negras se veem diante dos expedientes racistas e sexistas das instituições públicas e privadas por lhes negarem primeiro trabalho e, depois, o direito humano de serem reclamantes das discriminações sofridas (AKOTIRENE, 2020, p. 62).

Ter consciência desse processo discriminatório negativo é importante para reverter esse quadro; compreender que o racismo pode ser individual, mas que é também e sobretudo institucional, torna-se fundamental para fazer cessar essa engrenagem que destrói a autoestima das mulheres negras, principalmente daquelas em situação de violência doméstica.

Além disso, é importante que a narrativa apresentada por qualquer mulher em situação de violência doméstica e, ainda mais, por mulheres negras, seja levada a sério, pois dentro da lógica racista e sexista, a mulher negra é uma mulher silenciada, cuja voz não é ouvida. A partir do questionamento apresentado por Gayatri C. Spivak, na obra *Pode a subalterna falar?*, Grada Kilomba responde que “é impossível para a subalterna falar ou recuperar sua voz e, mesmo que ela tivesse tentado com toda sua força e violência, sua voz ainda não seria escutada ou compreendida pelos que estão no poder” (KILOMBA, 2019, p. 47).

A ausência dessa análise interseccional levou o estado brasileiro a ser condenado pela inobservância da discriminação sofrida por Simone André Diniz. No caso, Simone buscava uma oportunidade profissional e se deparou com um anúncio para vaga de empregada doméstica “de preferência branca”. Em contato com a anunciante, esta confirmou a exigência da “branquitude”. Ao dizer que era negra, Simone foi informada de que não preenchia os requisitos necessários para a vaga. O caso foi judicializado, sendo arquivado pela justiça brasileira, embora a anunciante tenha confirmado a exigência quanto à preferência racial.

O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) e resultou na condenação do Brasil por omissão ao permitir que um caso de discriminação racial fosse arquivado sem sequer ter havido uma ação penal. Para a CIDH da OEA, houve o “descumprimento pelo Estado brasileiro de sua obrigação de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana, a que se refere o artigo 1(1) de dito tratado”, que dispõe sobre o dever dos estados signatários em respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (PENTEADO, 2006).

É interessante perceber que o caso de racismo se manifestou em uma relação de trabalho, na fase pré-contratual, é verdade. Assim, as violências de raça e gênero não se resumem ao âmbito penal, mas se circunscrevem na própria dinâmica da sociedade, afetando diversos tipos de relações sociais. Por isso, pensar as interseccionalidades da violência doméstica implica necessariamente entender também como tais vulnerabilidades afetam o indivíduo enquanto trabalhador.

Na obra *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*, Adilson Moreira propõe uma hermenêutica jurídica pautada na visão de uma pessoa negra como forma de diminuir os efeitos do racismo estrutural que perpassa as instituições públicas e privadas e que explicam, em alguma medida, a razão pela qual muitos processos envolvendo questões raciais não resultam em condenação.

Cabe lembrar que, de acordo com pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a magistratura brasileira é formada predominantemente por homens brancos (CNJ, 2018), havendo apenas 6% de magistradas negras espalhadas por todo o território nacional.

Assim, estatisticamente, haverá uma maior probabilidade de que casos de violência doméstica cujas vítimas são majoritariamente mulheres negras sejam julgados por homens brancos. Para que essa diferença não se converta em uma camada a mais de opressão como aquela evidenciada no caso Simone André Diniz, Moreira propõe que a/o jurista empreenda esforços para pensar como um negro na aplicação da hermenêutica jurídica.

Pensar como um negro significa compreender o Direito como um instrumento de transformação social, como algo que pode ter o poder de afirmar a dignidade do povo negro. Isso exige a rejeição de uma perspectiva interpretativa segundo a qual o sistema jurídico existe para manter o consenso sobre formas de

organização social. Uma posição dessa natureza não pode ser apoiada por um jurista que pensa como um negro porque essas normas são produtos de relações de poder existentes dentro de uma sociedade (MOREIRA, 2019b, p. 286).

Em contribuição à hermenêutica proposta por Moreira, acrescentamos a necessidade de se pensar como uma mulher negra, com suas múltiplas vulnerabilidades, através de um exercício de aproximação dessas particularidades, que permita ao/a julgador/a compreender todas os marcadores que atravessam o corpo negro feminino.

CONCLUSÃO

Neste breve artigo, procuramos demonstrar as razões pelas quais não se pode admitir o mito da democracia racial, bem como evidenciamos os motivos pelas quais é necessário compreender o racismo como um sistema que estrutura as relações de poder.

A partir de diversos estudos, demonstramos de que forma o racismo impõe a pessoas negras uma maior vulnerabilidade, que se acentua quando se trata de mulheres negras, em razão da interseccionalidade dos marcadores de gênero, raça e classe social.

Provocamos a reflexão de que o direito deve ser entendido como um instrumento de transformação social, o que exige um exercício de deslocamento e aproximação da realidade de desigualdades de gênero, raça e classe social do país por parte de quem julga e de toda a rede de atendimento, sob pena de se agravar as violências sofridas por mulheres negras.

Desta forma, esperamos contribuir para o enfrentamento das questões raciais e de gênero no âmbito do Poder Judiciário, lançando luz sob questões até então silenciadas e que, cada vez mais, precisam ser debatidas se quisermos construir, de fato, uma sociedade democrática, que tenham maior acesso à justiça. Vale frisar, por fim, que o convite à adoção de uma hermenêutica negra não parte do lugar essencializado do/a juiz/a negro/a, mas se estende a todo/a magistrado/a que pretende fazer do Direito um instrumento de transformação social, tornando real a promessa de nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020.
- ALMEIDA, Silvio Luiz De. **Racismo Estrutural**. 1. ed. São Paulo: Pólen; Sueli Carneiro, 2019.
- CERQUEIRA, DANIEL; BUENO, Samira; et al. Atlas da Violência 2020. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA**, [S. l.], 2020. DOI: [dx.doi.org/10.38116.riatlasdaviolencia2020](https://doi.org/10.38116.riatlasdaviolencia2020).
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Perfil sociodemográfico dos magistrados**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- COTTA, Mayra; e FARAGE, Thais. Mulher, Roupa, trabalho: como se veste a desigualdade de gênero. São Paulo: Paralela, 2021
- ESTELA, Ana; PINTO, De Sousa; ROSETTE, Shelby. Preconceito com cabelo crespo reduz contratação de negras. **Folha de São Paulo**, [S. l.], 2020.
- EVARISTO, Conceição. **Olhos d'água**. 1. ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2016.
- GHIROTTI, Edoardo. Pesquisa exclusiva: 61% dos brasileiros acham que o país é racista. **Revista Veja**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/pesquisa-exclusiva-61-dos-brasileiros-acham-que-o-pais-e-racista/>.
- HOOKS, Bell. **E eu não sou uma mulher?: mulheres negras e feminismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.
- KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação - Episódios de racismo cotidiano**. [s.l.: s.n.].
- LOCOMOTIVA, Instituto. **As faces do racismo: um levantamento do Instituto Locomotiva para a Central Única das Favelas**. [s.l.: s.n.].
- MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Artes e Ensaios - Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**, [S. l.], n. 32, p. 122–151, 2016.
- MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. a.
- MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. b.
- PENTEADO, Gilmar. **OEA condena Brasil por não punir caso de racismo**. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1811200620.htm#:~:text=Para os órgãos da Justiça,de emprego por ser negra. Acesso em: 20 set. 2020>.
- RIBEIRO, Rute Pina; Rafaela. Racismo na saúde: nas maternidades do Brasil, a dor também tem cor. **Carta Capital**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/racismo-na-saude-nas-maternidades-do-brasil-a-dor-tambem-tem-cor/>.
- SANTOS, Gislene Aparecida Dos. **A invenção do “ser negro”: um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros**. São Paulo; Rio de Janeiro: Educ/Fapesp; Pallas, 2002.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SILVA, Naomi Moritz Kon; Cristiane Curi Abud; Maria Lucia Da. **O racismo e o negro no Brasil: questões para psicanálise**. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- SILVA, Mateus Lôbo de Aquino Moura e. Casa-grande & senzala e o mito da democracia racial. **39o Encontro Anual da Anpocs**, [S. l.], p. 24, 2015.
- TRUTH, Sojourner. **E não sou uma mulher?** 2014. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/e-nao-sou-uma-mulher-sojourner-truth/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Perverso pacto racial. **Folha de São Paulo**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/08/perverso-pacto-racial.shtml>.

ASSÉDIO NO AMBIENTE VIRTUAL DE TRABALHO: DESAFIOS E MEDIDAS DE PREVENÇÃO

Michel Medeiros Nunes⁴⁴⁵

RESUMO

O assédio moral é um fenômeno preocupante no ambiente de trabalho e tem se manifestado cada vez mais no ambiente virtual. Ele envolve comportamentos abusivos e repetitivos que visam degradar as condições de trabalho de um indivíduo, resultando em danos físicos, psicológicos e sociais. Identificar e comprovar o assédio virtual pode ser desafiador, uma vez que as interações ocorrem predominantemente em formatos digitais. Combater o assédio, é importante para manter um ambiente de trabalho saudável para o empregado desempenhar suas funções. O presente artigo teve como objetivo revisar a literatura sobre assédio, principalmente no ambiente virtual, fazendo um estudo sobre as formas existentes e as suas características, bem como elencar os desafios encontrados para sua identificação e comprovação. Destaca ainda responsabilidade da empresa pela manutenção de um ambiente de trabalho sadio, relacionando sugestões de medidas para prevenção que podem ser adotadas para evitar o assédio virtual.

Palavra-Chaves: assédio moral; teleassédio; ambiente de trabalho; trabalhadores; ambiente virtual.

INTRODUÇÃO

No contexto atual do mercado de trabalho, o ambiente virtual tem desempenhado um papel cada vez mais significativo nas relações laborais. O surgimento do ambiente virtual de trabalho trouxe inúmeras vantagens, como flexibilidade de horários, maior agilidade nas comunicações e a possibilidade de trabalhar remotamente. No entanto, junto com essas transformações, também surgiram desafios e problemáticas, sendo o assédio moral no ambiente virtual um tema que merece especial atenção.

O ambiente virtual de trabalho refere-se às interações profissionais que ocorrem por meio de plataformas digitais, como e-mails, chats, redes sociais

⁴⁴⁵ Especialista em Direito Previdenciário, Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado. Professor de Relações Trabalhistas e Direito Processual do Trabalho da Unisul. Tubarão/SC E-mail: michel@mfmn.adv.br

corporativas, videoconferências e demais ferramentas *online*. Essas tecnologias proporcionam agilidade e flexibilidade nas comunicações, permitindo que colaboradores interajam independentemente de suas localizações geográficas.

O assédio moral, que já era uma preocupação no ambiente físico das empresas, encontrou uma nova arena no ambiente virtual, ampliando suas formas e consequências.

O tema do assédio no ambiente virtual de trabalho é de extrema importância e apresenta relevância jurídica no contexto atual. O aumento da utilização de ferramentas digitais no ambiente profissional trouxe consigo desafios e impactos na dinâmica laboral, incluindo a possibilidade de ocorrerem casos de assédio.

Mensagens ofensivas, comentários depreciativos, exposição pública de erros ou inadequações e exclusão intencional nas redes de comunicação são apenas alguns exemplos das formas de assédio moral que podem ocorrer no ambiente virtual.

Além disso, é importante ressaltar que o assédio moral no ambiente virtual pode ter impactos significativos na saúde e no bem-estar dos indivíduos afetados. A exposição constante a situações degradantes e humilhantes pode levar ao desenvolvimento de problemas psicológicos, como ansiedade, depressão, estresse crônico e redução da autoestima. Isso, por sua vez, pode comprometer a produtividade, o engajamento e a satisfação no trabalho das vítimas.

Nesse sentido, é fundamental compreender e abordar de maneira efetiva o assédio moral no ambiente virtual de trabalho, buscando a promoção de ambientes laborais saudáveis, respeitosos e livres de práticas abusivas. A legislação trabalhista, embora tenha avançado no combate ao assédio moral, ainda precisa se adaptar às novas realidades do trabalho virtual e garantir a proteção dos trabalhadores nesse contexto.

Este artigo se propõe a analisar e discutir o assédio moral no ambiente virtual de trabalho, explorando as particularidades desse fenômeno, bem como as estratégias e boas práticas que podem ser adotadas para promover ambientes de trabalho seguros, respeitosos e saudáveis. Através desse diálogo multidisciplinar, espera-se que sejam identificadas soluções efetivas para enfrentar esse desafio emergente e promover uma cultura de trabalho livre de assédio no ambiente virtual.

1 CONCEITO E TIPOS DE ASSÉDIO NO AMBIENTE DE TRABALHO VIRTUAL

O assédio moral é um fenômeno que tem despertado crescente interesse e preocupação na sociedade contemporânea, especialmente no contexto das relações de trabalho. Também conhecido como *bullying* ou *mobbing*, o assédio moral é assim definido por Heins Leymann:

assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega(s) desenvolve(m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura (*Apud* FIRELLI; FIRELLI; JUNIOR, 2014, p. 11).

Embora não haja uma definição universalmente aceita do conceito de assédio moral, há consenso sobre sua natureza nociva e recorrente. A psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen (*apud* CARVALHO, 2009, p. 60) define o assédio moral como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. Nesse sentido, o assédio moral não se caracteriza por uma ação isolada, mas sim por um padrão de comportamento que se perpetua ao longo do tempo.

O fenômeno do assédio moral, que antes era predominante no ambiente de trabalho presencial, agora se transforma no “teleassédio moral”. O teleassédio é um assunto de grande relevância, pois destaca a importância do respeito aos direitos dos trabalhadores, sua dignidade e, principalmente, o direito à desconexão.

Com o avanço da tecnologia, surgem novas formas de perseguição e desrespeito aos direitos fundamentais garantidos pela legislação, que se encontram em discussão diante das novas tecnologias que permitem o controle do tempo *online* dos funcionários. Essa mudança de paradigma, impulsionada pela quarta revolução industrial, caracterizada pela presença da nanotecnologia e inteligência artificial, resulta em uma sociedade digital na qual não há distinção clara entre o mundo *online* e *offline*. Isso tem consequências significativas na mobilização em rede, fragmentação do trabalho e terceirização.

No contexto atual de avanço tecnológico e crescente utilização de meios digitais nas relações de trabalho, o assédio no ambiente virtual emergiu como uma problemática complexa e preocupante. Definir claramente o assédio nesse contexto é fundamental para compreendermos sua natureza e tomarmos medidas adequadas para preveni-lo e combatê-lo.

Nesse sentido, Bramante (*apud* SERRALVO; MANUS, 2022, p. 122) adverte:

O controle e fiscalização no teletrabalho pode abarcar não só a realização das tarefas ou produtividade, mas também a imagem e a conduta do trabalho, e até mesmo os intervalos destinados para “respirar”. Logo, mediante os meios da tecnoinformática,

o comando, controle e supervisão do trabalho podem ser muito mais penetrantes e invasivo da privacidade, porque total e em tempo real (24 horas por dia).

No contexto virtual, o assédio pode ser definido como a prática reiterada de comportamentos indesejados e prejudiciais, que ocorrem por meio de ferramentas digitais, como e-mails, mensagens de texto, redes sociais corporativas, videoconferências e outras formas de comunicação *online*. Essas ações podem ser intencionais ou negligentes e têm como objetivo causar danos psicológicos, emocionais ou profissionais à vítima.

Já Pamplona Filho e Santos (2020, p. 140-141), definem o assédio moral virtual como:

tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que violam os direitos fundamentais do trabalhador.

O assédio no ambiente virtual pode assumir diferentes formas, sendo importante considerar que essas formas podem se sobrepor e se interconectar. Entre as principais formas de assédio no contexto virtual, podemos destacar:

a) Assédio verbal: envolve o uso de linguagem ofensiva, insultos, ameaças, comentários depreciativos ou discriminatórios por meio de mensagens de texto, e-mails ou outros meios de comunicação online.

b) Assédio sexual: caracteriza-se por mensagens, imagens ou solicitações de natureza sexual não solicitadas ou inadequadas, que criam um ambiente hostil e ofensivo para a vítima.

c) *Cyberbullying*: refere-se a ataques pessoais, difamação, ridicularização, exclusão intencional e outros comportamentos online abusivos, que têm como objetivo causar danos à reputação ou ao bem-estar emocional da vítima.

d) Sobrecarga de trabalho virtual: ocorre quando um indivíduo é constantemente bombardeado com demandas excessivas, prazos irrealistas ou trabalho fora do horário de expediente, por meio de comunicações virtuais, levando a um esgotamento e impacto negativo na saúde mental e física.

e) Exclusão e ostracismo: manifesta-se quando um indivíduo é deliberadamente excluído de grupos, discussões ou informações relevantes no ambiente virtual, causando sentimentos de isolamento, exclusão social e discriminação.

Uma questão relevante acerca do tema diz respeito ao assédio moral organizacional virtual, que abrange a violação dos direitos coletivos dos

trabalhadores remotos.

[...] o assédio moral organizacional virtual consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p. 142-143).

O assédio moral organizacional no ambiente de trabalho é frequentemente chamado de assédio estratégico, pois é uma maneira pela qual a empresa prioriza o lucro em detrimento do respeito à dignidade dos funcionários. Ao praticar o assédio estratégico, a empresa busca forçar a demissão de trabalhadores considerados improdutivos, promove uma alta rotatividade de pessoal e diminui o valor social do trabalho (SERRALVO; MANUS, 2022, p. 124).

Nesse sentido, Araújo (*apud* SERRALVO; MANUS, 2022, p. 122), conceitua o assédio moral organizacional como:

A prática sistemática, reiterada e frequente de variadas condutas abusivas, sutis ou explícitas contra uma ou mais vítimas, dentro do ambiente de trabalho, que, por meio do constrangimento e humilhação, visa controlar a subjetividade dos trabalhadores. O controle da subjetividade abrange desde a anuência a regras implícitas ou explícitas da organização, como o cumprimento de metas, tempo de uso do banheiro, método de trabalho, até a ocultação de medidas ilícitas, como sonegação de direitos (registro em Carteira de Trabalho, horas extras, estabilidade no emprego) ou o uso da corrupção e poluição pela empresa. Essa prática resulta na ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores, podendo inclusive resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

É importante ressaltar que, no contexto virtual, a documentação das evidências de assédio pode ser mais desafiadora, uma vez que as interações ocorrem predominantemente em formatos digitais. No entanto, a vítima deve buscar armazenar e preservar todas as provas possíveis, como capturas de tela, e-mails, registros de mensagens e outras formas de documentação, para auxiliar na denúncia e investigação do assédio.

Para combater efetivamente o assédio no ambiente virtual, é necessário estabelecer políticas claras e abrangentes nas organizações, que proibam e penalizem esse tipo de comportamento. Além disso, é essencial promover a conscientização, a educação e a capacitação dos colaboradores, para que todos compreendam as consequências e os impactos negativos do assédio virtual.

2 DESAFIOS NA IDENTIFICAÇÃO E COMPROVAÇÃO DO ASSÉDIO VIRTUAL

O assédio virtual apresenta particularidades que em algumas situações o tornam um fenômeno complexo de ser identificado e comprovado. Diferentemente do assédio presencial, o assédio virtual ocorre por meio de plataformas digitais, como e-mails, mensagens instantâneas, redes sociais e fóruns *online*. Essa forma de assédio pode ser caracterizada por comportamentos como difamação, insultos, ameaças, exclusão social e exposição de informações pessoais, que são perpetrados de maneira sutil e insidiosa.

Ademais, também se configura o assédio moral a hiperconexão do trabalhador, caracterizada muitas vezes pelas videoconferências fora do horário, uso de aplicativos de mensagens, como WhatsApp, sem permitir o descanso, não tendo o direito do trabalhador a desconexão respeitados, além da flagrante invasão a privacidade do empregado.

Com o avanço da tecnologia e da informação, muitas empresas, em busca de aumentar seus lucros, começam a impor metas excessivas e ritmos de trabalho acelerados. No teletrabalho, a pressão por alta produtividade é ainda maior. Além da falta de restrição das horas de trabalho, conforme estabelecido no artigo 62, III, da CLT, que permite jornadas superiores a oito horas diárias, a própria natureza do teletrabalho exige que o trabalhador esteja constantemente conectado aos meios tecnológicos e informáticos. Além disso, frequentemente são utilizados programas ou aplicativos para monitorar a rotina de trabalho, cobrar resultados e fiscalizar a execução das tarefas, e em muitos casos, o empregador exige disponibilidade do empregado a qualquer momento do dia, incluindo feriados e folgas, invadindo de forma abusiva a vida privada do trabalhador (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020).

Não podemos deixar de mencionar também o *cyberbullying*, que, como bem define Chalita (2008), é uma forma extremamente prejudicial de assédio, ocorrendo de maneira indireta através de meios virtuais, como redes sociais, grupos de mensagens, plataformas eletrônicas, Instagram, Whatsapp, Facebook, Twitter, videoconferência e sistemas internos de uma empresa. Essa prática tem a capacidade de multiplicar os agressores, ocultando-se sob a aparência de “normalidade e aceitação social”, e disseminar uma cultura de

assédio e desrespeito coletivo. Isso chega ao ponto de minar a capacidade de autodefesa das vítimas, levando-as a acreditar que merecem ser assediadas.

Cabe destacar que o *cyberbullying* encontra definição na legislação brasileira, na Lei Nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 e está relacionado à prática de ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, sem motivação evidente, que ocorre no âmbito virtual e atinge diretamente a honra da pessoa ou do grupo alvo dessa ação (BRASIL, 2015).

Diferentemente do assédio presencial, o assédio virtual permite que o agressor se esconda por trás do anonimato, utilizando pseudônimos ou contas falsas. Isso torna a identificação do agressor mais difícil e complexa. Além disso, o assédio virtual muitas vezes é sutil e indireto, envolvendo comportamentos como difamação, insultos, ameaças, exclusão social e exposição de informações pessoais. Essas características tornam o assédio virtual uma forma insidiosa de agressão, capaz de afetar negativamente a saúde e o bem-estar das vítimas.

Situação comum, principalmente em grupos de WhatsApp profissional, onde o tratamento, algumas vezes grosseiro e humilhante a funcionários, acabam se disfarçando sob o argumento de serem “brincadeiras inofensivas”, mas que na verdade são práticas de assédio virtual.

No contexto profissional, é frequente que ocorra de forma inadvertida, sem intenção, o assédio digital devido à natureza informal das comunicações virtuais. Muitas vezes, as reuniões por videoconferência expõem os funcionários a situações de humilhação pública diante de seus colegas e até mesmo de clientes. Da mesma forma, a troca excessiva e repetitiva de mensagens via aplicativos de mensagens fora do horário de trabalho pode configurar uma invasão indevida da vida privada do funcionário pela empresa e violar seu direito à desconexão, caracterizando assim o assédio virtual (PAMPLONA FILHO; SABINO, 2021).

Apesar da dificuldade em reconhecer o assédio moral no ambiente virtual de trabalho, especialmente devido a seu recente surgimento, a prioridade em proteger os direitos dos trabalhadores exige a necessidade de combatê-lo.

3 CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DO ASSÉDIO VIRTUAL

O assédio virtual é uma forma de comportamento prejudicial e nocivo que ocorre no ambiente *online*, especialmente nas interações e comunicações no ambiente de trabalho. Ao contrário do assédio presencial, o assédio virtual apresenta características particulares que merecem atenção e análise aprofundada.

Uma das principais características do assédio virtual é a falta de contato físico direto entre agressor e vítima. As interações ocorrem por meio

de dispositivos eletrônicos, como computadores, smartphones e tablets, utilizando-se de diferentes plataformas de comunicação, como e-mails, mensagens instantâneas, redes sociais e fóruns *online*.

Outra característica do assédio virtual é a sua natureza persistente e perene. As mensagens, comentários ou imagens ofensivas podem ser facilmente registradas, compartilhadas e arquivadas em meios digitais. Isso significa que o assédio virtual pode continuar a causar danos e afetar a vítima mesmo após o término da interação ou mesmo em outros contextos *online*. Além disso, a propagação rápida e ampla de conteúdo na internet aumenta a possibilidade de exposição pública e amplificação do assédio, intensificando seus impactos.

No assédio virtual, a falta de contato físico direto também pode levar a uma desumanização da vítima. O agressor muitas vezes não visualiza as consequências emocionais e psicológicas de suas ações, o que pode contribuir para uma maior intensidade e frequência do assédio. A distância física proporcionada pelo ambiente virtual pode aumentar a sensação de impunidade e encorajar comportamentos mais agressivos e cruéis.

Além disso, o assédio virtual apresenta características de imediatismo e alcance global. As mensagens ofensivas podem ser enviadas e recebidas instantaneamente, independentemente da localização geográfica das partes envolvidas. Isso implica que o assédio virtual pode ocorrer em qualquer momento e lugar, invadindo a esfera pessoal da vítima mesmo fora do ambiente de trabalho. O impacto psicológico do assédio virtual pode ser devastador, afetando a saúde mental e emocional da vítima de forma significativa, e desenvolvendo doenças como depressão, ansiedade, distúrbios de sono e psicossociais (SERRALVO; MANUS, 2022, p. 126).

No entanto, o assédio virtual também apresenta desafios específicos em relação à sua identificação e comprovação. A natureza digital do assédio pode dificultar a obtenção de evidências claras e irrefutáveis. Muitas vezes, as mensagens ofensivas podem ser apagadas ou editadas, tornando-se difícil rastrear o histórico de abuso.

Sobre a prova do teleassédio podemos ainda destacar:

A prova nos casos de teleassédio moral poderá ser simples, como, por exemplo, a impressão de cópias de e-mails etc., ou complexa, demandando até mesmo perícia em computadores patronais a depender do caso. Algumas vezes, as mensagens podem ser recebidas de modo insuscetível de gravação em mídias eletrônicas (SERRALVO; MANUS, 2022, p. 125).

Diante dessas características particulares do assédio virtual, é fundamental desenvolver estratégias eficazes para a prevenção e enfrentamento

desse problema. As empresas devem adotar políticas claras de combate ao assédio virtual, promovendo uma cultura organizacional saudável e respeitosa. É essencial fornecer treinamentos e orientações aos funcionários sobre o assédio virtual e suas consequências, incentivando a denúncia e oferecendo suporte às vítimas.

4 POSSÍVEIS ABORDAGENS E ESTRATÉGIAS PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS

Diante dos desafios enfrentados na identificação e comprovação do assédio virtual, é necessário adotar abordagens e estratégias eficazes para combater essa forma de violência. Algumas medidas podem incluir:

a) Educação e conscientização: Promover a conscientização sobre o assédio virtual e seus impactos, tanto entre os trabalhadores quanto entre os empregadores. É fundamental que todos estejam cientes dos comportamentos inadequados e das consequências legais e psicológicas do assédio virtual.

b) Políticas e diretrizes claras: Estabelecer políticas organizacionais claras que condenem o assédio virtual e orientem os colaboradores sobre os procedimentos para relatar incidentes. Isso pode incluir a criação de códigos de conduta específicos para o ambiente virtual de trabalho.

c) Investigações imparciais: Realizar investigações imparciais e eficientes quando ocorrerem denúncias de assédio virtual. É fundamental garantir que as vítimas sejam ouvidas e que todas as evidências disponíveis sejam coletadas e analisadas de maneira adequada.

d) Acompanhamento e suporte às vítimas: Oferecer suporte psicológico e jurídico adequado às vítimas de assédio virtual. Isso pode incluir o encaminhamento para profissionais especializados, a criação de redes de apoio e a implementação de medidas de proteção para garantir a segurança das vítimas.

As empresas têm a responsabilidade legal e moral de proporcionar um ambiente de trabalho seguro, onde os funcionários se sintam respeitados e protegidos. Isso inclui também o ambiente virtual, uma vez que as interações *online* fazem parte do cotidiano de muitos profissionais.

O assédio virtual representa um desafio significativo no ambiente de trabalho atual. A identificação e comprovação desse tipo de assédio exigem abordagens específicas e estratégias eficazes. É fundamental combater o assédio virtual por meio da conscientização, políticas organizacionais claras, investigações imparciais e apoio adequado às vítimas. Somente com uma abordagem abrangente e comprometida será possível criar um ambiente de trabalho seguro e respeitoso, tanto no mundo virtual quanto no presencial.

5 MEDIDAS DE PREVENÇÃO E A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

Uma das formas de prevenção e combate ao assédio moral está na responsabilidade da empresa de manter um ambiente de trabalho saudável a seus empregados.

Neste sentido, Souza (*apud* Melo, 2023, p. 106) pontua:

Um ambiente de trabalho sadio, mesmo que virtual, deve ser assegurado para todos empregados (...) Mensagens fora do horário de trabalho, metas inalcançáveis, sistemas de computadores que criticam ou exigem demais, tarefas enviadas por email a qualquer horário, ou qualquer outra conduta abusiva por parte de quem tem o poder diretivo. Cabe a nós estudiosos, entendermos que o direito do trabalhador está vinculado a dignidade humana de cada um e que por isso deve ter atenção redobrada.

No que diz respeito à responsabilidade das empresas, é importante ressaltar que elas devem agir prontamente diante de casos de assédio virtual. Isso inclui a investigação imediata das denúncias, a aplicação de medidas disciplinares apropriadas aos infratores e o suporte e acompanhamento das vítimas. A empresa também deve fornecer recursos e orientações aos funcionários para lidar com situações de assédio virtual, como bloquear contatos indesejados, denunciar abusos às plataformas digitais ou buscar apoio psicológico, se necessário.

Além das medidas preventivas internas, as empresas podem se beneficiar de parcerias com entidades especializadas no combate ao assédio virtual, como consultorias de recursos humanos, empresas de segurança cibernética ou organizações não governamentais que trabalham com direitos trabalhistas. Essas parcerias podem fornecer orientações especializadas, auxiliar na implementação de políticas e oferecer suporte na resolução de casos de assédio.

É importante ressaltar que a responsabilidade das empresas não se limita apenas ao ambiente de trabalho, mas também se estende às interações virtuais que ocorrem fora do horário de expediente. É fundamental que as empresas estimulem uma cultura de respeito e responsabilidade digital entre seus colaboradores, mesmo em situações que não estejam diretamente relacionadas ao trabalho. Isso contribui para a criação de um ambiente de trabalho saudável e para a preservação da imagem e reputação da empresa.

Isso, claro, sem contar em práticas de assédio moral cometidas pela própria empresa e que devem ser combatidas, principalmente no que se

refere a exigência de metas exageradas, monitoramento excessivo, vigilância e pressão constante nos seus empregados, entre outras.

Bratefixe (*Apud* Melo, 2023, p. 106-107) elenca alguns comportamentos que devem ser adotados pelas empresas para a prevenção do assédio virtual, entre eles:

- i) Evitar excluir ou isolar empregados em ambientes virtuais. Quando necessário fornecer feedback sobre como ele poderá melhorar sua performance.
- ii) Nunca realizar críticas ou feedbacks abertamente em ambientes virtuais.
- iii) Evitar escrever com caixa alta, negrito, cores berrantes ou emoticons. Tais atitudes demonstram irritabilidade e transformam todo o sentido de uma simples frase.
- iv) Emails, SMS, mensagens de WhatsApp não fogem à regra do horário de trabalho. Mesmo com smartphones, devem ser direcionadas as tarefas apenas durante a jornada de trabalho.
- v) As ferramentas de comunicação possuem várias opções de status, portanto, se o empregador, gestor ou supervisor não puder falar com o colaborador naquele momento, diga ou mantenha um aviso.
- vi) O empregador deve ser prudente no uso e assumir o risco de ter um de seus colaboradores em suas redes sociais, já que se torna um exercício diário não misturar os ambientes.
- vii) Manter a transparência e coerência, deixando claro em regulamentos internos, quem pode ou não utilizar as redes sociais, a falta de critérios pode gerar embaraços.

Por conseguinte, é essencial estabelecer orientações que o empregador deve seguir, respeitando o princípio da razoabilidade, no que tange, por exemplo, à definição de metas que sejam alcançáveis sem comprometer a dignidade no trabalho. Isso permite criar um ambiente de trabalho respeitoso e saudável para os funcionários em regime de teletrabalho, onde possam desempenhar suas atividades de forma adequada.

A responsabilidade das empresas no combate ao assédio no ambiente virtual de trabalho é fundamental para garantir um ambiente saudável, seguro e produtivo. A implementação de políticas de prevenção, treinamentos, canais de denúncia eficazes e parcerias especializadas são medidas essenciais para combater o assédio virtual. Ao adotar essas medidas, as empresas contribuem para o bem-estar dos seus colaboradores, fortalecem a cultura organizacional e preservam sua imagem e reputação.

As obrigações legais das empresas em relação ao assédio virtual têm se tornado cada vez mais relevantes no ambiente de trabalho moderno. Com o avanço das tecnologias de comunicação, é fundamental que as empresas

estejam cientes de suas responsabilidades legais no que diz respeito à prevenção e combate ao assédio virtual, no qual podemos elencar:

Legislação trabalhista e direitos fundamentais: As empresas têm a obrigação de cumprir as leis trabalhistas e respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, mesmo no ambiente virtual. Isso inclui o direito à integridade física e mental, à dignidade, à igualdade de tratamento e à privacidade. O assédio virtual pode violar esses direitos e, portanto, as empresas devem adotar medidas eficazes para preveni-lo e combatê-lo.

Normas internas e políticas corporativas: As empresas devem estabelecer normas internas e políticas corporativas que abordem especificamente o assédio virtual. Essas normas devem deixar claro que o assédio virtual é inaceitável e que serão tomadas medidas disciplinares adequadas contra os infratores. Além disso, as políticas devem fornecer orientações sobre como denunciar casos de assédio virtual e garantir que os denunciantes não sofram retaliação.

Responsabilidade pela conduta dos funcionários: As empresas são responsáveis pela conduta de seus funcionários no ambiente virtual. Isso significa que, se um funcionário estiver envolvido em casos de assédio virtual, a empresa pode ser responsabilizada legalmente. Portanto, é essencial que as empresas promovam uma cultura organizacional que desencoraje o assédio, seja ele no ambiente físico ou virtual, e tome medidas adequadas para prevenir e combater esse tipo de comportamento.

Dever de diligência e medidas preventivas: As empresas têm o dever de diligência em relação ao assédio virtual. Isso implica em adotar medidas preventivas para evitar que o assédio ocorra. Essas medidas podem incluir a implementação de treinamentos sobre o assédio virtual, a criação de canais de denúncia seguros e confidenciais, a realização de investigações imparciais e a aplicação de medidas disciplinares adequadas quando necessário.

Responsabilidade civil e indenização: As empresas podem ser responsabilizadas civilmente pelos danos causados pelo assédio virtual. Se um funcionário for vítima de assédio virtual no ambiente de trabalho e sofrer prejuízos, como danos à saúde mental ou perda de oportunidades profissionais, a empresa pode ser obrigada a pagar indenização. Portanto, as empresas devem tomar todas as medidas razoáveis para prevenir o assédio virtual e proteger seus funcionários.

Monitoramento e privacidade: Embora as empresas tenham o direito de monitorar as atividades dos funcionários no ambiente virtual para fins legítimos, como garantir a produtividade e a segurança da rede, é importante equilibrar isso com a privacidade dos funcionários. As empresas devem estabelecer diretrizes claras sobre o monitoramento e garantir que seja feito de forma ética e legalmente aceitável, evitando invasões excessivas de privacidade.

As empresas têm várias obrigações legais em relação ao assédio virtual no ambiente de trabalho. Elas devem cumprir as leis trabalhistas, respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores e adotar medidas preventivas eficazes para prevenir e combater o assédio virtual. Além disso, as empresas são responsáveis pela conduta de seus funcionários e podem ser responsabilizadas legalmente pelos danos causados pelo assédio virtual. Portanto, é crucial que as empresas estejam cientes de suas obrigações legais e ajam de acordo para criar um ambiente de trabalho seguro, respeitoso e livre de assédio virtual.

CONCLUSÃO

O assédio moral no ambiente virtual de trabalho é uma problemática relevante e complexa que merece especial atenção. Com o avanço das tecnologias digitais, surgem novas formas de assédio, como o assédio verbal, assédio sexual, cyberbullying, sobrecarga de trabalho virtual e exclusão social. Essas práticas abusivas podem ter impactos significativos na saúde e no bem-estar dos trabalhadores afetados, comprometendo a produtividade e a satisfação no trabalho.

No entanto, identificar e comprovar o assédio no ambiente virtual pode ser desafiador, pois as interações ocorrem predominantemente em plataformas digitais. É importante que as vítimas documentem as evidências do assédio, como capturas de tela, e-mails e registros de mensagens, para auxiliar na denúncia e investigação.

Para combater efetivamente o assédio no ambiente virtual, é necessário estabelecer políticas claras e abrangentes nas organizações, que proíbam e penalizem esse tipo de comportamento. Além disso, a conscientização, a educação e a capacitação dos colaboradores são fundamentais para que todos compreendam as consequências do assédio virtual e trabalhem juntos para criar ambientes de trabalho seguros, respeitosos e saudáveis.

A legislação trabalhista também deve se adaptar às novas realidades do trabalho virtual e garantir a proteção dos trabalhadores nesse contexto. O diálogo multidisciplinar e a busca por soluções efetivas são essenciais para enfrentar esse desafio emergente e promover uma cultura de trabalho livre de assédio no ambiente virtual.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC, 2006. In: CÂMARA LEGISLATIVA. Núcleo de estudos e ações sobre violência no trabalho. **Violência no Trabalho: reflexões, conceitos e orientações**. AUAD, Célia Cal; BRANDÃO, Teresa Cristina; BRANDÃO, Thiago Bazi; LIMA, Antônio Paulo Pinheiro. (Org.). Brasília/DF. 2008. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/cartilha_df_violencia_trabalho.pdf. Acesso em: 09 jun. 2023.
- BRASIL. Lei Nº 13.185, de 06 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.
- CÂMARA LEGISLATIVA. **Núcleo de estudos e ações sobre violência no trabalho. Violência no Trabalho: reflexões, conceitos e orientações**. AUAD, Célia Cal; BRANDÃO, Teresa Cristina; BRANDÃO, Thiago Bazi; LIMA, Antônio Paulo Pinheiro. (Org.). Brasília/DF. 2008. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/cartilha_df_violencia_trabalho.pdf. Acesso em: 09 jun. 2023.
- CARVALHO, Nordson Gonçalves de. **Assédio moral na relação de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e agressores**. São Paulo: Gente, 2008.
- FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. São Paulo: Russell, 2004.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. **Assédio moral: uma visão multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- MELO, Rebeca de Magalhães. **O Teleassédio Moral Organizacional no Teletrabalho: As propostas para geração de um ambiente sustentável, saudável, produtivo e respeitoso**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo.; SABINO, Clarissa Nilo de Magaldi. **Assédio Moral em tempos de pandemia**. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 247, janeiro, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7061/4245>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PERREIRA, Ana. **Assédio Moral – Um manual de sobrevivência**. Campinas: Russel, 2007. p. 17.
- SERRALVO, Letícia Lisboa Souza; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **O teletrabalho e a responsabilidade civil do empregador: implicações para o home office**. São Paulo: LTr, 2022.

DA DESNECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA SE VERIFICAR O DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA CONCESSÃO IRRESPONSÁVEL DE CRÉDITO. ATO ILÍCITO DECORRENTE DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Andrea Fabiane Groth Busato⁴⁴⁶, Clayton Reis⁴⁴⁷, Marcianita Lopata de Lima⁴⁴⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo apura que o ciclo vicioso de consumo exacerbado e o fornecimento desmedido de crédito criaram o fenômeno do consumidor superendividado, o que ensejou a criação de mecanismos de intervenção do Estado na economia, através da Lei 14.181/2021, a qual acrescentou ao Código de Defesa do Consumidor regras de prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor, pessoa natural. Neste viés, a referida lei previu a preservação do mínimo existencial, consagrando, assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que aquele faz parte do conteúdo do referido Princípio. No entanto, postergou a definição do conceito de “mínimo existencial” a regulamentação posterior.

Neste contexto, ao se verificar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de estar previsto constitucionalmente, também tem natureza de direito natural, o que revela sua indeclinabilidade, pretendeu-se demonstrar pelo que a concessão irresponsável de crédito, sem a preservação do mínimo existencial, acarreta ato ilícito, passível de indenização, mesmo que não se regule o conteúdo de “mínimo existencial” contido na Lei 14.181/2021.

⁴⁴⁶ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba (2021) Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR, Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Juíza de Direito do TJPR. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3853771219040167>. E-mail: fabianebusato@gmail.com

⁴⁴⁷ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2012-2013).

⁴⁴⁸ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba (2021). Especialização em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR (2019), Especialização em LGPD pela Legale Educacional (2021), Especialização em Direito Empresarial pela Legale Educacional (2021), Especialização em Planejamento Previdenciário pela Legale Educacional (2022), MBA em Gestão de Pessoas pela Facet (2014), graduada em Direito pela FACEAR (2009), Conciliadora e Mediadora pelo (. Assessora Jurídica da Prefeitura Municipal de Adrianópolis/PR.

O artigo também analisou que a novel legislação, bem como a atual jurisprudência sobre o tema, se identifica com a viabilidade do capitalismo humanista, fundamentado no Princípio da Fraternidade.

Concluiu-se, então, que está em curso uma tentativa de mudança de paradigma, aventando-se o sistema capitalista sob um enfoque humanista, com a aplicação do Princípio da Fraternidade para equilibrar os valores deste sistema econômico, como a livre iniciativa e liberdade econômica.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Em um primeiro momento se verificou o problema, qual seja, se a concessão irresponsável de crédito ao consumidor superendividado, sem acesso ao mínimo existencial, é passível de indenização, mesmo que não haja lei regulamentadora deste conceito aberto, qual seja, “mínimo existencial”, como previsto na Lei do Superendividamento. Após, formulou-se a hipótese de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que engloba o preceito de “mínimo existencial”, tem natureza de direito natural, o qual independe de qualquer regulamentação/positivação. Após, conduziu-se o procedimento de falseamento ou corroboração da hipótese, para se verificar se os argumentos têm ou não legitimidade, cientificidade e adequação para amparar a tese formulada.

1 AS RAZÕES DO SUPERENDIVIDAMENTO

A despeito da Constituição Federal de 1988 ter natureza social, acolhendo o Estado do bem-estar Social, ou Estado-Providência, hodiernamente vemos os ideais neoliberalistas se inserirem em nossa sociedade, através de governos de ocasião, da globalização, da publicidade etc.

No modelo do Estado de bem-estar social, o *Welfare State*, o Estado tem a prerrogativa de regulamentar a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos. Incumbe ao Estado de bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população, concedendo dignidade aos seus cidadãos.

Com vistas a retomar convicções do liberalismo clássico, o neoliberalismo exalta a intervenção mínima do Estado na economia, sustentando que o Estado forte é dispendioso, repressor das negociações mercantis e desestruturador da liberdade econômica. O neoliberalismo não admite que o Estado seja mais do que mero organizador da infraestrutura básica para o bom funcionamento e fluxo de escoamento da produção de mercadorias, ou interventor na economia apenas em épocas de crise (PENA, 2022)

O neoliberalismo propõe o livre mercado e nesta toada, auxilia-se do poder imensurável da propaganda para publicizar seus dogmas e também impulsionar o consumo, criando valores para que o indivíduo seja refém deste

sistema, como observado por Oliveira (OLIVEIRA, 2011, p.95)

Valendo-se de símbolos, imagens e emoções para vender o ideal de liberdade, sucesso econômico e satisfação pessoal, esta industrialização do espírito programa a busca da ascensão social pelo exibicionismo das mercadorias. O indivíduo passa do “ser” para o “parecer”, na medida em que mesmo não sendo rico, assim parece pela ostentação das inovações da moda.

A sociedade hodierna é marcada pela hierarquia do padrão de consumo, onde a mercadoria opera a sociabilidade e a individualidade do ser humano, dominando seu tempo e seu espaço. Os objetos tornam-se interpretantes da individualidade do homem. Por meio das mercadorias e da publicidade que a rodeia o amor, a felicidade, o sucesso e o prestígio têm preço em moeda e para consegui-los é preciso tão somente o exercício da compra.

Por sua vez, Hennigen expôs as ideias conflitantes acerca do consumo, ora sendo rotulado como condição de melhoria de vida e de desenvolvimento, ora como vilão de nosso tempo (HENNINGEN, 2020, p.1177)

Nas discussões sobre o consumo na sociedade contemporânea, perspectivas muito diferentes, por vezes antagônicas, circulam: algumas, pouco críticas, somente enaltecem o consumo, colocando-o como condição para o desenvolvimento social e melhoria da qualidade de vida dos indivíduos e das populações; outras, mais críticas – e por vezes quase apocalípticas – chegam a apontar o consumo como o grande mal de nosso tempo.

Em meio a estas posições doutrinárias absolutamente distintas, um endividamento expressivo de grande parte dos cidadãos brasileiros e ante uma violenta crise econômica, agravada pela pandemia do Covid, foi promulgada a lei 14.181 de 1 de julho de 2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, incluindo regras de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividado e de proteção do consumidor pessoal natural, ressaltando a intervenção estatal, na medida em que inibe a concessão irrestrita de crédito ao consumidor.

O superendividamento é um fenômeno social, econômico e jurídico, também decorrente dos valores da sociedade atual, em que se conjugam 1- a necessidades do indivíduo parecer abastado, para se inserir socialmente; 2- com a necessidade da sociedade de consumo continuar a existir, produzindo e comercializando, com vistas a que as pessoas consumam para sobreviver e para serem inseridos socialmente.

Este círculo vicioso, aparentemente sem saída, é destacado por Bauman (2001) apud Fiorentin-Lemos (2018), ao ressaltar que o capitalismo somente

se mantém ao obter lucro através do contínuo empenho ao consumismo ilimitado pelos indivíduos, que compra porque cobiça sensações agradáveis ao comprar bens de consumo e para se esquivar da ansiedade causada pela sociedade moderna, em que inexistem padrões de felicidade.⁴⁴⁹

E neste contexto se propagou a concessão de crédito aos consumidores, inclusive via políticas públicas, democratizando-se o crédito, obtendo-se melhora nos indicadores sociais relativos à igualdade, posto que as pessoas de baixa renda podem ter acesso a bens de consumo necessários às suas subsistências. (FIORENTIN-LEMOS, 2018)

Porém, se verificou que concessão irresponsável de crédito, sem levar em conta as possibilidades financeiras do angariador do empréstimo e sem considerar o motivo do empréstimo, impulsionou o superendividamento. (FIORENTIN-LEMOS, 2018). Concedeu-se empréstimo de bens supérfluos a indivíduos que ainda não tinham garantidas nem mesmo suas necessidades básicas, com o intuito de fomentar o capitalismo, a produção excedente, o lucro desenfreado.

Crédito e consumo têm se revelado como os vetores do endividamento, o qual também sofre impactos das decisões governamentais, políticas e econômicas, que conduzem à redução do valor dos salários, aumento de desemprego e, numa espiral, ininterrupta carência de empréstimos. (CARISTINA, 2015, p. 19).

Oliveira (2011, p. 95) ao analisar o tema, com perspicácia, concluiu que o fascínio do homem pela mercadoria já desequilibra o cálculo racional para a sua obtenção; e, o crédito fácil, absurdamente disponível, abrevia a obtenção destes produtos ou serviços, lançando o consumidor no precipício do superendividamento.

Ainda, o mesmo autor salienta que a concessão de crédito potencializou a vulnerabilidade do consumidor diante do poderio do fornecedor, asseverando

Se o antigo consumidor necessitava esperar pacientemente a formação de uma poupança para poder comprar as mercadorias de maior valor, o consumidor moderno dispõe de meios de fraudar o tempo, comprando antes de possuir capital suficiente, fracionando o pagamento por via do financiamento do preço. Nas palavras de Baudrillard a característica desta sociedade de consumo a crédito é que “se compra primeiro, para em seguida se resgatar o compromisso por meio de trabalho”. E assim, vivenciamos a sociedade de consumo financiado, onde todo

⁴⁴⁹ Não se olvida que o superendividamento também possui outras causas, como a ingenuidade dos consumidores, ao não saberem se comportar ante a oferta ilimitada de bens e serviços, além de causas naturais, como doença e morte, e também desemprego, separações etc. (FIORENTIN-LEMOS, 2018).

sonho pode ser antecipado do seu pagamento, pelo recebimento adiantado do trabalho futuro.

Aliás, toda a publicidade voltada para o mercado de crédito promove a idéia para o consumidor de que a satisfação dos seus “desejos” não precisa mais ser adiada, seu prazer pode ser realizado instantaneamente bastante uma simples resposta positiva. Trata-se do que Baudrillard denomina de “milagre da compra”. Por meio do crédito ocorre o desdobramento das determinações objetivas da compra, proporcionando ao consumidor obter a mercadoria por uma fração do seu real valor – “um investimento mínimo para um lucro grandioso”. [...]

A possibilidade de satisfação imediata das necessidades atua poderosamente no processo decisório do consumidor moderno, facilitando a dinâmica da ascensão social pelo consumo. O crédito oferece a possibilidade de expressar, ainda que de maneira fantasiosa, um nível de vida superior ao que a renda concreta permitiria. Chega a ser considerado uma anormalidade não melhorar o padrão de vida com a existência desse milagroso instrumento. (OLIVEIRA, 2011, p. 95-96)

Verifica-se, destarte, que a liberdade econômica total, como preconizam os defensores do Estado-Zero, produz desastres, como o superendividamento. A liberdade ampla e irrestrita do mercado não protege os mais fracos, pelo contrário. Assim, a atuação estatal é indispensável. O capitalismo entra em cheque sem a *longa manus* do Estado.

O sistema capitalista adotado pelo constituinte de 1988, tenha ou não matizes neoliberais, deve sempre observar a Constituição, como asseverado por Caristina.

Toda ação, tenha ela ou não o rótulo de neoliberal, deve se voltar aos matizes constitucionais, que é o arcabouço que estrutura a vida em sociedade, especialmente as relações que tornam real e presente o capitalismo na vida dos indivíduos. O capitalismo, segundo adverte Luiz Carlos Bresser-Pereira “não é uma abstração, uma economia de mercado, mas um sistema econômico historicamente situado, sempre em evolução, sempre refletindo a mudança tecnológica e as lutas políticas através das quais se expressam e mudam as ideologias e as instituições”. Por isso, não se pode pensá-lo como instrumento para o Estado ou para o mercado. O capitalismo serve à Constituição, como modelo econômico destinado à efetivação de seu conteúdo significante. (CARISTINA, 2015, p. 143)

Este panorama de crédito e consumo exagerados, trouxe consequências nefastas, como sinais fortes de ruptura da economia e também a exclusão econômica e social do superendividado.

A exclusão econômica e social fere o Princípio Constitucional da Dignidade Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º., III da Constituição Federal, fundamento estruturante da República.

Sem consumo não é possível a subsistência das pessoas; e, com isto não se lhes preserva a dignidade, conforme esclarece Duque (2014, n.p.)

Todas as pessoas, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade ou de sua condição econômica, têm em comum também o fato de serem consumidores ativos ou em potencial. Em outras palavras, não se vive em sociedade sem ser consumidor. Trata-se de pressuposto lógico não apenas da condição de sobrevivência física, como também da necessidade de circulação de riqueza. Sem consumo, não há subsistência. Sem subsistência, não há como se preservar a dignidade.

Soares (2010, n.p.), ao analisar o neoconstitucionalismo, preceitua que o Direito é a construção de valores e de finalidades que determinam a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, mormente os de natureza constitucional, para que se produza justiça, o que se evidencia com a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Decerto, entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria ratio essendi de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Oliveira (2011, p. 109), ao tratar do tema, assim leciona:

Seja por situações alheias a vontade do consumidor (como a perda do emprego) ou pelo descontrole de suas finanças (como a oníomania), o fato é que o superendividamento apresenta-se como um achaque do homem econômico, um efeito nefasto do sistema econômico que não pode permanecer obnubilado pela justificativa da segurança jurídica nas relações contratuais.

Ao comprometer a solvência da demanda e a dignidade da pessoa humana, o fenômeno do superendividamento é um tema emergente na modernidade, remetendo o jurista à missão de buscar novos paradigmas para a regulação dos contratos de consumo que envolva a outorga de crédito. [...]

Ainda que a aplicação genérica deste direito básico do consumidor possa gerar certa insegurança nas relações contratuais, não se pode desconsiderar que a defesa da dignidade da pessoa humana remete a ponderação de que os contratos não podem servir como instrumento de exclusão social. Não se trata de endossar o descumprimento contratual como regra, mas sim validar a renegociação da forma de pagamento como exceção, quando necessária para garantir um mínimo vital de condições de vida digna para as unidades de consumo.

O superendividamento do consumidor deve ser encarado como um problema social, econômico e jurídico, onde a valorização do ser humano precisa ser o axioma condutor da intervenção do Estado.

Portanto, com vistas a evitar a paralisação da sociedade de consumo e reinserir o indivíduo nesta mesma sociedade, primando pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, foi promulgada a Lei 14.181/21.

2 A LEI 14.181/21 – PREVENÇÃO E TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Lei 14.181/2021 acrescentou ao Código de Defesa do Consumidor disposições sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento de pessoas físicas (art. 54-A), sendo este compreendido como “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. (Art. 54-A, § 1º).

Cláudia Lima Marques (2006, p.255) define o superendividamento “como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras”.

Neste contexto, apreende-se que o superendividamento consiste na impossibilidade real do consumidor pessoa física, de boa-fé, adimplir o conjunto de suas dívidas, considerando o montante do seu débito em relação à sua renda e patrimônio. Não se trata apenas da impossibilidade de atrasar o adimplemento de alguma dívida, mas do direcionamento expressivo da renda do indivíduo ao pagamento de dívidas de consumo, comprometendo, portanto, o seu mínimo existencial.

Assim, a própria lei quando garante o mínimo existencial do consumidor, consagrando o Princípio da Dignidade Humana, pelo que o tratamento jurídico dado ao superendividado deve sempre observar os valores que informam o referido princípio, com a regulação dos contratos de consumo, principalmente os que envolvam concessão de crédito.

A segurança do mínimo existencial é um dos valores que informam o conceito aberto do Princípio da Dignidade Humana, pois sem que se tenha acesso ao mínimo, o ser humano não consegue nem mesmo respeitar a si próprio, ressaltando-se que o direito à dignidade é o direito a ser tratado com respeito.

Veja-se que a lei não precisava garantir o mínimo existencial, na medida em que a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos, conforme a filosofia kantiana. Segundo Kant a pessoa não pode ser tratada apenas como um meio, mas sempre como um fim em si mesma, pelo que as coisas têm um preço e as pessoas têm dignidade. (RUZYK, 2021, n.p.)

Mas é essencial que a lei o faça, visto que em muitos momentos históricos, que vez ou outra insistem em se repetir, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não foi observado, levando a humanidade às chagas da escravidão, do nazismo, do fascismo etc.

De qualquer forma, como a dignidade da pessoa humana é um direito natural, tem que sempre ser observada, independentemente de sua posituação, na aplicação de qualquer norma, de qualquer dispositivo legal, inclusive, no que diz respeito ao presente trabalho, em todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da lei 14.181 de 1 de julho de 2021, que recentemente o alterou.

3 DA CONCESSÃO RESPONSÁVEL DE CRÉDITO

Antes totalmente lançada à sorte e à sanha do mercado financeiro, a concessão de crédito agora possui regra positivada de preservação do Princípio da Dignidade Humana, conforme o artigo 6º, XII da Lei 14.181/2021: “São direitos básicos do consumidor: (...) XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito”.

Contudo, a norma do artigo citado tem eficácia contida, posto que ressalva a regulamentação para que a concessão de crédito preserve o mínimo existencial.

Veja-se que conforme ressaltamos em tópico anterior deste trabalho, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em que o mínimo existencial deve ser sempre respeitado, não necessita ser advertido a cada ato, contrato, artigo de lei, posto que se trata de direito natural do homem, que independe de qualquer norma escrita.

Ruzyk, (2021, n.p.) assim disserta sobre o assunto:

o sentido kantiano de dignidade é, quiçá, sua expressão filosófica mais corrente, afirmada como qualidade inerente aos seres humanos, como dotados de uma razão universal.

Trata-se da assunção de que a pessoa não pode ser tratada apenas como um meio, mas sempre como um fim em si mesma, afirmando-se que, se as coisas têm um preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade em Kant é, assim, um valor moral, inerente à pessoa humana. [...]

Já na perspectiva jurídica, a dignidade se expressa como norma. Trata-se de norma que reconhece, como antecedente, a dignidade como qualidade humana, **o que exclui a pretensão de se admitir a expressão normativa como condição prévia para a proteção jurídica a ser oferecida à dignidade. Em outras palavras, a proteção da dignidade da pessoa humana não depende, necessariamente, de sua expressa menção no texto constitucional.**(g.n.)

Sendo a dignidade da pessoa uma qualidade humana, seja na sua concepção abstrata kantiana, seja na sua expressão concreta, pertinente à pessoa humana em sua condição de sujeito inserido na teia de relações sociais, a apreensão jurídica da dignidade é uma passagem do ser para o dever-ser.

Ademais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é previsto constitucionalmente no artigo 1º, III da CF, sendo um dos fundamentos da República, pelo que todo e qualquer ato jurídico deve observá-lo, como lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, n.p.).

Numa primeira perspectiva (não excludente das demais) a dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale, consiste de uma espécie de valor-fonte, o que também foi objeto de reconhecimento pelo STF, alinhado com a tradição consagrada no direito constitucional contemporâneo, para quem a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.

Para Soares (2010, n.p.), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve orientar toda a interpretação da ordem jurídica e “o sistema constitucional encontra coerência substancial partindo da dignidade da pessoa humana e a ela retornando, nela fundando a sua unidade material.”

E conforme Duque (2014, n.p.).

Para que a constituição confira unidade ao ordenamento jurídico, ela deve atuar como centro para a interpretação jurídica, razão pela qual todos os âmbitos jurídicos convergem para a constituição. Trata-se, essencialmente, de uma convergência na interpretação, que permite e fundamenta o diálogo das

fontes, desempenhando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais um papel de extrema relevância na pré-compreensão que é indispensável para a interpretação de outros setores do direito. Nesse quadro, o pensamento de convergência do direito privado para a constituição, em um cenário de diálogo das fontes normativas, contribui, em grande medida, para a manutenção da unidade do ordenamento jurídico.

Então a questão que se sobreleva é: a concessão de crédito, enquanto omissa a regulamentação, não precisa observar a preservação do mínimo existencial, um dos pilares do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Incumbe ao fornecedor do crédito, na contratação, verificar se não está violando o direito do consumidor a ter sua dignidade preservada. Se não o faz, está cometendo ato ilícito, conduta antijurídica na celebração do contrato.

Este é um exemplo de constatação da dimensão negativa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que consiste, conforme Ruzyk (2021, n.p.).

[...] na vedação a qualquer conduta que afronte a dignidade de outrem, definindo-se a força normativa da dignidade da pessoa a partir da perspectiva da imposição de limites a condutas alheias ou, mesmo, do próprio sujeito – que não pode abdicar da própria dignidade.

Poder-se-ia admitir que não há como o fornecedor de crédito saber se pode ou não aceitar os termos do contrato, sem que haja regulamentação anterior acerca do mínimo existencial.

Ora, este argumento poderia ser admitido somente em situações nebulosas, mas em regra geral, nas situações em que é constatável que o consumidor não dispõe de recursos para preservar sua dignidade, tendo condições mínimas de sobrevivência; e, mesmo assim firma contrato de concessão de crédito, por certo que o fornecedor de produtos ou serviços está praticando ato ilícito, passível de indenização.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO

Não nos ateremos aqui às penalidades previstas na lei 14.151/21, como o parágrafo único do artigo 54-D, que prevê a redução judicial dos juros, encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento, em caso de descumprimento dos artigos 52 e 54-C.

Neste estudo, o objetivo é demonstrar que a concessão de crédito irresponsável enseja a responsabilização civil, posto que ao oferecer crédito a quem já não tem suas necessidades básicas garantidas, o concedente estará

praticando ato ilícito, em vista de não observar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Fazendo-se o diálogo entre o CDC e o CC, vimos que se a ação violar dever geral contido no ordenamento jurídico (art. 186, 187 e 927 do CC), temos a responsabilização extracontratual e, caso não se cumpra a obrigação assumida se configura a responsabilização contratual. (CC, art. 389). (DINIZ, 2017, p. 150)

Registre-se que o abuso de direito, tal qual definido no artigo 187 do Código Civil, é a conduta do titular de um direito que excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Assim, aquele que concede o crédito, sem atentar à boa-fé, aos fins sociais do referido empréstimo; e, que ignora o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o mínimo necessário à subsistência do consumidor, incorre em ato ilícito nos termos do artigo 187 do Código Civil e está sujeito a ser condenado pelos danos que causar.

O direito do consumidor à indenização por perdas e danos já vem sendo reconhecido pelas Cortes brasileiras, nas situações em que o superendividado é hipervulnerável (idoso ou analfabeto), como também nas situações em que o fornecedor de crédito agiu com abuso de direito outorgando crédito superior à capacidade econômica do devedor, levando-o ao superendividamento (BENJAMIN *et al*, 2021, n.p.).

Benjamin *et al* (2021, n.p), ao analisarem a questão, assim dissertam:

nas situações em que o superendividamento poderia ter sido evitado mediante a observância, pelo fornecedor, dos deveres de informação e crédito responsável, parece-nos que é possível o reconhecimento do dano moral “in re ipsa” diante do inegável impacto extrapatrimonial e do sofrimento pela impossibilidade de quitação das dívidas sem prejuízo do mínimo existencial. As graves consequências relacionadas à dignidade do consumidor ultrapassam o “mero aborrecimento”.

Saliente-se que o dano moral provocado não tem causalidade com eventual inscrição indevida nos órgãos de proteção de crédito, mas é devido mesmo sem qualquer inscrição, conforme nos ensina Benjamin *et al* (2021, n.p), “pois os efeitos perversos do superendividamento não estão relacionados diretamente à inscrição indevida, mas sobretudo ao abalo psicológico e à dificuldade de manutenção das despesas de subsistência.”

Nesta toada, o TJRJ, no julgamento da Apelação Civil n 0034 4205420188190209, de 01/03/21 condenou a instituição financeira à revisão das taxas de juros, devolução em dobro dos valores pagos a maior, além

de danos morais de R\$ 5.000,00, posto que concedeu crédito sem nunca considerar que o consumidor não poderia adimplir suas dívidas sem a invasão do seu mínimo existencial.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 633.105, utilizando-se de uma solução jus-humanista, devolveu ao consumidor a sua dignidade, o mínimo necessário à sua existência, posto que impediu que a instituição financeira concedente do crédito, e ao mesmo tempo ex-empregadora da consumidora/ex-empregada, bloqueasse o FGTS para o pagamento do empréstimo, condenando-a ainda em indenização por danos morais.

Esta solução, já identificada pelos tribunais pátrios, revela uma mudança de paradigma de como se analisam o desenvolvimento e o capitalismo, sendo que este deve servir para a ascensão de todos ao consumo, à riqueza.

5 DA MUDANÇA DE PARADIGMA. CAPITALISMO HUMANISTA

O capitalismo, conforme Sayeg e Balera (2011 apud CARISTINA, 2015, p. 225), é a única forma de se encontrar a solução pois, “em ambiente de liberdade, as poderosas forças de mercado potencializam a positividade capitalista e tendem, assim, a propiciar bons resultados e o aumento da taxa coletiva de riqueza e prosperidade.”

No entanto, como identificado neste trabalho e pela legislação em análise, também, pelos julgados trazidos à colação, o capitalismo inspirado pelo neoliberalismo, pode levar à morte do próprio capitalismo. A história da humanidade já nos deu exemplos desta derrocada, com o advento de regimes totalitários socialistas/comunistas.

Veja-se que Otto Von Bismarck, chanceler de ferro, grande estadista da Alemanha do século XIX, percebendo a ausência de limites do liberalismo clássico, impôs limites e em 1880 criou o Estado-providência ou Estado do Bem-estar social. (FERGUSON, 2019, **tradução nossa**).

Além disso, necessário destacar que ao conceder irresponsavelmente o crédito, sem qualquer intenção no efetivo pagamento da dívida, o tomador do crédito aumenta o *spread* bancário, transferindo cada vez mais para o consumidor adimplente o custo do inadimplemento, sem qualquer reflexo para as instituições financeiras. Com isto, o Banco Central alicerça a economia em taxa de juros elevada, afugentando qualquer tipo de investimento no país, seja interno ou internacional (EFING, 2015, n.p). Os bancos prosperam, mas não o Brasil.

Assim, necessária a ruptura, com o que o capitalismo humanista preconizado por Sayeg e Balera (2011 apud CARISTINA, 2015, p. 225) se destaca, fundamentando-se no Princípio da Fraternidade contido no preâmbulo da Constituição, conforme Caristina (2015, p. 225).

O capitalismo humanista propõe a aplicação efetiva do texto constitucional e o convívio do artigo 170 com o fundamento do artigo 1º, inciso III, pela via do artigo 3º, inciso I, sob a interpretação mais ampla da fraternidade constante do preâmbulo. A solução não está na separação das partes que compõem o sistema, pois, justamente, na condição de sistema, tende a não produzir efeitos quando desligados os seus elementos, ou a produzir efeitos que não foram idealizados pelo legislador constituinte, afinal, não é crível imaginar que o texto fundante das ordens política, jurídica, econômica e social tenha palavras em vão.

Na doutrina do capitalismo humanista os autores reconhecem o direito subjetivo natural à propriedade e também o direito subjetivo decorrente do direito à livre iniciativa; porém, modulados pelos direitos humanos constitucionais fundamentais de 1ª, 2ª. e 3ª. dimensões com a finalidade de fazer valer o Princípio Universal da Dignidade Humana. Não admitem, outrossim, a liberação descontrolada do mercado, como pregam os neoliberais; e, ressaltam que somente compensa um capitalismo que respeite os direitos humanos.

O Princípio Constitucional da Fraternidade demonstra aptidão intrínseca para modular estes direitos, aparentemente contraditórios, conforme já salientado pela própria Igreja Católica, na Encíclica *“Caritas in Veritate”*.

Segundo Busato (2021, p. 240):

o Princípio da Fraternidade é o amálgama que une todos os demais princípios contidos no ordenamento jurídico, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, conciliando princípios que à primeira vista se revelam antagônicos, estabilizando as diferenças existentes na sociedade, a fim de consolidar a paz, a justiça social, a liberdade, a igualdade, a livre iniciativa, dentre tantos valores que a fraternidade inspira. É a fraternidade que dá a liga necessária para a consecução dos objetivos de justiça e, portanto, deve ser o vetor interpretativo e integrativo do direito privado, que é a mola motora da construção de uma ordem econômica livre, justa e solidária.

Conforme leciona Caristina (2015, p. 146), as liberdades previstas na Constituição Federal e que embasam o sistema capitalista, somente serão exercidas amplamente com a observância do Princípio da Fraternidade e seu decorrente oferecimento de igualdade de oportunidades.

Através da fraternidade é possível a sustentação do capitalismo, pois se não for evitado que a maioria dos consumidores se tornem “perdedores”, logo não existirão mais “vencedores”.

CONCLUSÃO

O superendividamento é um problema evidente na sociedade atual. Tal mazela tem suas principais origens ligadas ao sistema econômico do capitalismo e a uma das suas facetas mais desastrosas, o consumismo.

O capitalismo, sob o viés da doutrina neoliberal, defende a liberdade absoluta do mercado e, em contrapartida lógica, a intervenção mínima do Estado sobre a economia, respaldando que o Estado somente pode interferir, desde que em caráter de exceção, em setores fundamentais do sistema econômico. Partindo dessas premissas, mormente do livre mercado sem qualquer intervenção efetiva, o consumo excessivo aparece como o grande alimentador do sistema, auxiliado pelas ideias de liberdade e sucesso social do indivíduo que apenas são atingidos pela aquisição desmedida de bens e serviços.

É aqui que a sociedade de consumo, assim nominada por Baumann, associada à ausência de controle estatal, cria o fenômeno do consumidor superendividado, que diante dos valores e padrões insaciáveis da sociedade moderna e da concessão desenfreada de crédito com vistas a manter a roda motora do sistema econômico capitalista, se vê inserido em um círculo vicioso de consumo/crédito.

O indivíduo superendividado, oriundo deste mercado de liberdade econômica irrestrita, com crédito e consumo exacerbados, sofre como consequência a exclusão econômica e social causada pelo próprio sistema.

Esse exílio econômico e social fere diretamente um fundamento da nossa República previsto constitucionalmente no art. 1º, III da CF/88, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Mais que um fundamento/princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana, conforme filosofia kantiana, é um valor inerente aos seres humanos, se tratando de direito natural e universal.

Nesta toada foi promulgada a Lei 14.181/2021, que acrescentou o tratamento do fenômeno do superendividamento das pessoas físicas ao Código de Defesa do Consumidor, conceituando o tema e criando regras protecionistas ao consumidor superendividado (pessoa natural). O texto legal supracitado assegura expressamente como direito básico do consumidor a preservação do mínimo existencial, consagrando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, porém reserva a lei regulamentadora a conceituação do que seja “mínimo existencial”.

Não obstante a regra positivada, ressalta-se, mais uma vez, que o Princípio Dignidade da Pessoa Humana orienta todo o ordenamento jurídico, como verdadeiro valor integrativo e interpretativo de todas as situações jurídicas e, nesse contexto, qualquer conduta do fornecedor de crédito que

se afaste desse vetor, concedendo crédito ao consumidor que sabidamente possui apenas condições mínimas de sobrevivência e sem respaldo patrimonial para garantir o contrato, mesmo que não haja lei regulamentando o que seja o mínimo existencial, incide na prática de ato ilícito passível de indenização pelas perdas e danos decorrentes dessa concessão irresponsável de crédito.

Daí que incumbe ao fornecedor de crédito, no momento da formalização do contrato, verificar se está violando o direito do consumidor a ter sua dignidade preservada, devendo garantir o mínimo necessário para a subsistência deste indivíduo, se atentando à boa-fé e aos fins sociais do negócio a ser realizado. Se, caso contrário, desrespeitar esses limites e valores, estará o fornecedor cometendo ato ilícito sujeito a indenização, nos termos da legislação civil e da jurisprudência pátria.

A partir desse reconhecimento jurisprudencial e da inovação legislativa é possível vislumbrar uma mudança de paradigma na visão sobre desenvolvimento e capitalismo, almejando-se afastar o capitalismo puramente inspirado no neoliberalismo, cuja base estruturante é a intervenção estatal quase nula no mercado, e se aproximando de um viés mais humanista deste sistema econômico, fundamentado no Princípio da Fraternidade.

Destarte, não se intenta negar a aptidão do capitalismo como um sistema econômico adequado para evolução social, contudo, deve-se ter como prisma valores humanistas, atentando-se ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas situações em que os interesses econômicos se sobressaem à dignidade do indivíduo, bem como ao Princípio da Fraternidade, sendo este como parâmetro que une e equilibra todos os demais princípios contidos no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman; Marques, Claudia Lima; Lima, Clarissa Cos; Vial, Sophia Martini. **Comentários à Lei 14.181/2021 [livro eletrônico]: a atualização do CDC em matéria de superendividamento**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-pub, não paginado.
- BRASIL, **Código Civil**. Código Civil e Legislação Civil em Vigor. 32. ed. Editora Saraiva.
- BRASIL, **Constituição Federal** (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.
- BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil., Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.
- BRASIL, Lei n. 14.181 de 1º. de julho de 2021. Altera a lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). **Diário Oficial da República Federativa da República**, Brasília, 02 de julho de 2021.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Direito do Consumidor. Contrato de Mútuo com o banco réu. Novos contratos entabulados pelas partes com vistas a refinanciar a dívida não paga. Pedido de Revisão das cláusulas contratuais, sob alegação de que teriam sido praticados juros abusivos acima da média do mercado. Sentença de Improcedência, Irresignação do consumidor. Reforma a decisão vergastada. Autor, idoso de noventa e quatro anos de idade na época do ajuizamento da ação, pensionista do INSS e que recebe aproximadamente 1.200,00 por mês, Demandante é pessoa hipervulnerável, encontrando-se em situação de superendividamento. Assim, verifica-se que a ré não considerou o perfil do consumidor, afinal este nunca teve condições de quitar as dívidas, sem violação do seu mínimo existencial. Abuso de direito. Boa-fé objetiva não observada. Recurso a que se dá provimento, condenando a ré a revisar as taxas de juros aplicadas, fixando os juros médios do Bacen. Condenação da ré na devolução dos valores pagos a maior, em dobro, com a devida correção monetária e acrescido de juros moratórios. Danos Morais configurados. Montante de 5.000,00 que se adequa ao caso em comento, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Apelante: Banco BMG S.A. Apelado: Júlio César dos Santos Rodrigues. Relatora: Des. Cristina Tereza Gaulia, Rio de Janeiro, 25 de maio de 2021. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1218400536/apelacao-apl-466091620178190204/inteiro-teor-1218400560>.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, Recurso Especial nº 633-105 -Minas Gerais, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgamento em 25 setembro 2006. Publicação no DJ de 27 de novembro de 2006.
- BUSATO, A.F.G. Da aplicabilidade do Princípio da Fraternidade nos Contratos Cíveis e Empresariais. Limites à Lei da Liberdade Econômica n. 13.874/19. In Souza Netto, J. Giacoia, G. e Cambi, E. (org.). **Direito, Educação & Cidadania. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin**. Editora Clássica. Curitiba. 2021. P. 239-253.
- CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. **Superendividamento. Os perdedores do turbocapitalismo e a solução pelo Capitalismo Humanista**. Orientador: Claudio Gana de Souza. 2015. 271f. Tese (Doutorado em Direito Econômico). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6818/1/Jean%20Eduardo%20Aguiar%20Cristina.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Responsabilidade Civil, 2017, 31. ed. p. 150
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos Fundamentais [livro eletrônico]: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. E-book, não paginado.
- EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor [livro eletrônico]**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (Biblioteca de direito do consumidor; v.12). E-book, não paginado.
- FERGUSON, Kate. **How German Angst Created The Welfare State**. 2019. Disponível em <https://>

www.dw.com/en/how-german-angst-created-the-welfare-state/a-48048444. Acessado em: 02 fev. 2022.

FIorentin, R.A.J. LEMOS, Tiago. ANÁLISE DA TEORIA DE ZYGMUNT BAUMAN: DO CONSUMISMO AO SUPERENDIVIDAMENTO. *In*: Wolkmer, Antonio Carlos (org.), Vieira, Reginaldo de Souza (org.) **ANAI DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE**. V. 1. 2018. ISSN 2675-2808.

HENNINGEN, Inês. **Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social**. *Revista Mal-Estar e Subjetividade* – Fortaleza, vol X nº 04, p. 1173 -12012, dezembro/2020. Disponível em: [Https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/4965/3973](https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/4965/3973). Acesso em: 04 fev. 2022.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In*: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 255.

OLIVEIRA, J. A. **O superendividamento do consumidor: aspectos conceituais e mecanismos de solução**. *Lex Humana* (ISSN 2175-0947), [S. l.], v. 3, n.1, p. 92–112, 2011. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/108>. Acesso em: 4 fev. 2022.

PENA, Rodolfo F. Alves. **“O que é Neoliberalismo?”**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>. Acesso em: 21 fev. 2022.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord). **Direito Constitucional [livro eletrônico]: teoria da constituição e direitos fundamentais**. v. 01, 2. ed., rev., atual., amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-Pub, não paginado.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional/ Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel**. 7 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, livro eletrônico. E-pub, não paginado.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book, não paginado.

O RESGATE DO HUMANO: DA RUPTURA TOTALITÁRIA AOS DIREITOS HUMANOS

Ana Lúcia Lourenço⁴⁵⁰, João Daniel Vilas Boas Taques⁴⁵¹

RESUMO

O estudo que ora se apresenta tem como objetivo precípua analisar a relação entre o totalitarismo e a posterior reconstrução do direito internacional dos direitos humanos. Com base na obra de Hannah Arendt, buscou-se demonstrar que o totalitarismo, mais do que um mero fenômeno político, representou uma verdadeira ruptura na história e na própria noção de humanidade. Por meio do domínio total, em especial nos campos de concentração, o Estado totalitário foi capaz de obliterar a condição humana, privando o indivíduo de toda espontaneidade, tornando-o nada mais do que uma vida nua. Em resposta a tais horrores, a ordem internacional se viu obrigada a reconstruir a ordem dos direitos humanos, como um instrumento apto a proteger os indivíduos dos avanços desmedidos dos Estados.

Palavras-chave: totalitarismo; direitos humanos; hannah arendt; biopolítica; direito internacional.

INTRODUÇÃO

Os acontecimentos que se deram na Europa, na primeira metade do século XX, são objetos de estudo até os dias de hoje. Não apenas os horrores da Segunda Guerra Mundial, que afetou diversos países e provocou a reestruturação do mundo como um todo, mas também o ocorrido no seio da Alemanha Nazista: o holocausto.

O assassinato sistemático e organizado de milhões de indivíduos – judeus, ciganos, homossexuais – se avulta como um dos momentos mais sombrios da raça humana e representa, como irá se demonstrar, uma ruptura

⁴⁵⁰ Mestranda em Direito na Universidade Portucalense – Infante D. Henrique. Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Coordenadora da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do TJPR. Ouvidora-Geral do TJPR no biênio 2019-2020. Diretora do Núcleo de Curitiba da Escola da Magistratura do Paraná Biênio 2006/2007. Endereço: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: allo@tjpr.jus.br.

⁴⁵¹ Mestre em direitos humanos e democracia pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Endereço: E-mail: joaotaques1305@gmail.com

na história e na humanidade. Na história porque se configurou enquanto uma situação até então inédita; e na humanidade porque o genocídio rompeu a ideia de humanidade que vinha sendo construída desde a Grécia Antiga.

Muito embora os horrores do totalitarismo e do campo de concentração continuem a lançar sua sombra sobre a humanidade, dos seus destroços surgiu algo novo e necessário: os direitos humanos. Foi em razão da ameaça totalitária que o mundo – Estados e pessoas – se viram obrigados a elaborar um novo instrumento em defesa daquele que é, ou deveria ser, o valor supremo das sociedades: a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, a investigação que ora se apresenta, realizada revisão bibliográfica, objetivou analisar o nexos entre o totalitarismo e o posterior advento dos direitos humanos, agora refundados e revigorados.

Em um primeiro momento, buscar-se-á abordar o surgimento do totalitarismo e a criação da condição de não-cidadãos, em que alguns indivíduos (judeus, ciganos, homossexuais) perderam seus direitos e passaram a viver às margens do Estado.

Em seguida, tratar-se-á sobre como este estado de precariedade acabou por resultar, e também se consolidar, nos campos de concentração, que mais do que uma verdadeira indústria assassina, representaram, em verdade, uma tanatopolítica, destinada ao fim último de obliterar a própria condição humana.

Por fim, pretende-se versar sobre como esses acontecimentos resultaram no ressurgimento dos direitos humanos e o resgate da pessoa humana dos destroços das monstruosidades praticadas, o nascimento da ideia do “direito a ter direitos” e a necessidade de um Estado que efetivamente proteja os seus cidadãos, de si mesmo e de terceiros, com a consequente proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

1 A RUPTURA: O TOTALITARISMO NA FILOSOFIA DE HANNAH ARENDT.

Do surgimento do regime nacional-socialista à implementação do genocídio enquanto política do Estado, o totalitarismo representa uma ruptura não apenas na história como, também e principalmente, na própria ideia de humanidade: “Mas a vitória totalitária pode coincidir com a destruição da humanidade, pois, onde quer que tenha imperado, minou a essência do homem” (ARENDT, 2013, não paginado).

E como resultado do primeiro e viabilizador do segundo, sobreleva-se em importância do fenômeno totalitário, cuja construção e sustentação foram objetos de estudo por parte de Hannah Arendt, em especial na obra denominada “As Origens do Totalitarismo”, publicada em 1951, em que

se objetivava investigar os “mecanismos que dissolveram os tradicionais elementos do nosso mundo político e espiritual num amálgama, onde tudo parece ter perdido seu valor específico” (ARENDR, 2013, não paginado).

Como exposto logo no prefácio da obra, Arendt entendia que o surgimento do totalitarismo representava um “ponto de ruptura” (ARENDR, 2013, não paginado) na civilização humana, mormente porque se estava diante de um fenômeno até então inédito na história e na política, qual seja, o totalitarismo (AGUIAR, 2012, p. 145).

Por ser inédito, o totalitarismo não pode ser explicado por outros fenômenos políticos (VICENTE, 2011, p. 54). Adota-se, assim, uma análise narracional, isto é, narra-se a experiência totalitária, com o objetivo de que o acontecimento, no presente, acabe por iluminar as suas “correntes subterrâneas” (ARENDR, 2013, não paginado) que se inserem de maneira profunda no passado. Busca-se no resultado não exatamente os seus porquês, mas o que poderia, de maneira remota, ter originado estes (SILVA, 2010, p. 27). Neste sentido, leciona Aguiar:

Vale dizer, ao tentar escrever sobre a experiência totalitária, Arendt deparou-se com um dilema, já que essa experiência não podia ser explicada, pois não se enquadrava nos conceitos tradicionais, tampouco podia ser entendida como culminação de um processo ou desenvolvimento de uma única causa encontrável no passado. Não era o passado que poderia iluminar e explicar o evento. [...] O totalitarismo não possui uma história e nem estava contido potencialmente num evento do passado, mas cristalizou elementos de várias proveniências, a exemplo do imperialismo, do anti-semitismo, da crise dos estados nacionais e do eurocentrismo (2008, p. 74).

Analisando esses “fenômenos tão insignificantes e desprovidos de importância na política mundial” (ARENDR, 2013, não paginado), Arendt é capaz de identificar, a grosso modo, dois fenômenos que, no seu entender, acabaram por se cristalizar naquilo que viria a ser chamado de totalitarismo: o antissemitismo e o imperialismo.

A importância do primeiro, segundo a autora, não se confunde com um “desenfreado nacionalismo e suas explosões de xenofobia” (ARENDR, 2013, não paginado), um ódio não de todo definido direcionado ao povo judeu, mas, antes, um instrumento para fins políticos, um ódio articulado para avivar as chamas de uma ideologia.

Ao longo de sua história, o povo judeu, por vontade própria ou por imposição dos Estados, manteve-se à parte do restante da sociedade, ainda que porventura viessem a se inserir nesta (ARENDR, 2013, não paginado). Tampouco

possuíam um Estado próprio na Europa, consubstanciando-se, em verdade, em um elemento intereuropeu, ligando os muitos países do continente. Assim, alheios às sociedades em que se inseriam sem de fato se inserir, “não tinham qualquer tradição ou experiência política e não percebiam a tensão nascente entre a sociedade e o Estado” (ARENDDT, 2013, não paginado).

Intimamente ligados ao Estado por relações econômicas, passaram a ser identificados com este último, de modo que a insatisfação acabou por se estender, também, aos judeus: “cada classe social que entrava em conflito com o Estado virava antissemita, porque o único grupo que parecia representar o Estado, identificando-se com ele servilmente, eram os judeus” (ARENDDT, 2013, não paginado).

O totalitarismo alemão não adotou o antissemitismo porque tinha, de fato, objetivos neste sentido. Adotou o antissemitismo porque este já estava em voga na sociedade da época, potencializando-o e o instrumentalizando, fazendo dos judeus as principais vítimas para o terror, este um “instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes” (ARENDDT, 2013, não paginado) e essencial na cristalização do totalitarismo.

O antissemitismo foi, em verdade, sistematicamente organizado enquanto base sobre a qual o partido Nazista erigia suas pretensões autoritárias. Adotava-se a falácia de que eram os judeus, marionetistas, que controlavam o que estava acontecendo no palco. Assim, ataques ao Estado eram mascarados enquanto ataques aos judeus, estes aceitos e apoiados pela grande maioria da população.

Outro fenômeno que acabou por desaguar na avassaladora onda do totalitarismo foi o imperialismo, que é tratado na segunda parte de “As origens do totalitarismo”.

Para Arendt, pode se definir enquanto objetivo permanente e supremo do imperialismo a expansão. Não dos limites do Estado-nação, mas da esfera econômica, que objetivava novos bens de consumo e novos consumidores: “O imperialismo surgiu quando a classe detentora da produção capitalista rejeitou as fronteiras nacionais como barreira à expansão econômica” (ARENDDT, 2013, não paginado).

E é aí que reside, de acordo com a autora, o ataque ao Estado-nação. Os imperialistas, capitaneados pela burguesia, objetivavam a “a expansão do poder político sem a criação de um corpo político” (ARENDDT, 2013, não paginado). Afinal, a classe burguesa, embora desejosa do poder, não desejava o corpo político, posto que este representava um outro poder, limitante à esfera privada (VIERA, 2017, p. 77).

Daí que a expansão financeira, ao se dirigir aos territórios objeto da colonização, não eram seguidos pelo corpo político, ainda que, em seu proveito, trouxessem consigo alguns dos instrumentos do poder político, a

saber, a polícia e o exército, a violência do Estado. A força se tornou a “essência de toda estrutura política” (ARENDR, 2013, não paginado).

A burguesia, sempre salivando pelo maior acúmulo de capital, utilizou-se da força, tornando esta “não um meio para um fim determinado de uma classe, e sim um processo infinito essencialmente destrutivo” (VIEIRA, 2017, p. 78). O problema é que a força, quando utilizada enquanto um fim em si mesmo, torna-se irrefreável.

A violência se tornou violência administrativa, em que “os administradores passaram a governar por meio de decretos e pareceres mutáveis e tiranos” (VIEIRA, 2017, p. 80), baseados em nada que não o próprio interesse daqueles que exerciam o poder.

A utilização da força pelo imperialismo – postura esta que foi posteriormente levada à última consequência pelo totalitarismo – atingiu dois resultados. Em um primeiro momento, a violência, a imposição pela força, erodiu o próprio conceito de Estado-nação, posto que o consentimento está na base dessa categoria (CASTANHEIRA, 2010, p. 289).

E destruído o conceito de nação, os povos conquistados se viam desamparados, vez que “não estariam abrangidos pelo vínculo de pertença a uma comunidade cuja origem não dependeu de sua iniciativa, isto é, de um acto (*sic*) emancipatório baseado na consciência da sua própria dignidade” (CASTANHEIRA, 2010, p. 289).

Esfarela-se, então, a ideia do humano, este não mais um elemento constituinte do Estado, mas um mero objeto deste, agora baseado na força e não em um contrato social dos seus cidadãos (ARENDR, 2013, não paginado). A condição humana, a espontaneidade, o pertencer a um grupo se tornam obstáculos ao processo de expansão (ARENDR, 2013, não paginado).

Extinto o próprio conceito de nação, adota-se um novo fator de distinção nos territórios colonizados: o fator racial. Este se tornou ideologia, bem como o racismo, que coadunam na possibilidade de destruição de toda a civilização, pois não mais existe a raça humana, mas diferentes raças que lutam por dominação, relegando outras a um estado servil além da humanidade (ARENDR, 2013, não paginado).

Leciona Arendt que:

O racismo como instrumento de domínio foi usado nessa sociedade brancos e negros antes que o imperialismo o explorasse como ideia política. Sua base e sua justificativa ainda eram a própria experiência, uma terrível experiência de algo tão estranho que ficava além da compreensão e da imaginação: para os brancos foi mais fácil negar que os pretos fossem seres humanos (2013, não paginado).

Foi no imperialismo, portanto, que surgiram elementos que mais tarde seriam essenciais ao totalitarismo: a erosão do Estado-nação, substituído por uma violência baseada apenas no poder; a burocracia, consubstanciada no exercício do poder sem uma estrutura definida; a raça enquanto princípio de estrutura política, capaz de dividir a humanidade, antigamente única, em classes diferentes, algumas menos do que humanas.

Desses eventos surgem, então, os contornos iniciais do que coadunaria no Estado totalitário. O antissemitismo – ódio aos judeus, possível de ser transmutada em ódio ao Estado – se torna a engrenagem que movimenta a máquina infernal, enquanto o imperialismo – com o uso desmedido da violência e a negação da humanidade – delinea o *modus operandi* desta.

O estado totalitário, como já exposto alhures, configura-se enquanto um fenômeno inédito na história humana, uma ruptura em todas as acepções possíveis. A tirania grega, o absolutismo europeu e outras formas de autoritarismo não se igualam ao movimento totalitário, que possuía, diferentemente das demais formas de poder, de um projeto de completa destruição – do Estado, das instituições, do povo – para uma posterior reconstrução.

Segundo Ileana Vicente, “o totalitarismo só se contenta, quando eliminar não apenas a liberdade em todo sentido específico, mas a própria fonte da liberdade que segundo Hannah Arendt, está no nascimento do homem e na sua capacidade de começar de novo” (2011, p. 55).

Destrói-se a realidade social, fragiliza-se toda uma sociedade para que o Estado totalitário possa, então, reconstruir essa sociedade nos moldes por si desejados, inserindo-se em tudo que há, até mesmo a esfera privada deixa de existir. Tudo se torna Estado, e este domina a todos (NASCIMENTO, 2017, p. 6-7).

Uma das características distintivas do movimento totalitário é que este organiza e se apoia não nos cidadãos ou nas classes, mas nas massas, estas entendidas como o agrupamento volumoso de pessoas sem interesses em comum, sem motivações políticas. Por serem neutros, eram ignorantes sobre as questões da sociedade e do poder, apresentando-se enquanto uma tábua rasa sobre a qual o movimento totalitário poderia estabelecer suas raízes (ARENDR, 2013, não paginado).

Com o advento da massa, acaba por ruir o sistema de classes. Não há mais necessidade destas, vez que a massa se estende e engloba aqueles que pertenciam às classes. Consequentemente, os partidos políticos desaparecem, vez que “sua vontade e origem eram as classes” (ARENDR, 2013, não paginado). Em verdadeiro efeito dominó, a estrutura do Poder Público também começa a erodir.

Nessa situação, os indivíduos passam a ser apenas partículas que compõem uma grande. A individualidade começa a desaparecer, e surge apenas um sentimento, um desejo e um objetivo comum que, embora adotados pela massa, foram impostos pelo movimento totalitário (NASCIMENTO, 2017, p. 12). Como leciona Aguiar: “O totalitarismo é o regime das massas solitárias organizadas ideologicamente” (AGUIAR, 2012, p. 152).

O domínio dessa massa se dá por meio de dois instrumentos, que agem em conjunto: a ideologia e a propaganda. A ideologia se apresenta enquanto uma verdade única e irrecusável, tomando o lugar, e extinguindo, o pensamento dos indivíduos que compõem a massa. É “sinônimo de doutrina, mas também de disciplina” (AGUIAR, 2012, p. 152). Com a ideologia, a vida se torna uma ficção fabricada (AGUIAR, 2012, p. 151-152).

A propaganda, ao seu turno, “isola as massas do mundo real” (ARENDT, 2013, não paginado), criando um mundo fictício, mais adequado à narrativa totalitária, que torna esta ficção uma realidade para aqueles sobre o seu domínio.

Uma vez no poder, o movimento totalitário não cessa suas investidas, voltadas ao domínio total. Embora não destrua a estrutura do Estado – mormente porque lhe é útil – a máquina totalitária cria um poder paralelo, que implica na “duplicação de órgãos e a divisão da autoridade, a existência de um poder real ao lado de um poder aparente” (ARENDT, 2013, não paginado).

Este instaura uma burocracia, isto é, um poder, um sistema legal, desprendido do Estado, ainda que aparentemente firmado neste. Por meio dessa herança do imperialismo, o poder descentralizado edita normas, leis e comandos ao seu bel prazer, estendendo e consolidando o seu poder. Ainda que a lei de jure não seja revogada (como a Constituição de Weimar), ela deixa de possuir eficácia diante das investidas dessas normas feitas às sombras, que, por se originarem no poder real, constituem-se enquanto legalidade de fato.

Assim, por meio desses instrumentos – não totalmente novos, mas cristalizados em algo inédito –, o movimento totalitarista se consolida no poder, onde se mantém através do terror. Terror não mais voltado aos inimigos, mas como instrumento de realização do próprio totalitarismo:

O terror torna-se total quando independe de toda oposição; reina supremo quando ninguém mais lhe barra o caminho. Se a legalidade é a essência do governo não tirânico e a ilegalidade é a essência da tirania, então o terror é a essência do domínio totalitário (ARENDT, 2013, não paginado).

Consolidado enquanto governo, e utilizando-se das mais variadas ferramentas – as massas, a ideologia, a propaganda, a polícia secreta e, principalmente, o terror – o totalitarismo parte, então, em busca do seu

objetivo supremo: a obliteração da espontaneidade, da liberdade, da própria condição humana. E isso se dá nos chamados campos de concentração.

2 POLÍTICA DA MORTE: OS CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO E A NEGAÇÃO HUMANA

Das muitas heranças terríveis daqueles tempos sombrios, os campos de concentração sejam, talvez, os mais monstruosos. Explorados em livros e filmes, esse “inferno construído pelo homem” (ARENDDT, 2013, não paginado) é a face mais conhecida do totalitarismo – e não poderia ser de outro jeito.

O campo de extermínio e o totalitarismo são dependentes um do outro, em uma relação de retroalimentação. O primeiro somente pode existir no segundo, e este, ao seu turno, encontra seu fundamento e concretização naquele:

Não existe totalitarismo sem campo de concentração. O campo é a certeza de que o objetivo final pode ser alcançado: a sistematização e a fabricação da espécie humana com uma mesma identidade. Almeja-se a eliminação, em condições cientificamente controladas, da diversidade humana e da espontaneidade de conduta. O campo significa que os governos totalitários alimentam-se do extermínio dos humanos. Sempre vai existir um setor da população a ser sacrificado em nome do controle total, pois o processo de expansão da dominação não tem limite (AGUIAR, 2012, p. 50).

Mais do que uma mera ferramenta de extermínio em massa, ou de experimentações ditas científicas, o campo de concentração se apresenta enquanto o meio pelo se busca obliterar a “própria espontaneidade como expressão da conduta humana” (ARENDDT, 2013, não paginado), transformada então “numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são” (ARENDDT, 2013, não paginado). É, nas palavras de Aguiar, “o núcleo e o modelo de uma nova forma de governo e de sociedade cujo *telos* é a fabricação do animal humano, funcional, limpo, puro e saudável” (2012, p. 149-150).

Os campos não objetivavam apenas a morte física, mas tornar aqueles que lá entravam em seres supérfluos. Aquelas pessoas estão mortas para a sociedade antes de morrerem *de facto*, o que torna a solução derradeiramente final mais aceitável – ao menos para aqueles que a implementaram: “A desvairada fabricação em massa de cadáveres é precedida pela preparação, histórica e politicamente inteligível, de cadáveres vivo” (ARENDDT, 2013, não paginado).

Mata-se, primeiro, a pessoa jurídica do homem, excluindo o indivíduo da proteção oferecida pela lei e da possibilidade de agir politicamente. Depois, extermina-se a pessoa moral, retirando o indivíduo da consciência dos outros, tornando-o um anônimo. Disso se segue a morte da singularidade individual,

onde este – preso, torturado e esquecido – perde a sua própria individualidade humana, tornando-se nada mais do que um espécime do animal humano. Não mais uma pessoa, única em sua complexidade e capaz de agir e atuar espontaneamente no mundo, mas uma besta a mercê do totalitarismo: “Restam, agora, depois desses passos, apenas mortos-vivos, homens e cidadãos adequados aos regimes totalitários” (AGUIAR, 2012, p. 150).

É por meio dessa bestialização, essa obliteração da condição que faz humanas as pessoas, que o totalitarismo alcança seu fim précipuo:

O totalitarismo não procura o domínio despótico dos homens, mas sim um sistema em que os homens sejam supérfluos. O poder total só pode ser conseguido e conservado num mundo de reflexos condicionados, de marionetes sem o mais leve traço de espontaneidade. Exatamente porque os recursos do homem são tão grandes, só se pode dominá-lo inteiramente quando ele se torna um exemplar da espécie animal (ARENDR, 201, não paginado).

O totalitarismo, como o próprio nome indica, almeja a dominação total sobre tudo. Sobre o Estado, sobre as massas, sobre a própria vida. É a crença de que tudo é possível, aí inclusa a destruição da natureza humana em si, objetivo este inédito na história humana – daí a ruptura.

Com a instauração dos campos de concentração e a consolidação do totalitarismo, o governo totalitário buscou, e conseguiu, anular a humanidade e sua pluralidade, conceitos estes construídos já há muito e que, enquanto herança do iluminismo, gozavam de certa relevância. Destruiu-se a espontaneidade humana, a capacidade de pensar, de construir, de ser político e de viver em sociedade, reduzindo os indivíduos, anteriormente humanos, a uma coisa manipulável e descartável (SILVA, 2010, p. 78).

Muito embora tenha alcançado seu ápice com o totalitarismo, esse domínio total sobre os corpos, o “entrelaçamento entre política e vida” (AGAMBEN, 2011, p. 126), não foi pensado apenas por Arendt, mas também pelo filósofo francês Michel Foucault, em especial nos seus estudos acerca da chamada biopolítica.

Partindo de uma genealogia das categorias sexuais, Foucault afirma que o Estado, dada a “socialização do corpo enquanto força de trabalho” (FOUCAULT, 2017, p. 44) passou a controlar a sociedade não pela consciência ou por uma ideologia, mas pelo corpo, este, agora, uma ferramenta essencial ao Estado.

O soberano antigo tinha, por certo, o direito de exigir a morte. Aplicavam-se penas capitais, tolhendo o súdito da sua vida. Mas o poder era apenas isso, “de causar a morte ou de deixar viver” (FOUCAULT, 1999, p. 128).

Todavia, em vista da importância que o corpo e a vida assumiram – por serem força de trabalho e criadoras de mais vidas –, esse poder de morte se modificou passando a ser agora um “complemento de um poder que se exercer, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjuntos” (FOUCAULT, 1999, p. 128-129).

Para o filósofo, essa nova modalidade de pensamento pode ser compreendida enquanto um biopoder, uma política orientada no sentido de controlar a vida dos súditos: “A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1999, p. 131).

O poder e o saber passam a atuar diretamente sobre os corpos e as vidas dos súditos, ingerindo-se naquilo que antes era essencialmente privado e individual, objetivando a gestão dessa existência:

Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder. Este não estará mais somente a voltas com sujeitos de direito sobre os quais seu último acesso é a morte, porém com seres vivos, e o império que poderá exercer sobre eles deverá situar-se no nível da própria vida; é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo (FOUCAULT, 1999, p. 133).

Assim, a vida se insere no Estado e o Estado se insere na vida. Se antes o político somente se importava com a morte, agora também lhe interessa vida: o quanto se vive, como se vive e porquê se vive.

O Estado biopolítico não é, essencialmente, um Estado assassino, mas antes um Estado que potencializa algumas vidas – porque lhe são importantes – em detrimento de outras, descartáveis. Como leciona Mbembe, “o biopoder parece trabalhar segregando as pessoas que devem morrer daqueles que devem viver” (2011, p. 21-22). Opera-se aí, então, uma divisão na própria humanidade, gerenciada pelo Estado: aqueles que devem e merecem viver e aqueles que cujas vidas, ao contrário, não importam.

E, nessa linha, é possível verificar que o pensamento arendtiano e o pensamento foucaultiano se entrelaçam. Muito embora inexista um diálogo direto entre os dois autores, ambos tratam, ainda que por óticas distintas, acerca do domínio do Estado sobre as vidas e a negação, por parte deste, de algumas dessas vidas.

De acordo com Agamben, a falha no pensamento arendtiano reside justamente na ausência de uma abordagem biopolítica (2011, p. 126). Para

o citado autor, o campo de concentração e o totalitarismo somente foram possíveis porque, antes disso, a vida nua se inseriu na política: “Somente porque em nosso tempo a política se tornou integralmente biopolítica, ela pôde constituir-se em uma proporção antes desconhecida como política totalitária” (AGAMBEN, 2011, p. 126).

Foi somente com o novo Estado biopolítico que o totalitarismo pôde surgir, afinal, este último pressupõe o domínio total sobre tudo, principalmente sobre as vidas – essência do pensamento biopolítico. O totalitarismo é um evento inédito na história porque o palco em que ele se apresenta também o é.

De acordo com o filósofo, a partir de determinado momento na história, todo evento político apresenta um caráter oculto, voltado às vidas dos indivíduos. Os direitos e liberdades duramente conquistados em face do Poder Soberano ao longo dos anos foram, em verdade, permitindo a inserção deste sobre as vidas privadas, apagando a fronteira que, desde a Grécia Antiga, diferenciava a vida pessoal (*zoé*) da vida política (*bíos*) (AGAMBEN, 2011, p. 127).

Sucedendo o Estado democrático, o totalitarismo se viu, desde o início, já capaz de inserir suas garras sobre as vidas privadas, mormente porque estas estavam dentro do seu alcance. Ao Estado totalitário cabia apenas “determinar qual a forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua” (AGAMBEN, 2011, p. 128).

Com essa confusão entre a vida e o Estado, este último acaba, agora, por encontrar seu fundamento nos primeiros, pois é o cidadão nacional – qualidade da qual goza a pessoa desde o seu nascimento – que constitui a nação e o Estado: “O princípio da natividade e o princípio da soberania, separados no antigo regime, unem-se agora irrevogavelmente no corpo do sujeito soberano para constituir o fundamento do novo Estado-nação” (AGAMBEN, 2011, p. 135).

Ocorre que o Estado biopolítico pode, como aconteceu no totalitarismo, ser levado ao seu extremo, tornando-se, então, uma outra coisa. O Estado biopolítico pode criar as chamadas “vidas sem valor”, não vidas, em que “a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa um homicídio” (AGAMBEN, 2011, p. 146).

Trata-se, pois, da vida nua, o ponto de ruptura em que “a vida cessa de ser politicamente relevante” (AGAMBEN, 2011, p. 146).

Mas se o Estado, em especial o totalitário, debruça-se e se insere em todas as vidas, todas estas são, potencialmente, não-vidas, bastando que o Poder Soberano assim decida. O Estado biopolítico pode expelir indivíduos do seu corpo, colocando-os em um lugar que é, ao mesmo tempo, aquém e além da ordem legal: Aquém do reconhecimento enquanto humanos e além de qualquer proteção. O Estado biopolítico se transforma, então, em um Estado tanatopolítico:

A vida indigna de ser vivida [...] é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a extrema metamorfose da vida matável e insacrificável do *homo sacer*, sobre a qual se baseia o poder soberano. [...] Mas, na perspectiva da biopolítica moderna, ela se coloca sobretudo na intersecção entre a decisão soberana sobre a vida matável e a tarefa assumida de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatopolítica (AGAMBEN, 2011, 148-149).

Se antes a vida era o fundamento da soberania do Estado moderno, agora ela era sujeito e objeto da soberania deste. “Soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal”, como leciona Agamben (2011, p. 149).

Os prisioneiros do campo de concentração são, como já vistos, despidos de todas as formas de existência: A jurídica, a moral e, por fim, a física (ARENDR, 2013, não paginado). Tornam-se vida nua: “[...] eles vinham a situar-se em uma zona-limite entre a vida e a morte, entre o interno e o externo, na qual não eram mais que vida nua” (AGAMBEN, 2011, p. 166).

Se, para Arendt, a condição humana reside, em especial, na espontaneidade (2014), o campo de concentração representa a condição inumana, posto que aqueles que lá estão já não mais vivem vidas, mas tão somente uma não-vida (2011, p. 173).

Nos campos se dava o domínio total, o “tudo é possível” arendtiano (ARENDR, 2013, não paginado), em que “os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica não faziam mais sentido” (AGAMBEN, 2011, p. 177).

Seus prisioneiros foram despidos de tudo que lhes conferia o estatuto de humano. Seus direitos e liberdades, sua própria existência – em si e para os outros –, tudo isso lhes foi retirado à força, tornando-se apenas vida nua (AGAMBEN, 2011, p. 178).

O genocídio no campo é, por óbvio, atroz. Entretanto, somente ocorreu porque antes disso foi possível a destituição da humanidade daqueles que, até então, eram vistos como humanos. Se antes possuíam direitos, deveres, liberdades, cidadania, com o campo eles passaram a ser apenas uma casca do que um dia foram. Apenas uma vida nua privada de qualquer status político ou legal.

E isso demonstra a falência dos direitos do homem então vigentes. Muito embora conquistados pelos indivíduos, esses direitos encontravam sua origem no Estado. Tanto é que aqueles que se encontravam fora dos limites do Poder Soberano, como os apátridas, viam-se carentes de qualquer proteção legal (ARENDR, 2013, não paginado).

Ora, se os direitos do homem encontravam seu fundamento no Estado, podia este, se assim desejar, retirá-los dos indivíduos. Por meio da tanatopolítica, esses direitos deixam de existir e aquele que antes gozava deles passa a habitar um lugar entre a vida e a morte, entre o legal e o ilegal. Habita um vácuo em que inexistem direitos ou proteções, tornando-se apenas um objeto sobre o qual o Poder Soberano exerce, como o próprio nome diz, seu poder de forma soberana, vez que não há nada ali que possa frear seus avanços.

Assim, o totalitarismo representa não apenas uma ruptura histórica e política, mas também uma ruptura no conceito de humanidade que, pela primeira vez, deparou-se com possibilidade de sua completa obliteração.

3 A RECONSTRUÇÃO: OS DIREITOS HUMANOS APÓS A RUPTURA

Muito embora ainda incipientes, já existia, ao menos em alguns países europeus, e para uma determinada classe de cidadãos, uma ferramenta jurídica que objetiva proteger o indivíduo dos avanços desmedidos do Estado. Eram uma forma primitiva do que hoje se conhece como “direitos humanos”. Esses direitos eram tidos como “inalienáveis, irredutíveis e ideduzíveis de outros direitos ou leis” (ARENDE, 2013, não paginado).

Muito embora construídos e pensados para ter seu fundamento na própria pessoa humana, era evidente que isso não passava de uma falácia. Seu fundamento era, em verdade, a nação: “Somente a soberania emancipada do povo parecia capaz de assegurá-los – a soberania do povo a que o indivíduo pertencia” (ARENDE, 2013, não paginado).

Os apátridas, por não pertencerem a Estado algum, não tinham acesso a esses direitos. Do mesmo modo, tampouco eram assegurados aos povos colonizados, vez que, dominados pelas colônias, não constituíam uma nação.

Como leciona Lafer: “A experiência histórica dos displaced people levou Hannah Arendt a concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado” (1997, p. 58).

O totalitarismo, como exposto, representou uma cisão na condição humana e no fluxo da própria história. Representou, pois, o triunfo absoluto do Estado sobre o homem, destituindo-lhe de sua própria humanidade (LAFER, 1988, p. 117-119).

E para que o Estado pudesse exercer seu domínio total sobre o homem, era necessário, para tanto, a destruição dos direitos do homem, o que efetivamente ocorreu. Os direitos à vida, à liberdade, à propriedade se tonaram apenas um enunciado desprovido de qualquer eficácia, um discurso incapaz de ultrapassar o plano das ideias.

A experiência totalitária comprovou, como visto, que a lógica sobre a qual os direitos humanos operavam estava fadada ao fracasso. Os direitos lá concebidos eram um produto da nação, do Estado, bastando que as pessoas fossem expelidas desse corpo para que perdessem, também, sua proteção jurídica.

Como leciona Arendt: “A própria expressão ‘direitos humanos’ tornou-se para todos os interessados – vítimas, opressores e espectadores – uma prova de idealismo fútil ou de tonta e leviana hipocrisia” (ARENDR, 2013, não paginado).

Assim, os direitos humanos, em tese inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis, bastando, para isso, que fosse o indivíduo tolhido da sua condição de cidadão. Retirava-se sua cidadania, então seus direitos e, por fim, sua própria humanidade (ARENDR, 2013, não paginado).

Mas uma vez superada a experiência totalitária – ainda que permaneçam alguns resquícios na sociedade moderna –, surgiu uma nova pergunta: O que devem ser os direitos humanos? Como reconstruir os muros que protegem a humanidade do seu fim?

Antes de tudo, necessário recordar que o totalitarismo destruiu a pedra sobre qual o edifício dos direitos humanos se fundamentava. Isso porque, como bem leciona Bobbio, aquele fundamento antigamente adotado – a natureza humana – se mostrou deveras frágil, incapaz de resistir aos arroubos do Estado (BOBBIO, 2004, p. 12). Assim, qual seria o fundamento sobre o qual tal proteção iria se erigir?

Para os essencialistas, o fundamento dos direitos humanos continua sendo aquele que foi obliterado pela experiência totalitária: a natureza humana. Os direitos humanos existem porque o humano existe, extraindo daí seu fundamento, sua força e seu objetivo. Por essa teoria, os direitos humanos não são um construído, mas um dado essencial e natural, independentemente de qualquer direito positivo (PAREKH, 2008, p. 122).

Muito embora comumente adotada por muitos teóricos, pode-se arguir que tal pensamento foi, de certa forma, refutado pela experiência totalitária. Afinal, os direitos humanos abandonaram as vítimas dos campos muito antes destas serem afastadas do conceito de humanidade. Em verdade, fez-se necessária a queda dos direitos para que viesse a destruição da humanidade.

Parekh, esmiuçando o pensamento arendtiano, entende que a filósofa alemã, não obstante não tenha tratado de maneira direta sobre o tema, fundamenta os direitos humanos na pluralidade humana e na capacidade ação:

O fundamento necessário para os direitos humanos é o mundo comum porque sem uma preocupação com ele, não podemos gerar o poder necessário para sustentar os direitos humanos

enquanto uma instituição humana. Por causa de centralidade da ação para os direitos humanos, o direito mais básico é o direito a pertencer a uma comunidade política. Essa pertença confere não apenas uma status, mas um lugar no mundo onde seu discurso e ações são significativos (PAREKH, 2008, p. 146).

Partilhando desse posicionamento, Lafer entende que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, “elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política” (1988, p. 150).

Bobbio, por outro lado, defende que a busca por um fundamento absoluto, irresistível e perene se mostra impossível. Isso porque os direitos humanos são essencialmente indefiníveis, historicamente variáveis, heterogêneos e, a depender do caso, contraditórios entre si, de modo que qualquer pretensão de os fundamentar em algo absoluto e imutável acabaria por causar a sua ruína (BOBBIO, 2004, p. 13-15).

Comparato, ao seu turno, critica o posicionamento do filósofo italiano e retorna à corrente essencialista. Para o autor, sendo o direito um construído – como defendia Arendt –, seu valor se origina naquele que o criou: “esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias” (COMPARATO, 1998, p. 11). Para o citado autor, “os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens [...] pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais” (COMPARATO, 1998, p. 29).

Mas seria a busca por um fundamento assim tão importante? Seria este o maior desafio dos direitos humanos?

Para Bobbio, em verdade, o fundamento não se mostra, de todo, relevante, mormente porque o problema dos direitos humanos nunca foi este, mas a sua exequibilidade.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis

— empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso — não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado (BOBBIO, 2004, p. 16).

Faz-se necessária, então, a busca pelos fundamentos possíveis, isto é, aqueles que se prestam, em determinado momento histórico, para fazer funcionar a máquina protetiva dos direitos humanos, qualquer que seja a sua origem.

Ora, se o indivíduo é reconhecido enquanto humano, mas a sua existência não é digna, pode-se dizer que seus direitos estão sendo respeitados? (OLIVEIRA, 2007, p. 363). Sejam eles decorrentes da essência humana ou das leis, os direitos humanos de nada valerão se sua realização não for possível. De nada importam as fundações se o muro não aguentar os avanços que vêm em sua direção.

Tem-se, então, que fundamento adotado importa menos do que a sua realização. Fossem eles fundados na própria pessoa humana ou, então, na lei, tal proteção não seria suficiente para resistir aos avanços do Estado totalitário. — seja porque ele destruiu a ideia de humanidade, seja porque consolidou o Estado de exceção enquanto regra, em que lei alguma importava.

Todavia, no entender de Bobbio, é dos escombros do totalitarismo e da Segunda Guerra Mundial que se inicia o processo de reconstrução dos direitos humanos.

Antes da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos estavam em uma armadilha. Se naturais, essenciais ao homem, não encontravam previsão legal, e dependiam unicamente do chamado direito natural de resistência; se positivados, limitavam-se a uma determinada área e uma determinada classe de indivíduos, e sua proteção residia em ações judiciais (BOBBIO, 2004, p. 19).

Isso, contudo, se alterou com a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948, por meio da qual os direitos humanos se tornaram, ao mesmo tempo, universais e positivos:

[...] universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em

outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. [...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. *A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.* (grifo nosso) (BOBBIO, 2004, p. 19).

A DUDH pode ser entendida, em verdade, como a consolidação de teorias sobre os direitos humanos que, até então, vinham se digladiando. Os direitos humanos possuem sua essência em um valor superior – a dignidade da pessoa humana –, mas somente encontra sua potência e concretude quando esse valor é positivado.

Como leciona Piovesan: “A declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (2006, p. 38).

E muito embora constitua um verdadeiro e importante marco para os direitos humanos, a DUDH não representa o fim dessa longa marcha, mas, antes, o começo de um processo de reconstrução daquilo que foi destruído e violado.

Isso porque os direitos humanos são – e precisam ser – mutáveis, consubstanciando-se, então, enquanto “direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 2004, p. 20). São, como leciona Lafer, um produto “dos fatos históricos que tornaram politicamente viável e intelectualmente razoável a powerful eloquence que anima a tutela dos direitos humanos” (1988, p. 124-125).

E sendo um produto do fato histórico – ou, então, tomando forma em resposta ao fato histórico –, os direitos humanos como conhecemos hoje não possuem um fundamento absoluto, e tampouco podem ser definidos ou elencados em um rol taxativo. Os direitos humanos são aqueles que, dadas as condições, mostram-se essenciais à defesa do indivíduo contra os arroubos do Poder.

Mas muito embora não possuam um fundamento absoluto, tampouco uma definição absoluta, os direitos humanos são, em maior ou menor escala, origem de dois direitos diversos: a liberdade e a igualdade.

A liberdade porque é através desta que o indivíduo encontra o fundamento para limitar as ingerências do Estado, bem como para participar, direta ou indiretamente, na atividade conjunta de construção dos seus direitos: “A concepção de liberdade enquanto direito entende o homem como

indivíduo que vive sobre as formas de um Estado, porém, participa livremente nas decisões que de alguma forma lhe atinge em sua vida social” (TREVISOL, 2014, p. 734).

Do mesmo modo, o direito à igualdade também apresenta sobrelevada importância porque é por meio deste que se assegura que os direitos humanos são destinados a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, tal como assegurado na própria DUDH. Para que se tenha acesso a esses direitos, basta que seja uma pessoa humana, condição esta, agora, irrevogável – ao menos em tese (TREVISOL, 2014, p. 735-736).

Assim, o pós-guerra trouxe, consigo, a reconstrução, a reinvenção, dos direitos humanos cuja falência havia sido decretada pelo Estado totalitário. Não obstante carentes de um fundamento absoluto, bem como de uma definição precisa, os direitos humanos são de importância única.

Em um mundo cada vez desigual, e com novas ameaças surgindo a cada dia, sua exequibilidade continua em risco. Entretanto, com a sua reinvenção, tornam-se uma ferramenta que é, ao menos, possível, como a história demonstra em diversos casos. O Poder continua avançando sobre a raça humana, mas esta, armada desses direitos, consegue proteger a sua condição essencial do domínio total.

CONCLUSÃO

O advento do totalitarismo, em especial daquele existente na Alemanha Nazista, representa, sem dúvidas, a maior ameaça já enfrentada pela humanidade como um todo. Afinal, diferentemente dos demais sistemas políticos até então existentes – inclusive os autoritários –, o totalitarismo objetivava a obliteração da própria humanidade.

Por buscar o domínio total – sobre o homem, sobre o Estado, sobre o mundo –, o totalitarismo se apresenta enquanto uma onda destrutiva, varrendo tudo que está em seu caminho, pois qualquer estrutura que permaneça em pé irá configurar uma ameaça ao seu projeto de dominação.

O Estado totalitário destrói a realidade social, atomizando as relações havidas no bojo da sociedade. Destrói o Estado, porque, muito embora se utilize dele, faz-se necessária a construção de um novo modelo de Poder. E, por fim, destrói o humano, pois a espontaneidade – a possibilidade de criar, de se relacionar, de ser plural, de existir – é o oposto do domínio total.

E foi por isso que o Estado totalitário procedeu à criação de uma classe de pessoas que, excluídas de seus lares, da política, da sociedade e da legalidade, não mais gozavam de qualquer elemento que os colocasse na categoria de humanos. Esses indivíduos, não mais pessoas, foram colocadas,

portanto, em um limbo, onde não tinham proteção e não importavam para qualquer um.

Os governos totalitários assumem características biopolíticas e transformam a “vida” em “vida nua”, isto é, uma vida que não passa, em verdade, de uma sobrevivida. A vida nua não é reconhecida enquanto humana, não passando de uma coisa desprovida de *status* jurídico ou espontaneidade.

Levada ao seu extremo, tal filosofia resultou nos campos de concentração, instrumentos utilizados para o fim de exterminar a humanidade, e não apenas fisicamente – por meio de câmaras de gás, fuzilamentos, fome, afogamentos e outras formas hediondas. Era no campo de concentração que se tornava plenamente possível a obliteração da condição humana, o extermínio da espontaneidade. Lá, muito embora ainda vivo, o indivíduo era tolhido de todas as esferas da sua existência – moral, jurídica e física – e passava a viver às margens daquilo que um dia pertenceu.

Assim, se o totalitarismo trouxe consigo uma ruptura histórica, pois se configura enquanto fenômeno inédito, também trouxe a ruptura da própria humanidade, que se viu diante de um Poder cuja única vontade era a obliteração das sociedades e da própria raça humana.

Os Direitos do Homem, existentes em uns poucos Estados e destinados a uma quantidade ainda menor de indivíduos, mostraram-se insuficientes para resistir ao avanço totalitário, que expôs a sua fragilidade e inconsistência. Mas, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e uma vez revelados os horrores dos infernais campos de concentração, tornou-se juridicamente, politicamente e moralmente imperioso o surgimento de um novo regime global de proteção aos direitos humanos, regime este que perdura e progride até hoje.

Assim, a humanidade, organizada politicamente, foi capaz de converter o valor ético da dignidade humana, superior a qualquer ordem legal, em uma norma positivada, dando-lhe o corpo e a instrumentalidade necessária para que pudessem se proteger dos arroubos sempre existentes do Poder Estatal.

É, assim, dos escombros do totalitarismo, que surge a DUDH, instrumento internacional que representa a pedra fundamental de um processo sempre constante, e ainda vigente, de reconstrução e consolidação dos direitos humanos.

Entretanto, permanece – e talvez para sempre permanecerá – o desafio de assegurar a efetividade desses direitos. Torná-los mais do que um ideal desejável, mas uma realidade experienciável em que todos e todas possam, enfim, gozar dessa ideia suprema: humanidade.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFG, 2011.
- AGUIAR, Odílio Alves. **A recepção biopolítica da obra de Hannah Arendt**. CONJECTURA: filosofia e educação, v. 17, n. 1, 2012. p. 139-158.
- AGUIAR, Odílio Alves. **A tipificação do totalitarismo segundo Hannah Arendt**. *Dois pontos*, v. 5, n. 2, 2008. p. 73-88.
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier Editora, 2004.
- CASTANHEIRA, Nuno Pereira. Hannah Arendt, Estado-Nação e Imperialismo: Prolegómeno a uma Crítica Arendtiana dos Direitos do Homem. *Actas Das Jornadas de Jovens Investigadores de Filosofia*, 2010. p. 281-293.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, 1998. p. 52-74.
- FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade do saber**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. *Estudos avançados*, v. 11, n. 30, 1997. p. 55-65.
- MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011.
- NASCIMENTO, Abimael F. Totalitarismo como violência em Hannah Arendt. **Revista Contemplação**, n. 15, 2017. p. 1-18.
- OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. NORBERTO BOBBIO: teoria política e direitos humanos. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 19, n. 25, 2007. p. 361-372.
- PAREKH, Serena. **Hannah Arendt and the challenge of modernity: a phenomenology of human rights**. Routledge, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, n. 69, 2006. p. 36-43.
- SILVA, Vitor Emanuel Dias da. **O totalitarismo em Hannah Arendt**. Mestrado em Direito. Universidade do Porto, 2010.
- TREVISOL, Marcio Giusti. A questão dos direitos humanos; reconstrução teórica a partir do primado dos direitos sobre os deveres em Bobbio. **Unoesc International Legal Seminar**. 2014. p. 725-738.
- VICENTE, José João Neves Barbosa. A singularidade do totalitarismo em Hannah Arendt. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 11, n. 122, 2011. p. 53-59.
- VIEIRA, Júlia Lemos. A dissolução do estado e seus elementos totalitaristas na perspectiva de Hannah Arendt. **Revista Poiesis**, v. 14, n. 1, 2017. p. 73-94.

VISITAS MONITORADAS REALIZADAS POR PSICÓLOGOS EM UM FÓRUM DE FAMÍLIA

Anita Castro Menezes Xavier¹, Maiana Jugend Zugman²,
Sidney Kiyoshi Shine³

RESUMO

As visitas monitoradas (VM) são determinadas judicialmente quando, após a ruptura conjugal, o convívio entre os filhos e os não guardiões está interrompido. Visando à garantia do direito à convivência familiar e à proteção integral de crianças e adolescentes, as VM, no presente contexto de pesquisa, acontecem nas dependências do Fórum, mediante o acompanhamento de psicólogos. Devido à escassez de literatura brasileira, este estudo buscou descrever e analisar as determinações judiciais remetidas para VM no Fórum de Família de uma capital brasileira, bem como conhecer o perfil das famílias atendidas. Foram compilados dados de 100 casos atendidos em um ano, incluindo características sociodemográficas das famílias, além de motivo, frequência e duração que constavam nos despachos judiciais. A partir das informações levantadas e da literatura especializada, refletiu-se sobre a adequação e a efetividade do procedimento de VM, visando a contribuir para a qualificação desta prática profissional, compreendendo suas indicações e limites.

Palavras-chave: visita monitorada; ruptura conjugal; regulamentação de convívio; psicologia jurídica; varas de família.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata das famílias que recorrem ao Poder Judiciário para fazer valer o direito de visitas entre pais e filhos, após a ruptura conjugal.

¹ Mestre em Psicologia do Desenvolvimento pela UFRGS, especialista em psicologia clínica pelo CEFI/POA. Psicóloga jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná desde 2010. Curitiba, Paraná, Brasil, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5890299920322013> Orcid: 0000-0002-0253-1329 E-mail: anitacmxavier@hotmail.com

² Mestre em Ciências pela USP. Psicóloga Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná desde 2011. Curitiba, Paraná, Brasil, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6542695633223242> Orcid: 0000-0003-1211-2707 E-mail: maianaj@hotmail.com

³ Pós-doutor em Psicologia pela USP. Ex-psicólogo judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo. Perito Psicólogo ad hoc em casos de Vara de Família e Sucessões. Professor do Sapiens Instituto de Psicologia. Londrina, Paraná. São Paulo, São Paulo, Brasil São Paulo. SP. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1609861835974094> ORCID: 0000-0002-4899-3094 E-mail: sidneyshine1@gmail.com

Segundo Bruno (2003), as visitas podem ocorrer de forma livre, isto é, quando os pais conseguem organizar rotinas de contato entre o genitor que não possui a guarda e os filhos. Nas ocasiões em que a visitação livre é dificultada, regulamenta-se um esquema predefinido de visitas, segundo o qual o tempo das crianças e dos adolescentes é dividido entre os genitores.

Já em situações nas quais o litígio conjugal impossibilita um regime livre ou predefinido de visitas, podem ser determinadas judicialmente visitas monitoradas (VM). Nesse sentido, o presente estudo pretende descrever e analisar as determinações judiciais remetidas para atendimento na modalidade de VM no Fórum de Família de uma capital brasileira, bem como conhecer o perfil das famílias atendidas nesta modalidade. Pretende-se, desta forma, preencher uma lacuna na literatura especializada, trazendo dados a respeito da população atendida e suas características.

No Fórum retratado neste trabalho, o acompanhamento de VM é realizado exclusivamente por psicólogos do Juízo, mediante determinação judicial. Neste contexto, os visitantes não são apenas os genitores, mas também avós e/ou outros familiares das crianças e adolescentes envolvidos na questão legal.

Os encontros acontecem no espaço físico do Fórum, em salas especialmente destinadas à interação familiar. São locais providos de brinquedos, jogos e materiais lúdicos diversos, que visam a facilitar a aproximação entre os participantes.

O monitoramento das visitas por psicólogos tem como objetivos a *avaliação* e a *intervenção psicológicas* na relação interpessoal que se estabelece entre os visitantes (adultos) e visitados (crianças e adolescentes), variando o foco conforme as especificidades de cada caso (XAVIER; ZUGMAN, 2019). Várias estratégias técnicas podem ser utilizadas, como a *orientação* do adulto (visitante) quanto à maneira de se aproximar das crianças e dos adolescentes com os quais se encontrará (visitados), *indicação* de atividades apropriadas à faixa etária, entre outros.

Acerca do visitado, o psicólogo pode *facilitar a aproximação* oferecendo um ambiente estruturado, seguro e receptivo. Especificamente quanto à relação que se estabelece, muitas são as dificuldades encontradas, para as quais o profissional é chamado a intervir: *dirimindo dúvidas, estimulando a expressão de sentimentos, favorecendo a aproximação afetiva, estabelecendo regras e limites*, bem como *mediando conflitos*. Por esse motivo, justifica-se a presença do profissional de Psicologia durante todo o período de visitação.

No contexto analisado, os magistrados determinam VM quando compreendem que o visitante pode oferecer riscos ao visitado em função de (a) transtornos mentais e comportamentais não estabilizados, (b) suspeita ou

(c) confirmação de violência física, sexual ou psicológica. Também, quando (d) há grande lapso temporal sem contato ou (e) em situações em que a criança e/ou o adolescente se recusa a encontrar o visitante, o que levanta a suspeita de alienação parental⁴. O procedimento de VM pode contribuir para o processo judicial oferecendo elementos sobre a *qualidade da interação* e a (in) *existência de vínculo de afeto* entre pais e filhos, *identificação das habilidades* dos genitores e *reações* dos visitados. Também, nos casos em que há negativa para o convívio, trazendo indícios sobre as *motivações da recusa* ao contato.

Apesar de a modalidade de VM estar presente nos tribunais de família, pouco se trata, na literatura psicológica brasileira, acerca deste procedimento. Amendola (2009) aponta que esta atuação necessita de maiores estudos, a fim de subsidiar o profissional de Psicologia no exercício de tal prática. Zugman (2019) demonstra que as VM já são uma prática consolidada ao redor do mundo, mas que o uso do termo “visita monitorada” muda conforme o local, assim como o entendimento a respeito desta atuação.

Assim, o presente trabalho pretende conhecer as determinações judiciais remetidas para visita monitorada e os atendimentos psicológicos dela decorrentes, visando a qualificar esta prática profissional.

1 MÉTODO

Trata-se de um estudo documental e transversal acerca dos atendimentos efetuados na modalidade de VM, no período de maio de 2013 a maio de 2014, no Fórum de Família aqui retratado.

No setor de Psicologia deste Fórum, todos os casos acompanhados são registrados pelos profissionais em *fichas de atendimento*, as quais são mantidas em arquivo, após a conclusão do trabalho. Mediante autorização formal da Instituição, tais documentos foram disponibilizados para subsidiar o presente estudo.

Do universo de 171 encaminhamentos judiciais para VM no período selecionado para a pesquisa, foram analisadas *100 fichas de atendimento*, tendo a amostra sido composta pelo critério de conveniência.

Para a realização desta pesquisa, foi elaborada uma planilha para registrar os dados apreendidos das fichas de atendimento. Desta forma, o estudo não recorreu aos fatos e fenômenos da realidade empírica (OLIVEIRA, 2007), sendo as fichas de atendimento os únicos documentos utilizados como objeto de investigação.

⁴ Partindo-se da compreensão de KELLY, Joan B.; JOHNSTON, Janet R. The Alienated Child: A reformulation of parental alienation syndrome. **Family Court Review**, 39,3, 249-266, 2001.

A planilha contemplava as seguintes informações:

- a) quem era a(o) guardiã/ão das crianças e/ou adolescentes envolvidos;
- b) grau de parentesco entre visitante e visitado;
- c) grau de escolaridade e idade do visitante;
- d) idade e gênero das crianças e/ou adolescentes;
- e) motivo do pedido judicial;
- f) tempo sem convívio até o início das VM;
- g) frequência e duração do acompanhamento determinado pelo (a) magistrado (a);
- h) se foram realizadas entrevistas psicológicas antes do agendamento da primeira VM;
- i) tempo de espera decorrido desde o despacho até o primeiro procedimento junto aos familiares;
- j) se a família já havia participado de VM em momento anterior;
- k) número de VM agendadas e realizadas;
- l) evolução da interação entre visitante e visitado;
- m) se existiam visitas externas concomitantes às VM;
- n) encaminhamentos efetuados pela equipe após a finalização das VM;
- o) se o profissional responsável identificou a presença de alienação parental e/ou risco à criança e/ou adolescente;
- p) se o profissional avaliou que o visitante tinha habilidades para lidar com o visitado.

Verificou-se que, dos 100 casos computados, 85 tinham um único visitado, enquanto 12 possuíam dois visitados e três possuíam três visitados. No que se refere aos visitantes, em apenas três casos havia mais de um. Assim sendo, as análises foram realizadas considerando um único visitante para cada caso, o qual foi escolhido de forma aleatória, conforme o preenchimento da ficha de atendimento acessada.

Esclarece-se que as fichas continham informações não preenchidas, ou não compreensíveis, de forma que foram computados apenas os dados disponíveis. Por este motivo, o número de sujeitos variou em cada item analisado.

Posteriormente ao preenchimento da referida planilha, procedeu-se à análise estatística descritiva por meio do programa R.2.14 e *Statgraphics Centurion*⁵.

2 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em relação ao guardião dos filhos (N=99), a genitora apareceu em 68,69% das famílias, ao passo que o genitor obtinha a guarda em 18,18% das

⁵ Os autores agradecem a colaboração do colega João Cardoso Neto, estatístico do Tribunal de Justiça do Paraná, pelas análises e orientações na área de estatística.

situações. Os avós maternos e paternos somaram um total de 9,09% e demais familiares, 3,03% dos casos. A modalidade de guarda compartilhada⁶ apareceu em apenas 1,01% dos casos.

Sendo majoritariamente a genitora a guardiã dos visitados, o genitor apareceu como o principal visitante, totalizando 69,70% dos casos analisados (N=99). As genitoras foram configuradas como visitantes em 23,23% das situações, enquanto os avós paternos somaram 5,05% e os maternos, 2,02% daqueles que vão ao Fórum visitar crianças e/ou adolescentes sob o monitoramento de psicólogas.

Estes dados apontam que, apesar das recentes mudanças nas configurações familiares e fomento à participação paterna na rotina dos filhos, as mães seguem como as principais cuidadoras. Por outro lado, pode indicar que, quando as mães são as guardiãs, elas colocam mais dificuldades para a visita do genitor não guardião. Estes dados corroboram com a literatura nacional (LEITE, 2015) e internacional (RÉGNIER-LOILIER, 2013; BOISSON; WISNIA-WEILL, 2012) que aponta que, após a separação conjugal, os filhos majoritariamente continuam residindo com as mães, enquanto os pais precisarão buscar o direito de visita. No presente estudo, observou-se que o mesmo padrão se repete na distribuição dos avós, tendo prevalecido o número de avós paternos como visitantes.

Quanto à idade do visitante, o maior percentual foi observado naqueles que possuíam entre 30 e 39 anos de idade (37,18%), seguido por 40 a 49 anos (29,49%), 20 a 29 anos (19,23%) e 50 a 59 anos (10,26%). As idades dos visitantes variaram de 20 a 72 anos e a média foi contabilizada em 38,56 anos de idade (N=78; DP=10,88).

A escolaridade do visitante mostrou-se, em 39,02% dos casos, de ensino superior completo, seguido de 26,83% de ensino superior incompleto. Os visitantes com ensino médio incompleto ou completo somaram 24,39%, ao passo que ensino fundamental completo ou incompleto totalizou 9,76% (N=41).

De acordo com Zugman (2019), as visitas monitoradas são compreendidas, em diversas partes do mundo, como um último recurso, depois que outros formatos de visita falharam. Depreende-se, assim, que os familiares que chegam a esta modalidade de convívio estão envolvidos em um alto grau de litígio. Considerando a amostra analisada no presente estudo, segundo a qual estas pessoas possuem, em sua maioria, ensino superior completo, levanta-se o seguinte questionamento: elas chegam

⁶ Conforme a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a modalidade de guarda compartilhada prevê que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

até a modalidade de VM por serem melhor assistidas juridicamente do que aquelas que não dispõem de tal condição? Ou, ainda: o alto grau de instrução leva ao maior investimento (emocional e financeiro) no litígio, dificultando que outras medidas, menos restritivas e possivelmente mais efetivas, pudessem ser implementadas?

Conforme Régnier-Loilier (2013), em pesquisa realizada na França, quanto maior o grau de escolaridade ou a posição profissional do pai, menor é a proporção de filhos que nunca os veem. Ou seja, uma renda elevada permite que o pai arque com as taxas de transporte necessárias às visitas e disponha de uma moradia suficientemente grande para acolher os filhos. Esta realidade, no entanto, condiz com formatos livres ou pré-definidos de visitação. Quando estes regimes falham, poder-se-ia considerar que o investimento que se faria no convívio com os filhos passa a ser transferido à Justiça, chegando-se, portanto, ao recurso de visitas monitoradas?

Considerando-se que, em 15 famílias, havia mais de um visitado por atendimento, o total de crianças e adolescentes acompanhados em VM foi de 117. Destes, 36,75% tinham entre 5 e 9 anos de idade, seguido por 10 a 14 anos (31,62%), 0 a 4 anos (29,05%) e 15 a 17 anos (3,03%). A média de idade ficou em 7,69; (DP=4,06). O gênero mostrou-se bem dividido, sendo 50,42% de meninas e 49,57% de meninos.

O principal motivo pelo qual o magistrado solicita a realização de visitas monitoradas é o tempo de afastamento entre visitante e visitado, sendo que esta razão compôs 39,13% da amostra (N=92). Questionam-se, aqui, os motivos que levam a esse tempo de afastamento: seria por dificuldades encontradas pelo genitor não guardião em visitar os filhos em formatos mais livres? Ou por empecilhos criados pelo genitor que detém a guarda?

No mesmo estudo citado anteriormente (RÉGNIER-LOILIER, 2013), o autor aponta uma série de aspectos que contribuem para o afastamento entre pais e filhos após a separação conjugal, tais como: quando o pedido de divórcio não foi consensual, mas solicitado por um dos dois cônjuges; o tempo de separação, isto é, quanto maior o tempo de separação, menor a probabilidade de pais e filhos seguirem convivendo; a situação conjugal do pai após a ruptura, havendo um enfraquecimento do vínculo quando o genitor se envolve em um novo relacionamento afetivo, agravando-se, ainda, se há outro filho proveniente desta união; a distância entre domicílios; a relação do pai com o seu próprio pai e sua história familiar passada; e a idade do filho no momento da separação. Acerca do último aspecto, Régnier-Loilier (2013) aponta que, na França, quanto mais novo é o filho, menos ele vê seu pai, posteriormente à separação. Esta informação corrobora com o dado obtido no presente estudo, de que a maioria das crianças atendidas na modalidade

de VM tinha entre 05 e 09 anos, indicando, portanto, que outras formas de convívio não estavam acontecendo anteriormente.

A pesquisa de Wallerstein & Kelly (1998) apontou que a maior dificuldade nas visitas pós-separação são os muitos dilemas psicológicos do pai.

“As visitas frequentes e as infrequentes imediatamente posteriores à separação foram muito afetadas pelas emoções centrais do pai após o divórcio, e essas emoções necessariamente não estavam relacionadas aos filhos” (WALLERSTEIN; KELLY, 1998, p. 147).

Neste sentido, do ponto de vista psicológico, dar mais atenção às dificuldades do visitante do sexo masculino seria uma forma de assistir indiretamente as crianças e os adolescentes, filhos do divórcio. Quanto ao tempo de espera para atendimento inicial das famílias encaminhadas (N=93), verificou-se que foi de menos de 30 dias em 27,96% dos casos, mais de 30 dias em 30,11%, mais de 60 dias em 16,13% e mais de 90 dias em 10,75%. Apenas 15,05% dos casos foram atendidos em período superior a quatro meses. Ressalta-se que a maioria (70,41%; N=98) das famílias estava se submetendo a esta modalidade de convívio pela primeira vez.

Das 117 crianças e adolescentes que compunham a amostra, encontrou-se a informação do tempo sem convívio com o visitante de 89 delas, sendo que, em 47,19% das situações analisadas, o tempo de afastamento era de até 06 meses, enquanto que, em 13,48% este tempo era de sete a doze meses. 19,10% das crianças e adolescentes não encontravam o visitante entre um a dois anos; 15,73% entre dois a cinco anos e, por fim, 4,49% estava há mais de cinco anos sem contato.

O segundo motivo mais frequente para a determinação de visitas monitoradas foi o vínculo frágil entre visitante e visitado (18,48%). A fragilidade do vínculo afetivo, nestes casos, era apontada pelo próprio juízo, no despacho judicial anexado às fichas de atendimento consultadas. A suspeita ou confirmação de alienação parental, que igualmente constava no despacho judicial, compôs 8,70% do motivo de pedido de VM. Mesma porcentagem (8,70%) se referia à suspeita ou confirmação de transtornos mentais não estabilizados e uso de substâncias. Na sequência, verificou-se suspeita ou confirmação de abuso sexual (7,61%) e suspeita ou confirmação de abuso físico e/ou psicológico (4,35%).

Os motivos encontrados nesta pesquisa são igualmente apontados em pesquisas internacionais, as quais apresentam, ainda, as seguintes razões para o encaminhamento de famílias à VM: histórico de violência doméstica; conflitos

parentais, sobretudo nos momentos de entrega e devolução dos filhos; falta de habilidades parentais do genitor que não detém a guarda; ameaça e/ou risco de rapto da criança; medo ou recusa da criança para visitar o genitor com quem não reside; negligência; entre outros (ZUGMAN, 2019).

Na maioria dos casos analisados (52,69%; N=93), o magistrado determinava que as VM fossem semanais, em 13,98%, quinzenais e, em apenas 2,15%, mensais. Ressalta-se que, em 24,73% dos pedidos judiciais, a frequência não constava no despacho.

Assim como em relação à frequência dos encontros, na maioria dos casos analisados em nossa pesquisa (57%; N=89), o magistrado não estipulava nos autos a duração da VM. Em 24% das situações, a duração determinada judicialmente era de uma hora, enquanto que, em 17%, era de duas horas.

Quanto ao número de VM a serem realizadas, em 32,98% (N=94) dos casos não havia determinação expressa pelo Juízo. Em 27,66% dos despachos, determinavam-se cinco a oito encontros, ao passo que, em 23,40%, nove visitas ou mais. Em 15,96% das situações, eram solicitadas até quatro visitas.

Em relação ao formato das VM, no contexto do Fórum retratado, historicamente, ocorrem na frequência de uma vez por semana, pelo período de uma hora. Esta configuração foi sendo consolidada pelas determinações judiciais e pela própria equipe de psicólogos ao longo dos anos. Avalia-se que tal formato decorra da grande demanda de casos encaminhados e das dificuldades concretas dos familiares para conciliar horário de trabalho, distância física e condições financeiras para custeio dos deslocamentos. Ademais, a artificialidade da situação e a limitação do espaço físico fazem com que períodos mais longos tornem-se cansativos e pouco produtivos (XAVIER; ZUGMAN, 2019).

É interessante notar como uma grande parcela das determinações judiciais não especifica a duração e frequência dos encontros, podendo indicar, em certa medida, que os magistrados deixam a critério da equipe de psicólogos a definição de tais circunstâncias, o que favorece a autonomia técnica.

No antigo Plantão da Sala de Visitas, atualmente denominado Centro de Visitas Assistidas de São Paulo – CEVAT, as decisões judiciais estabeleciam quem seriam os familiares atendidos, em qual dia da semana e com qual frequência (SHINE; CASTRO, 1997). A despeito dos documentos criados posteriormente e que regulamentam a prática do CEVAT até a atualidade⁷, a equipe técnica ainda encontra dificuldades para acessar informações pertinentes aos processos judiciais e programar a sua prática adequadamente (DE PAULA; MONTEIRO; LORENZI; VALLIM; GONÇALVES, 2018).

⁷ Provimento n. 1107 de 2006 e Provimento n. 2.403 de 2017.

Nos centros de visitação monitorada espalhados pelo mundo – os quais não fazem parte do Poder Judiciário, mas recebem suas demandas da Justiça – há muitas queixas por parte dos profissionais quando os encaminhamentos para VM vêm pouco detalhados com relação ao tipo do monitoramento (com maior ou menor rigor), à frequência e à duração da medida. Em Ontário, no Canadá, por exemplo, Saini, Newman e Christensen (2017) concluíram que ordens judiciais claras, detalhadas e progressivas – isto é, com previsão de progressão entre regimes de monitoramento mais restritos para formatos mais flexíveis – resultavam em famílias evoluindo mais rapidamente.

Já outra pesquisa, igualmente realizada no Canadá por Tutty, Barry, Weaver-Dunlop, Barlow e Roy (2006), revelou a frustração dos profissionais com relação a ordens judiciais consideradas inapropriadas, pelo fato de alguns juízes não compreenderem o formato de VM melhor indicado para cada caso. Pode-se refletir, a partir disso, se a competência para o detalhamento das VM é, de fato, dos magistrados ou da equipe de psicólogos. Em nosso entendimento, estes são os profissionais capacitados para executar a determinação judicial de VM nos moldes que considerarem os mais adequados às partes e, principalmente, às crianças e adolescentes envolvidos.

Destaca-se que, na maior parte das situações (68,09%; N=94), o estudo psicológico foi realizado por meio de entrevistas psicológicas prévias ao início das VM, a fim de conhecer o contexto da família a ser acompanhada.

No CEVAT, a decisão judicial que determina VM geralmente segue a indicação das perícias social e psicológica realizadas nas Varas de origem, recomendando tal serviço. Ou seja, ao iniciarem os atendimentos no Centro, os familiares já passaram por avaliação psicológica e/ou social (DE PAULA; MONTEIRO; LORENZI; VALLIM; GONÇALVES, 2018). Ademais, a implementação de entrevistas anteriores ao início das visitas, a partir do provimento atual, possibilitou, segundo as autoras, o acolhimento das partes envolvidas, o levantamento de informações relevantes, que não constavam no processo, e o esclarecimento de dúvidas. As autoras complementam que este acolhimento inicial permitiu que os usuários visitem o estabelecimento previamente ao início dos encontros, conheçam os profissionais que os acompanharão e recebam informações, esclarecendo dúvidas acerca do serviço a ser prestado.

No exterior, os centros de visitação monitorada igualmente fazem abordagens iniciais com os familiares, previamente ao início dos encontros. Embora não se caracterizem como estudos psicológicos endereçados à Justiça, tais entrevistas e demais procedimentos (como visitas aos espaços destinados às visitas, apresentação de vídeos educativos, atividades destinadas à ambientação das crianças e/ou adolescentes, entre outros) possibilitam

à equipe conhecer o histórico e as necessidades das famílias atendidas, bem como definir as regras que deverão ser cumpridas ao longo dos atendimentos (ZUGMAN, 2019).

Nesta pesquisa, a quantidade de VM agendadas variou de zero (nos casos nos quais não se obteve sucesso em agendar qualquer visita) a 31 no período de 12 meses. Verificou-se que, em 58,16% dos casos (N=98), agendaram-se até quatro visitas, em 22,45%, de cinco a nove encontros e, em 12, 24%, de 10 a 14 atendimentos.

Uma vez que nem todos os procedimentos agendados de fato aconteceram – por ausências justificadas ou injustificadas de algum dos envolvidos ou ambos –, quantificou-se, também, o número de visitas efetivamente realizado. Obteve-se que, em 66,33% dos casos (N=98), efetuaram-se até quatro visitas, em 18,37%, de cinco a nove e, em 9,18%, de 10 a 14 encontros.

Do total de casos analisados, mais de 15 VM foram agendadas e realizadas em poucas situações (7,14% e 6,12%, respectivamente). Observou-se uma média de 4,7 VM realizadas (N=98; DP=6,08), o que pode sugerir que este seja um número suficiente para que o profissional tenha um conhecimento inicial da dinâmica familiar. Pode-se inferir, também, que a partir desta quantidade de encontros o psicólogo tem condições de recomendar a interrupção ou a continuidade dos encontros, na modalidade monitorada ou em outros formatos ou, ainda, intervenções adicionais que se adequem às necessidades dos envolvidos.

Considerando-se os casos encaminhados judicialmente para atendimento em VM (N=98), em 17,35% não foi possível efetivar o agendamento do procedimento e, em 11,22%, a interação, embora agendada, não ocorreu pela ausência do visitante ou do visitado ou, ainda, por recusa do visitado em ir ao encontro do visitante.

No que se refere à *qualidade da interação* estabelecida entre as crianças e adolescentes e os visitantes, o psicólogo responsável analisava a evolução do contato no decorrer do acompanhamento.

Em 20,24% dos casos, observou-se melhora na qualidade da relação estabelecida entre a dupla, ao passo que, em 11,90%, ocorreu o inverso. Já em 30,95% das situações, o profissional responsável classificou que não houve alteração do padrão de interação, que fluiu de forma positiva desde o primeiro encontro. Importante pontuar que a interação positiva entre o visitante e o visitado não indica necessariamente a ausência de risco no convívio em ambientes externos, como é o caso de crianças abusadas sexualmente que mantém vínculo de afeto e interação positiva com o abusador, ou de genitores que estão em tratamento decorrente do uso de substâncias psicoativas.

Do total de díades efetivamente observadas (N=84), não se percebeu modificação na qualidade da interação em 36,90% dos casos - esta parcela apresentou dificuldades desde o início até o final dos encontros. Ou seja, para um terço dos casos, a utilização da VM somente comprovou a dificuldade da interação entre o visitante e o visitado. Se por um lado, isto corrobora a alegação do genitor guardião quanto à dificuldade do relacionamento do outro genitor com o filho em comum, por outro, levanta o questionamento sobre qual seria uma intervenção técnica a modificar tal estado de coisas. Este ponto remete ao duplo caráter do objetivo técnico atribuído às VM: *diagnosticar* e *intervir*. Para os fins do processo judicial, o diagnóstico da dificuldade da interação da díade visitante-visitado não termina o conflito entre o visitante e o genitor guardião. É exatamente tal conflito que mantém o processo judicial.

Em relação aos indícios do fenômeno da alienação parental (N=79), o profissional responsável considerou a presença de sinais claros em nove situações (11,39%). Em 30 casos, o psicólogo relatou que claramente não havia indícios desta prática. Nos demais (40 casos -50,63%), havia um espectro intermediário entre a apresentação de alguns sinais, mas não a configuração clara do fenômeno.

Nas fichas de atendimento analisadas, o profissional indicava se o visitante oferecia risco ao visitado, conforme sua avaliação clínica do comportamento observado ao longo das VM e a partir de histórico narrado nos autos. Na maioria das fichas em que havia tal informação (82,05%; N=78), o psicólogo considerou que a convivência da díade não oferecia risco ao visitado.

Ainda, em 49,33% das situações (N=75), os visitantes mostraram-se muito habilidosos na interação com o visitado, a partir da percepção dos profissionais, e, em 26,67%, demonstraram habilidades satisfatórias, conforme os dados disponíveis no material acessado.

Apesar de terem sido encontrados sinais de alienação parental em 50,63% dos casos analisados, em 82,05% deles não foi verificada a presença de risco para a criança e/ou o adolescente. Ainda, em 49,33% das situações, os visitantes mostraram-se muito habilidosos. Nesse sentido, tal constatação sugere alegações que podem ser intencionalmente falsas ou más interpretações por parte dos guardiões. Isolar e identificar do quê se trata em cada caso aumentaria a eficácia no planejamento das intervenções e encaminhamentos após o período de VM.

As VM eram a única forma de convívio entre os visitantes e visitados, na maioria dos casos estudados (80,70%, N=114). Como mencionado anteriormente, a VM é o último recurso para promover o contato entre os familiares quando as modalidades menos controladas não deram resultado ou eliciavam riscos às crianças e adolescentes. A questão é o que fazer para

retirar a família desta modalidade de intervenção. Ferrari (2015) frisa a importância de uma “experiência compartilhada entre o Poder Judiciário e os serviços do Poder Executivo” (p. 67), que busque abarcar as demandas dos complexos conflitos familiares que rotineiramente chegam às Varas de Família. Neste sentido, Zugman (2019) conclui que serviços complementares poderiam ser oferecidos às famílias, formando uma rede de cuidado e suporte a estas pessoas cujas necessidades extrapolam a capacidade e mesmo o objetivo das visitas monitoradas.

Após a conclusão das VM efetivamente realizadas⁸, o profissional responsável pelo caso apontava o(s) encaminhamento(s) sugerido(s) às famílias acompanhadas, podendo ser mais de um para cada díade. Do total de encaminhamentos realizados às díades (N=121), a continuidade dos encontros monitorados foi sugerida como medida em 12,40% dos casos. Em 34,71% das situações, indicou-se a regulamentação de visitas externamente ao ambiente judiciário, enquanto que, em 11,57%, a indicação foi de visitas externas concomitante ao acompanhamento do convívio pela equipe do Fórum. Em apenas 12,40% dos casos foi recomendada a suspensão do convívio, naquele momento. Em 16,53%, houve indicação de acompanhamento psicoterapêutico; em 5,79%, de realização de perícia por profissional independente do Fórum e, em 6,61%, de mediação entre as partes.

Ressalta-se que, apesar das instalações físicas do Fórum apresentarem condições seguras e acolhedoras para as visitas, trata-se de ambiente diverso do contexto familiar e cotidiano. Desse modo, os psicólogos atuam para que o período de monitoramento seja temporário, buscando viabilizar alternativas de visita em locais externos ao ambiente judiciário e mais próximos da rotina dos envolvidos.

Na literatura, encontra-se que

“um dos princípios compartilhados pelos centros de visita monitorada pelo mundo é a temporalidade da medida. Isto é, espera-se que ela não se estenda por períodos demasiadamente longos, buscando-se sempre que a família encontre meios de passar para formatos mais flexíveis de convívio” (ZUGMAN, 2019, p. 88-89).

⁸ Dos 100 processos que compuseram a amostra, nove foram devolvidos precocemente, pelo fato de os familiares terem estabelecido um acordo de convívio ou pelo fato de as visitas estarem acontecendo regularmente em ambientes externos ao Fórum. Em outros dois casos, houve determinação judicial para interrupção das VM antes do previsto. Em outros 12 casos, as VM deixaram de ocorrer devido à desistência ou ausência do visitante e, em outros 5, a VM deixou de acontecer porque o visitado não se fez presente.

Entende-se, portanto, a importância de se refletir sobre o método e a eficácia das VM, enquanto modalidade temporária de convívio entre familiares. Para tanto, este trabalho considerou as indicações e os limites desta prática, ainda pouco estudada cientificamente no Brasil, inserida nos contextos litigiosos que perpassam os fóruns de família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A motivação para esta pesquisa surgiu da escassez de literatura e dados brasileiros que caracterizem o procedimento das visitas monitoradas (VM) e, mais que isso, que esclareçam suas indicações e limitações. Assim, este trabalho realizou uma aproximação inicial com a temática, a partir dos dados empíricos disponíveis, buscando caracterizar o perfil das famílias que se submeteram a tal atendimento em um Fórum de Família, bem como descrever e analisar as determinações judiciais remetidas para VM. As informações levantadas, mais do que trazer conclusões sobre o procedimento, evidenciam os questionamentos a respeito da prática, reforçando a necessidade do investimento de pesquisas nacionais na área.

É preciso reconhecer que o ambiente institucional das VM é altamente controlado e artificial. A própria presença de um terceiro impõe uma mudança na dinâmica das famílias acompanhadas. O atendimento às famílias não se separa da assistência aos magistrados que enviam os casos, na esperança de que os psicólogos possam trazer subsídios aos seus trabalhos.

Se para os próprios psicólogos o trabalho é pouco conhecido e representa um campo aberto para experimentar suas ferramentas técnicas, para os juízes as VM parecem representar uma formação de compromisso (SHINE; CASTRO, 1997). De um lado, o genitor visitante clama pelo seu direito ao acesso ao filho; do lado oposto, o genitor guardião alega risco para o filho em questão. O magistrado, premido pelas posições antagônicas dos detentores do poder familiar, precisa fornecer algum encaminhamento: visita monitorada. Com isso, tem-se a garantia de que o risco do contato será controlado pela presença panóptica do profissional que assiste à interação; ao mesmo tempo em que se garante o exercício da convivência, com a ressalva de que se empreenderá uma melhor forma quando mais se conhecer sobre a família em questão. Passa-se, então, de uma posição de controle (assistir para garantir proteção) a uma posição de intervenção (orientar, aproximar, etc.).

Do trabalho empreendido, o que se pode concluir? Nas fichas, a mãe se configurava a *genitora guardiã* em quase 70% dos casos, o pai em pouco menos de 20%, o restante da amostra tinha os avós ou outros familiares como guardiões. O *genitor visitante* predominante, portanto, foi o pai - em quase

70% da amostra. Daí decorre que a mãe foi a visitante em pouco mais de 20% e avós paternos e maternos, em torno de 8%. O maior percentual de visitantes estava na faixa entre 30 e 39 anos, e possuía ensino superior completo.

Em relação às *idades das crianças e adolescentes*, focos da visita, os maiores percentuais se dividiram em crianças entre 5 e 9 anos, seguido pelos que estavam na faixa dos 10 a 14 anos, e aqueles entre 0 a 4 anos, com pequena variação. Em relação ao gênero dos filhos, houve uma divisão bem equilibrada.

O principal *motivo* pelo qual as famílias eram encaminhadas para VM foi o tempo de afastamento entre o visitante e o visitado. Seria importante realizar uma análise qualitativa dos casos para determinar a causa deste lapso de tempo, principalmente entre os filhos e os genitores do sexo masculino.

Os dados mais diversificados se referiram ao *enquadre temporal* das visitas: com que frequência (semanal, quinzenal, mensal, sem delimitação); com qual duração (1 hora, 2 horas, sem delimitação); por qual período de tempo (quatro visitas, cinco a oito, nove, sem delimitação). Com a experiência adquirida nos diversos formatos ao longo dos anos de atuação, considerou-se que o número de quatro encontros seria suficiente para que o psicólogo tenha um conhecimento da dinâmica familiar e do padrão de interação da díade. A partir daí, as intervenções variaram da recomendação da interrupção à continuidade dos encontros, seja monitoradamente ou em outros formatos, além de intervenções adicionais em função das várias necessidades dos envolvidos, percebidas pelo profissional que os acompanhava.

Quanto aos resultados obtidos com este procedimento técnico, um terço dos casos não apresentou alteração no padrão de interação, justamente daqueles considerados positivos já no início do acompanhamento. Poder-se-ia perguntar, então, por que estavam em visita monitorada? A resposta deve estar na dinâmica entre a genitora guardiã e o genitor visitante, todavia, tal aspecto não se constituiu foco deste estudo. Ademais, em algumas famílias, havia suspeita da prática de abuso sexual do genitor contra a criança, a despeito da vinculação afetiva entre eles, o que justificava o impedimento de convívio livre.

Em pouco mais de 20% dos casos, houve melhora na qualidade da relação estabelecida entre o visitante e o visitado. Neste sentido, análises de caso e pesquisas qualitativas seriam importantes para esclarecer quais as características das famílias que, de fato, são beneficiadas com a intervenção de VM. Assim, poder-se-ia delimitar a população que tem indicação para participação nesta modalidade de atendimento.

Em contrapartida, nas díades visitante-visitado observadas, em quase 40% dos casos as dificuldades iniciais continuaram, a despeito das intervenções realizadas. E neste sentido, manter estas famílias em VM não significou ganho

nem para a família nem para o caso. Da mesma forma, análises de caso e pesquisas qualitativas poderiam esclarecer as características dos casos e famílias que não se beneficiam desta modalidade de intervenção, apontando a necessidade de outras estratégias de trabalho. Empiricamente, observou-se que a retomada de vínculos durante a adolescência é desafiadora e com resultados bastante limitados.

A grande dificuldade de uma atuação que conjugue vigilância, controle, diagnóstico e intervenção – tal como observado nas VM – é delimitar quando uma ação termina para que a outra se inicie. Estes diversos objetivos das VM podem variar conforme a prática de cada profissional e/ou o entendimento de cada magistrado que as determinam. Vale a continuidade dos estudos nesta área, visando a melhor delimitar o foco, o método, o formato e os casos que mais se beneficiariam desta modalidade de convivência.

REFERÊNCIAS

- AMENDOLA, Marcia Ferreira. **Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BOISSON, Marine; WISNIA-WEILL, Vanessa. Désunion et paternité. **Note d’analyse n. 294 duCentre d’analyse stratégique**. 16 out. 2012. Disponível em: http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/2012-10-16-_desunion-paternite-na294.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.
- BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: direito de convivência. Em G.C. Groeninga, & R.C. Pereira (coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia** (pp. 311-324). Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- DE PAULA, Viviane; MONTEIRO, Fernanda de Souza; LORENZI, Gisella Werneck; VALIM, Maria Cristina Costa; GONÇALVES, Vanessa Aparecida. Serviço Social e Psicologia na interface com o Direito: reflexões sobre a experiência no Centro de Visitação Assistida do Tribunal de Justiça de São Paulo – CEVAT. In: **XVI ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES DO SERVIÇO SOCIAL**, 2018, Vitória.
- FERRARI, Anne Karoline. **“Quem conta um conto, aumenta um ponto”: Ampliando a discussão das práticas de assistentes sociais e psicólogos nas Varas de Família e Sucessões do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo**. (Dissertação de mestrado) Centro de Ciências Humanas e Naturais, Programa de Pós-graduação em Psicologia Institucional, Universidade Federal do Espírito Santo, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/2967>. Acesso em: 16 nov. 2023.
- KELLY, Joan B.; JOHNSTON, Janet R. The Alienated Child: A reformulation of parental alienation syndrome. **Family Court Review**, 39,3, 249-266, 2001.
- LEITE, Eduardo Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Maria Marly. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- RÉGNIER-LOILIER, Arnaud. Quand la séparation des parents s’accompagne d’une rupture du lien entre le père et l’enfant. **Population et Sociétés. Bulletin mensuel d’information de l’Institut national d’études démographiques**, 500. maio 2013. Disponível em: https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19168/population_societes_2013_500_peres_enfants.fr.fr.pdf Acesso em: 16 jun. 2023.
- SAINI, Michael; NEWMAN, Judy; CHRISTENSEN, Maribeth. When supervision becomes the only plan: an analysis of long-term use of supervised access and exchange services after separation and divorce. **Family Court Review**, 55,4, p. 604-617, 2017.
- SÃO PAULO (ESTADO). Provimento n. 1107, de 09 de março de 2006. Cria o Centro de Visitas Assistidas (CEVAT) do TJSP. Disponível em: https://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=17907&AnoMes=20063. Acesso em: 16 jun. 2023.
- SÃO PAULO (ESTADO). Provimento n. 2.403, de 10 de março de 2017. **Dispõe sobre a reformulação do Centro de Visitação Assistida de São Paulo** - CEVAT e sobre o aprimoramento do serviço prestado. Disponível em: https://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=24331 Acesso em: 16 jun. 2023.
- SHINE, Sidney Kiyoshi; CASTRO, Lídia Rosana Fogueira Castro. Uma reflexão sobre o Plantão da Sala de Visitas na cidade de São Paulo, Brasil. In: **II Congresso Iberoamericano de Psicologia Jurídica**, 1997, Havana, Cuba, p. 1-17
- TUTTY, Leslie Maureen; BARRY, Lynn; WEAVER-DUNLOP, Gillian; BARLOW, Ashley; ROY, Marjolaine. Supervised Visitation and Exchange Centres for domestic violence: an environmental scan.

Report Prepared for the Alberta Ministry of Children's Services, mar. 2006. Disponível em: <https://nursing.ucalgary.ca/sites/default/files/teams/13/Supervised%20visitation%20and%20exchange%20centres%20for%20domestic%20violence%20An%20environmental%20scan.pdf> Acesso em: 25 jun. 2023.

XAVIER, Anita Castro Menezes; ZUGMAN, Maiana Jugend. Visitas monitoradas em varas de família: considerações teóricas e metodológicas a partir da prática. Em A.C. Horst & V.D. Mikoski (org.). **Psicologia e Serviço Social: referências para o trabalho no judiciário**. (pp.179-200). Curitiba: Nova Práxis, 2019.

WALLERSTEIN, Judith S.; KELLY, Joan B. **Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio**. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

ZUGMAN, Maiana Jugend. **“Tem alguém vendo”:** visitas monitoradas em Varas de Família sob a perspectiva de operadores do Direito, psicólogas judiciárias e familiares. (Dissertação de mestrado). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-15082019-160352/publico/zugman_corrigeida.pdf Acesso em: 16 jun. 2023. Curitiba, junho de 2023.

A TUTELA CONSTITUCIONAL NO AGRONEGÓCIO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADA AO AGRONEGÓCIO

Paulo Roberto Kohl⁹

RESUMO

Este artigo pretende lançar o olhar constitucional sob as relações de direito agrário e o agronegócio, a partir da análise de princípios constitucionais aplicáveis a esse ramo do direito e setor produtivo. A partir dos princípios da livre iniciativa, direito à propriedade, função social da propriedade, segurança jurídica, devido processo legal, democracia, política agrícola e o desenvolvimento sustentável estabelece-se um arcabouço principiológico fundamental à interpretação do direito aplicável ao agronegócio. Por sua vez, busca-se identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, decisões que corroboram referidos princípios. A jurisdição constitucional – sobretudo aquela realizada pelo STF – mostra-se de fundamental importância para a estabilidade institucional e a ponderação de princípios quando colidentes, de modo que a presente análise mostra-se atual e premente para o alvorecer de um direito constitucional aplicável ao agronegócio.

Palavras-chave: direito constitucional; direito agrário; agronegócio; jurisdição constitucional; supremo tribunal federal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca contribuir para o estudo do Direito aplicado ao agronegócio, a partir de uma visão constitucional, mormente a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal é a norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico brasileiro e presta unidade ao sistema jurídico nacional. Nenhuma lei ou ato normativo será considerado válido se incompatível com a Constituição. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, à luz do art. 102 da Constituição Federal, cabendo a derradeira palavra em matéria constitucional.

⁹ Graduado em Direito (UNISINOS). Especialista em Direito Público (UNIDERP) e Especialista em Direito Agrário e Ambiental aplicado ao agronegócio (I-UMA - UNIP). Advogado. Sócio-Fundador de Kohl & Leinig Advogados Associados, com sede em Palmas-PR. Coordenador da ESA (Escola Superior da Advocacia) na Subseção de Xanxerê/SC. Vice-Presidente (Região Sul) da Comissão Nacional de Assuntos Fundiários da UBAU. E-mail: paulo@kohleleinig.com.br ORCID 0009-0000-1181-4307. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5688519736279170>

Por isso, nada mais legítimo e adequado do que o estudo das normas e princípios constitucionais aplicados à atividade agrária, bem como de decisões do STF, muitas delas com efeito *erga omnes* a toda cadeia produtiva. Destacar-se-ão os princípios constitucionais aplicados nas relações jurídicas do direito agrário e conexas ao agronegócio, seja nas relações de direito privado ou público. Além disso, as decisões em que se consideraram tais princípios.

O Direito Agrário, com autonomia legislativa e doutrinária, surge no Brasil, sobretudo, com o advento do Estatuto da Terra, em 1964. A despeito da existência do Código Civil de 1916, o qual regulava algumas relações jurídicas aplicadas à atividade agrária, o novo instrumento trouxe inúmeras inovações, sobretudo quanto às relações de posse da terra, reforma agrária e políticas públicas. De 1964 para cá, inúmeras outras legislações dispuseram sobre a atividade agrária e são reconhecidamente normas de direito aplicado ao agronegócio.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 inaugura um novo regime político e jurídico no Brasil, o que se convencionou denominar de *Nova República*. A Constituição Federal também é um símbolo da transição para um Estado Democrático de Direito, abandonando os regimes autoritários anteriores. A despeito de criticada por alguns detratores, o certo é que a Carta Magna de 1988 vem garantindo estabilidade constitucional e promovendo avanços significativos em todos os setores do país, inclusive no agronegócio. Basta lembrar que a partir de 1997 o Brasil deixa de ser um país com dependência alimentar e passa a ser exportador de alimentos, acumulando altos índices de produção e reconhecimento internacional.

A participação ampla dos mais diversos setores da sociedade, fruto do positivo entusiasmo democrático, gerou um texto analítico e prolixo, é verdade. Tal circunstância favorece a necessidade de, a cada momento, ter-se que editar novas emendas constitucionais para a implantação do programa político da vez, não obstante tratar-se de “Constituição rígida”.

Todavia, tais deficiências pontuais, não alteram o caráter inovador e positivo da nossa Lei Fundamental. Além da previsão expressa no texto constitucional de inúmeros princípios e garantias fundamentais – aplicáveis às relações do agronegócio – sob os auspícios da Carta de 1988, inúmeras normas infraconstitucionais sedimentaram os valores constitucionais da Nova República.

O Supremo Tribunal Federal teve papel fundamental nas últimas décadas na manutenção da institucionalidade no Brasil, garantindo-se o efetivo cumprimento da Constituição Federal. Alvo de críticas dos mais diversos setores da sociedade, sobretudo na última década, boa parte dela não se considera precedente. A constante provocação da Suprema Corte, mediante ações de controle concentrado de constitucionalidade movidas, em sua maioria, por

partidos políticos impõe um julgamento final que nem sempre agrada parcela majoritária da sociedade. Os inúmeros legitimado a proporem tais demandas que não lograram êxito nas discussões no Parlamento acabam por impor ao STF a moderação final de temas sensíveis.

Além disso, uma Constituição prolixa gera um maior alcance da jurisdição constitucional, já que amplia o rol de matérias submetidas à Corte Suprema. Como sói ocorrer, os vencidos nessas demandas – ora o Governo, ora a sociedade, por exemplo – julgam-se no direito de criticar o Órgão que detém a última palavra.

Não se pode perder de vista, ainda, a frequente omissão do Parlamento em inúmeros temas sensíveis em que a ausência de regulamentação do texto constitucional gera efeitos diretos na sociedade. O atraso na elaboração de leis que acompanhem o desenvolvimento social, político e cultural da sociedade provoca insatisfações. E o STF, mais uma vez, é provocado para exercer a função de representatividade desses setores.

Enfim, o que se busca é lançar-se a visão constitucional aplicável ao direito agrário e ao agronegócio, desejando o alvorecer de um direito constitucional do agronegócio.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal foi criado no Brasil com o advento da República, momento em que se adotou o federalismo como forma política-administrativa. Criado pelo Decreto nº 848, de 11/10/1890, posteriormente, foi incluído na Constituição Federal de 1891, na Seção do Poder Judiciário da União. Foi inspirado na Suprema Corte norte-americana, mas aproveitou-se dos elementos do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil. A tanto se diz, que seus primeiros membros eram desse Tribunal.

Além de Órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, possui a função precípua de guardião da Constituição Federal, nos termos do art. 102 da Constituição. Segundo Rui Barbosa, republicano convicto e mentor do novo regime que se inaugurara com a queda do Império: “O Supremo Tribunal Federal é, ele só, o árbitro, para guardar a Constituição contra as leis, para a guardar contra as medidas e resoluções do presidente”¹⁰.

Para a plena ciência das expectativas que se depositava no recém-criado STF, colhe-se das exposições de motivos apresentada pelo ministro da Justiça do Governo Provisório da República, Campos Sales, na minuta

¹⁰ MATOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa** – v. I – 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2010, 2ª reimpressão, 2023. 666.

do Decreto n. 848:

A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete da execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela parecer conforme ou contrária à Lei Orgânica (...). Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime, e aquele que agora se inaugura, calcado sob os moldes democráticos de sistema federal. De poder subordinado que era, torna-se poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes (...). Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.¹¹

No decorrer dos últimos anos, sobretudo a partir do pós-guerra, identificou-se uma ascensão do Poder Judiciário, em especial das Cortes Constitucionais, na esteira da importância que as Constituições escritas passaram a exercer sob os regimes políticos. Deixaram de ser um *pedaço de papel* e passaram a exercer *força normativa*. Para Konrad Hesse a *força normativa da Constituição* realça a *vontade de Constituição*, transformando-a em *força ativa* no seio da sociedade, não só nos detentores momentâneos do poder, mas na consciência geral¹².

Historicamente, o modelo constitucional que vivemos hoje remonta o Iluminismo, o contratualismo e a reação ao absolutismo, fundando-se na razão, na contenção do poder e no respeito ao indivíduo. As constituições liberais, nos Estados Unidos (1787) e França (1791), inauguram as primeiras constituições modernas, materializadas em documentos escritos e aprovadas mediante um procedimento formal e solene¹³. Para Barroso, Constituição se traduz em “instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados”¹⁴.

¹¹ Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França – São Paulo: Saraiva, 1977, p. 408.

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 65.

¹⁴ *Ibidem*. p. 66.

Por sua vez, *jurisdição constitucional* é “a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do Sistema.”¹⁵ Ela pode ser exercida de forma direta, mediante controle da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público ou indiretamente na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Como árbitro final das discussões da República, as Cortes Supremas têm sofrido críticas severas na forma da sua atuação, sobretudo diante da suposta usurpação dos poderes majoritários eleitos nas democracias. Na medida em que podem declarar inconstitucionais ou dar-lhes interpretação conforme às leis aprovadas pelo Parlamento ou atos do Poder Executivo, a crítica esbarra na suposta ilegitimidade política do Tribunal. O certo é que nas democracias modernas as Supremas Cortes têm muito mais acertado do que errado na aplicação do Direito, preservação dos direitos fundamentais, estabilidade da democracia como forma de regime político, preservação da unidade nacional e mecanismo de freios e contrapesos.

Ademais, apesar do Poder Judiciário ser o último a exercer o papel de intérprete da Constituição, não é o único. Cabe a todas as instituições e a sociedade civil o direito à melhor interpretação da sua Lei Fundamental. Na esteira de Peter Häberle, a interpretação da Constituição deve ser pluralista e, em uma sociedade aberta, qualquer pessoa que livremente leia a Constituição é sua cointérprete.

Em suma, superou-se, portanto, a antiga premissa de que a Constituição se tratava, tão somente, de documento *político* e não *jurídico*. Como instrumento jurídico-normativo, passa-se a análise de seu *alcance* e os modelos de *interpretação*. Qual a norma jurídica que se extrai do texto constitucional? Qual o papel dos princípios constitucionais no constante movimento da sociedade contemporânea, plural e democrática? As demandas, evidentemente, são muitas, como sói ocorrer em vibrante democracia. A partir da ampliação do conceito de norma jurídica, a qual passou a se constituir de gênero dentro do qual se encontram as regras e princípios, estes últimos passaram a ter aplicação *concreta* no mundo do Direito, mormente aqueles dotados de *status* constitucional.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios “sustentam o sistema jurídico, motivo pelo qual é imprescindível a sua observância não só por aqueles que legislam ou aplicam

¹⁵ Ibidem. p. 430.

a lei, nem somente aos operadores do Direito, mas a todos os cidadãos, pois a todos atingem”¹⁶. Princípios pressupõem a ideia de origem, fonte, começo, raiz e alicerce.

Bonavides trabalha com a hipótese de que “princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”¹⁷. Na esteira do pensamento pós-positivista de Freidrich Müller da Alemanha e Ronald Dworkin dos Estados Unidos e Inglaterra, o constitucionalismo brasileiro afirma que os princípios são “admitidos definitivamente por normas, normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema”.¹⁸

Para Lenio Streck, os princípios constitucionais são o *cerne do Constitucionalismo Contemporâneo* e têm a característica da *transcendência*. O princípio é o *elemento instituidor*, que *existencializa* a regra que ele instituiu. Por trás de uma regra *necessariamente haverá um princípio*. Portanto, o princípio é o elemento compreensivo que vai *além da regra, transcende a anticidade da regra*¹⁹.

Portanto, incontroverso que na atual quadra histórico-jurídica o domínio dos princípios é de fundamental importância ao jurista contemporâneo, sobretudo aqueles de matiz constitucional. São nos princípios constitucionais que o jurista deverá basear-se para a resolução de *casos difíceis*. Com base nos princípios é que se estabelecerão políticas públicas *constitucionais*. É, portanto, a categoria mais elevada da Constituição, e a um só tempo, os princípios são a fonte de luz e o caminho a ser percorrido.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, O AGRONEGÓCIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 LIVRE-INICIATIVA E O DIREITO À PROPRIEDADE

A livre iniciativa é assegurada pela Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 1º, constituindo um dos *fundamentos* da República. A livre-iniciativa não está sozinha, aparece acompanhada do trabalho e conjuntamente deve ser interpretada. Por isso é que não se admite atividades

¹⁶ KOHL, Paulo Roberto. **Imposto de renda da pessoa física na atividade rural**. São Paulo: Editora Modelo, 2011, p. 24.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2020, p. 277.

¹⁸ Ibid. id. p. 282.

¹⁹ STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 375.

que utilizam mão de obra análoga à escravidão ou servidão, por exemplo. O constituinte reconheceu a importância de ambos os valores para a formação da sociedade brasileira, notadamente para o desenvolvimento socioeconômico. A livre-iniciativa é o fundamento garante do modelo econômico adotado no país: capitalismo. Permite atividades econômicas visando o lucro e garante a liberdade de indústria e comércio, de empresa e contrato.

O art. 170 da Constituição Federal expressamente prevê que a *ordem econômica* é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”. O trabalho humano e a livre-iniciativa trabalham juntos para assegurar a dignidade da pessoa humana. O art. 5º, XIII, da CF garante o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A exploração agropecuária é uma atividade essencialmente privada. O Estado não explora as terras públicas para fins de agricultura, de modo que a garantia à livre-iniciativa é um importante princípio constitucional aplicável ao agronegócio. Aliás, o Estatuto da Terra veda o exercício da agricultura pelo Estado – ressalvado para fins de pesquisa, experimentação, demonstração e fomento. Admite somente em caráter transitório e, desde que, não havendo viabilidade de transferência ao particular, nos termos do art. 10. Raymundo Laranjeira afirma que “o nosso ordenamento jurídico agrário, ao tempo em que alarga o princípio da privatização de terras [...] ele também torna impeditiva a estatização de empreendimentos no campo”²⁰.

OSTF já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema, no julgamento da ADPF 324, movida pela ABAG – Associação Brasileira do Agronegócio, em que se considerou constitucional a alteração na legislação trabalhista promovida pela Lei 13.467/17 quanto à possibilidade de terceirização de atividade-fim e atividade-meio, cujo relator foi o Min. Roberto Barroso, conforme ementa:

Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. *O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.* 2. *A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre*

²⁰ LARANJEIRA, Raymundo. **Propedêutica do direito agrário**. São Paulo: LTr, 1975, p. 147.

iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. [...] 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio.

Por sua vez, o direito à propriedade está previsto na Constituição Federal no art. 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade”. Trata-se, conforme assenta Tereza Lopez, “direito fundamental constitucionalmente garantido ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança.”²¹

A leitura de tal garantia, tal qual a livre-iniciativa, não pode ser interpretada olvidando-se do disposto no art. 170, II e III²², da Constituição Federal, que inclui a propriedade privada como princípio na ordem econômica e social. A propriedade trata-se de direito fundamental do homem, cuja finalidade primária “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”.²³

²¹ BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de M. (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos:** Paulo Bonavides, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

Em relação a esse princípio, atualmente encontra-se pendente de julgamento o Tema 1031 do STF – RE 1017365-SC, em que se pretende a definição do *estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional*. Questão de delicada deliberação já que há flagrante colisão de princípios constitucionais, dentre os quais o direito à propriedade legitimamente adquirida e o direito as terras de tradicional ocupação indígena. O julgamento encontra-se suspenso, mas em recente voto-vista o Min. Alexandre de Moraes fixou *tese* em que garante o direito à propriedade e à justa e prévia indenização da terra nua e benfeitorias para quem possui posse, domínio ou ocupação de boa-fé em terras consideradas de ocupação indígena, inclusive criando mecanismos de compensação para situações consolidadas, visando a paz social:

“I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV - *Inexistindo a presença do marco temporal CF/88 ou de renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem haver por objeto a posse, o domínio, ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, assistindo ao particular direito à indenização prévia, em face da União, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, tanto em relação à terra nua, quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas; V - Na hipótese prevista no item anterior, sendo contrário ao interesse público a desconstituição da situação consolidada e buscando a paz social, a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas, concedendo-lhes terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância; VI - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo*

com seus usos, costumes e tradições; VII - O redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos das normas de regência; VIII - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; IX - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; X - Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”

A propriedade para o agronegócio é de suma importância, já que é a terra o *locus* do trabalho da agricultura. Sem propriedade agrária não há agricultura, independentemente da atividade agropecuária que seja exercida. O tamanho e o futuro do negócio dependem da propriedade, razão pela qual esse direito fundamental é tão caro a essa categoria. Título de propriedade é título de cidadania.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade é princípio por excelência de Direito Agrário, presente no ordenamento jurídico, pelo menos desde o Estatuto da Terra, de 1964²⁴. A Constituição de 1988, por sua vez, previu no art. 5º, XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”. Eugênio Facchini Neto afirma que “o direito constitucional brasileiro vem convivendo com a ideia de uma propriedade dotada de função social desde a Constituição de 1934”²⁵. Conforme previa o art. 113, n. 17, primeira parte, a propriedade era garantida, mas ressalvada que “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

O que se verifica é que, há longa data, da mesma forma que a garantia ao direito à propriedade deve ser respeitada, sua função social igualmente deverá prevalecer. A propriedade destina-se a cumprir relevante e constitucional *função econômica-social*, dando-lhe destinação útil, funcionando como mecanismo de convívio e paz social.

Função social da propriedade de modo algum retira os poderes do proprietário, antes, o legitima a utilizá-la e extrair dela riquezas. Ao Estado, ao seu

²⁴ Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

²⁵ **CANOTILHO, J. J. Gomes [et.al.]. Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 335.

turno, cabe, não somente exigir que seja cumprida a função social da propriedade, mas, principalmente, proteger essa propriedade que cumpre a função social. Trata-se de direito fundamental e garantia da própria preservação da ordem econômica, a tanto se diz que se veda a desapropriação (art. 185, II, CF).

Entende-se por função social da propriedade o cumprimento de três requisitos: econômico, social e ambiental, contemplados no art. 186 da Constituição Federal²⁶. Para o cumprimento da função social do imóvel rural, portanto, o proprietário deve aproveitar-lhe economicamente mediante o uso racional e adequado (art. 6º, da Lei 8.629/93²⁷). Deverá preservar os recursos naturais e o meio ambiente, na forma da legislação positivada, mormente o Código Florestal (Lei 12.651/12) e os termos de eventual legislação específica do bioma onde se encontra localizado o imóvel (v.g. Lei da Mata Atlântica, Lei 11.428/06). Deverá observar a legislação que regulamenta as relações de trabalho (v.g. CLT e Lei 5.889/73), bem como normas infralegais (NR 31 do Ministério do Trabalho).

A propriedade deve favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Nesse ponto, destaca-se que a legislação já prevê o tamanho mínimo para parcelamento do imóvel de modo a evitar minifúndios que não garantam uma renda mínima para a *família agrária*. As formas típicas de contratos agrários (arrendamento e parceria) estão regulamentadas, a fim garantir o adequado uso e remuneração das partes. Além disso, o bem-estar inclui o dever do Estado em promover a pacificação no campo, a fim de empreendedores e trabalhadores possam livremente exercer suas atividades.

O STF também já teve a oportunidade de enfrentar a questão em demanda diretamente ligadas ao agronegócio. Na ADI 2213, de relatoria do Min. Celso de Mello, o PT – Partido dos Trabalhadores ajuizara a ação visando a inconstitucionalidade da MP 2183-56 de 2001 que criou o Programa Arrendamento Rural (art. 95-A, do Estatuto da Terra) e alterou a Lei da Reforma Agrária (Lei 8.629/93) para impedir a vistoria e desapropriação pelo período de 02 (dois) anos em imóveis rurais objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo. Consignou o relator:

²⁶ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²⁷ Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

[...] RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA - O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA - A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - *O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.* A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar conseqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. *O ESBULHO POSSESSÓRIO - MESMO TRATANDO-SE DE PROPRIEDADES ALEGADAMENTE IMPRODUTIVAS - CONSTITUI ATO REVESTIDO DE ILICITUDE JURÍDICA.* - *Revela-se contrária ao Direito, porque constitui atividade à margem da lei, sem qualquer vinculação ao sistema jurídico, a conduta daqueles que - particulares, movimentos ou organizações sociais - visam, pelo emprego arbitrário da força e pela ocupação ilícita de prédios públicos e de imóveis rurais, a constringer, de modo autoritário, o Poder Público a promover ações expropriatórias, para efeito de execução do programa de reforma agrária.* - O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutos, notadamente porque a Constituição da República

- ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) - proclama que “ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). - *O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado, ainda que se trate da efetivação da reforma agrária, pois, mesmo esta, depende, para viabilizar-se constitucionalmente, da necessária observância dos princípios e diretrizes que estruturam o ordenamento positivo nacional.* - *O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20).* - Os atos configuradores de violação possessória, além de instaurarem situações impregnadas de inegável ilicitude civil e penal, traduzem hipóteses caracterizadoras de força maior, aptas, quando concretamente ocorrentes, a infirmar a própria eficácia da declaração expropriatória. Precedentes. O RESPEITO À LEI E A POSSIBILIDADE DE ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO (ATÉ MESMO PARA CONTESTAR A VALIDADE JURÍDICA DA PRÓPRIA LEI) CONSTITUEM VALORES ESSENCIAIS E NECESSÁRIOS À PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA. - A necessidade de respeito ao império da lei e a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional do Estado - que constituem valores essenciais em uma sociedade democrática, estruturada sob a égide do princípio da liberdade - devem representar o sopro inspirador da harmonia social, além de significar um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação derive do intuito deliberado de praticar gestos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis da República. RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBERAÇÃO, DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001. - Não é lícito ao Estado aceitar, passivamente, a imposição, por qualquer entidade ou movimento social organizado, de uma agenda político-social, quando caracterizada por práticas ilegítimas de invasão de propriedades rurais, em desafio inaceitável à integridade e à autoridade da ordem jurídica. - O Supremo Tribunal Federal não pode validar comportamentos ilícitos. Não deve chancelar, jurisdicionalmente, agressões inconstitucionais ao direito de propriedade e à posse de terceiros. Não pode considerar, nem deve reconhecer, por isso mesmo, invasões ilegais da propriedade alheia ou atos de esbulho possessório como instrumentos de legitimação da expropriação estatal de bens particulares, cuja submissão, a qualquer programa de reforma agrária, supõe, para

regularmente efetivar-se, o estrito cumprimento das formas e dos requisitos previstos nas leis e na Constituição da República. - As prescrições constantes da MP 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001, precisamente porque têm por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais, não se mostram evadas de inconstitucionalidade (ao menos em juízo de estrita delibação), pois visam, em última análise, a resguardar a integridade de valores protegidos pela própria Constituição da República. O sistema constitucional não tolera a prática de atos, que, concretizadores de invasões fundiárias, culminam por gerar - considerada a própria ilicitude dessa conduta - grave situação de insegurança jurídica, de intranquilidade social e de instabilidade da ordem pública. [...]

3.3 SEGURANÇA JURÍDICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio da segurança jurídica é indispensável à concretização do Estado de Direito, cuja observância é fundamental para a manutenção da estabilidade das relações jurídicas e da paz social, e, em última análise, a proteção da própria dignidade da pessoa humana. Juarez Freitas afirma, que “o princípio da confiança do cidadão na Administração Pública, e vice-versa, deve ocupar lugar de destaque em qualquer agenda baseada nos princípios fundamentais, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração”.²⁸ A estabilidade das relações e a certeza da validade dos atos praticados pelo Estado são medidas vitais à concretização do princípio da legalidade, da boa-fé, da confiança, do Estado de Direito e da Justiça, sob pena de instauração do *caos social*.

Em suma, a segurança jurídica é princípio vital para a manutenção e formação de relações jurídicas duradouras e eficientes para particulares e para a sociedade em geral e está vinculada a um elevado valor ético, social e jurídico – sobretudo quando ligada a boa-fé. A tanto se diz que a Constituição Federal positivou no art. 5º, XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Um ambiente inseguro é péssimo para os negócios, afasta investimentos estrangeiros e desestimula o empreendedorismo nacional. Somente com estabilidade e paz social é que se alcançarão altos índices de desenvolvimento social e econômico.

Por sua vez, o devido processo legal – *due process of law* – encontra-se positivado na Constituição Federal no art. 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – e, LV – “aos litigantes em

²⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 61.

processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes”.

A origem do princípio remonta a Carta Magna Inglesa do Rei João Sem Terra, em 1215, quando os barões impuseram limites ao Monarca, ao positivizar a regra segundo a qual nenhum homem livre seria preso ou privado dos bens, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra. Por leis da terra (*per legem terrae*, em latim), entende-se como devido processo legal (*due process of law*). Nery Junior ao comentar o dispositivo da nossa Constituição Federal afirma: “o texto foi inspirado nas emendas 5ª e 14ª à CF americana, e não indica apenas tutela processual, mas sim geral, bipartindo-se o princípio em devido processo legal substancial e processual”.²⁹

Quanto ao *aspecto substancial*, constitui limites ao Poder Público, o qual deverá agir de acordo com os postulados (princípios) da proporcionalidade e razoabilidade, vedando-se medidas injustas. Dominar tais postulados é de suma importância, sobretudo nas relações entre agronegócio e Poder Público, seja na edição de leis, normas infralegais, processos administrativos, dentre outras hipóteses.

Por sua vez, o *aspecto processual* do devido processo legal, são as garantias constitucionais previstas para todos os litigantes em processo judicial ou administrativo: acesso à justiça, igualdade de tratamento, publicidade dos atos processuais, regularidade do procedimento, contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, promotor natural, julgamento com base em provas lícitas, garantia de interposição de recursos, assistência de advogados, direito a não autoincriminação, duração razoável do processo, etc.

Um ponto importante quanto aos imóveis agrários é a garantia prevista no art. 184 da Constituição Federal que autoriza a desapropriação de imóvel somente quando (i) não cumpram a função social da propriedade, e (ii) mediante justa e prévia indenização. Além disso, o art. 185 veda a desapropriação da (i) pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e (ii) a propriedade produtiva.

No MS 22045, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, o STF decidiu que para fins do enquadramento legal da propriedade (pequena, média ou grande) em caso de abertura de sucessão deve-se levar em consideração o quinhão de cada um dos herdeiros ou legatários, como se já estivesse dividido:

DESAPROPRIAÇÃO - ENQUADRAMENTO DO IMÓVEL COMO REVELADOR DE PEQUENA OU MEDIA PROPRIEDADE - SUCESSÃO “MORTIS CAUSA”. Aberta a sucessão, o domínio e posse da

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 6. ed. ampli. e atual até a EC 95/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 261.

herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários - artigo 1.572 do Código Civil. Dai a insubsistência de decreto para fins de desapropriação, no qual restou considerado o imóvel como um todo, olvidando-se o Estatuto da Terra - Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, no que, mediante o preceito do par. 6. do artigo 46, dispõe que, no caso de imóvel rural em comum, por força de herança, as partes ideais para os fins nele previstos são consideradas como se divisão houvesse. Propriedades diversas enquadradas como medias por não suplantam, cada qual, considerada de per si, o teto de quinze módulos fiscais - inciso III do artigo 4. da Lei n. 8.629/93.

No MS 25493, também de relatoria do Min. Marco Aurelio, o Pleno do STF considerou insuscetível de desapropriação imóvel anteriormente invadido:

DESAPROPRIAÇÃO – PROPRIEDADE – FICÇÃO JURÍDICA – ABERTURA DE SUCESSÃO. Consoante dispõe o artigo 46, § 6º, da Lei nº 4.504/64, por força da herança, o imóvel é considerado como se dividido já estivesse. DESAPROPRIAÇÃO – VISTORIA. Descabe implementar a vistoria quando o imóvel tem sido alvo de invasão. DESAPROPRIAÇÃO – VISTORIA – NOTIFICAÇÃO. Sendo o objetivo da notificação ensejar ao proprietário o acompanhamento da vistoria, designando, inclusive, técnico, a designação de data mostra-se indispensável à valia da medida.

A Corte Suprema também declarou nulo procedimento administrativo de desapropriação para fins de reforma agrária em violação ao devido processo legal em virtude da ausência de notificação prévia do proprietário, quando do julgamento do MS 24547 de relatoria da Min. Ellen Gracie:

MANDADO DE SEGURANÇA. REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. LEI Nº 8.629/93, ART. 2º, PARÁGRAFO 2º. REALIZAÇÃO DE VISTORIA EM DATAS DIVERSAS DAS FIXADAS NAS NOTIFICAÇÕES ENCAMINHADAS AO PROPRIETÁRIO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO QUE CONTAMINA O DECRETO PRESIDENCIAL. [...] 4. A jurisprudência do Tribunal considera indispensável que a notificação prevista no parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/93 seja feita com antecedência, de modo a permitir a efetiva participação do proprietário, ou de preposto por ele designado, nos trabalhos de levantamento de dados que tem por objetivo a determinação da produtividade do imóvel. *A notificação que inaugura o devido processo legal tem por objetivo dar ao proprietário a oportunidade real de acompanhar os trabalhos de levantamento de dados, fazendo-se assessorar por técnicos de sua confiança, para apresentar documentos, demonstrar a existência*

de criações e culturas e fornecer os esclarecimentos necessários à eventual caracterização da propriedade como produtiva e, portanto, isenta da desapropriação-sanção. Precedentes. 5. Empecilho à realização dos trabalhos de vistoria não autoriza a realização da verificação em data diversa, sem prévia notificação ao proprietário. Decisões judiciais que não se prestam ao efeito de dispensar o INCRA da obrigação legal de notificar, pois, extraídas de despacho que não deliberou a respeito e derivadas de recursos aviados pela defesa do expropriado-impetrante a quem não podiam prejudicar (*ne reformatio in pejus*). 6. A realização de vistoria para levantamento de dados com vistas a aferição da produtividade, ou não, de área rural não se coaduna com a previsão constante do parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/93. O fator surpresa, ali inserido, é útil para a averiguação da ocorrência de ilícitos, mas, não serve à finalidade de obter um levantamento fidedigno dos índices de aproveitamento da gleba rural. 7. Mandado de Segurança deferido.

Portanto, a intervenção do Estado na propriedade privada somente poderá ser autorizada nos *limites do devido processo legal* e na forma prevista na Constituição Federal.

3.4 DEMOCRACIA E A POLÍTICA AGRÍCOLA

O art. 1º da Constituição Federal preceitua que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito”. Com o espírito democrático próprio da Carta Cidadã, o art. 187 da Constituição Federal dispõe que “a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como setores de comercialização, de armazenamento e de transportes”.

A norma constitucional deu vida à *democracia direta* prevendo no dispositivo a ampla participação de diversos setores na política agrícola, tendo em vista o reconhecimento da sua extrema relevância. Não poderia, portanto, ficar ao encargo exclusivo ao Chefe Poder Executivo, ou para o Ministério da Agricultura. Isso não é pouco e deve ser digno de nota.

Na regulamentação dessa norma constitucional, a Lei Agrícola (Lei nº 8.171/91, art. 5º, § 1º) criou o Conselho Nacional de Política Agrícola – CNPA, compostos por membros de diversos ministérios, bancos, confederações e setores econômicos. Portanto, o Conselho é heterogêneo e possui as seguintes atribuições (art. 5º): orientar a elaboração do Plano de Safra, propor ajustamento ou alterações na política agrícola e manter sistema de análise e informação sobre a conjuntura econômica e social da atividade agrícola.

Recentemente, no julgamento da ADI 5623 movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG, cuja relatoria foi da Min. Carmén Lúcia, em que se discutia a constitucionalidade da Lei 13.178/2015 que dispõe sobre a ratificação de registros imobiliários de imóveis situados em faixa de fronteira, deu-se parcial procedência à ação para dar interpretação conforme à Lei. Segundo a decisão, somente será possível a revalidação de títulos, nos imóveis submetidos à política agrícola, *verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.178/2015. RATIFICAÇÃO PELA UNIÃO DE REGISTROS IMOBILIÁRIOS DECORRENTES DE TÍTULOS EXPEDIDOS PELOS ESTADOS DE ALIENAÇÃO E CONCESSÃO DE TERRAS DEVOLUTAS SITUADAS NAS FAIXAS DE FRONTEIRA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À POLÍTICA AGRÍCOLA E AO PLANO NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA. ART. 188 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIIDADE. ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA SE ATRIBUIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 1º, 2º e 3º DA LEI N. 13.178/2015.

Decisão [...] O Tribunal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade para atribuir interpretação conforme à Constituição aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 13.178/2015, *fixando-se como condição para a ratificação de registros imobiliários, além dos requisitos formais previstos naquele diploma, que os respectivos imóveis rurais se submetam à política agrícola* e ao plano nacional de reforma agrária previstos no art. 188 da Constituição da República e dos demais dispositivos constitucionais que protegem os bens imóveis que atendam a sua função social (inc. XXIII do art. 5º, caput e inc. III do art. 170, e art. 186 da Constituição do Brasil), nos termos do voto da Relatora.

[...]

A política agrícola - ao lado da reforma agrária - reúne os meios de instrumentalização e de garantia dos suportes técnico e econômico, incluído o crédito, ao setor produtivo. [...]

A democracia é valor constitucional inegociável. Não somente por ser cláusula pétrea, mas por ser o modelo de governo que já demonstrou ser o melhor criado pela civilização humana. Das alternativas extremas do despotismo e da anarquia, a democracia liberal mostrou-se ser, até hoje, o melhor regime para a organização e pacificação da sociedade. E devemos avançar no aperfeiçoamento dela e não da sua destruição ou enfraquecimento. Steven Pinker afirma que a democracia pode ser concebida como uma forma de governo que aplica “apenas a força suficiente para impedir que as pessoas sejam predadoras umas das outras e sem que o governo se torne predador do

próprio povo. [...] Se o mundo tornou-se mais democrático com o passar do tempo, isso é progresso”.³⁰

Em 1989 Francis Fukuyama publicou famoso ensaio argumentando que a democracia liberal representava “o fim da história”, no qual professava um consenso de que a forma humanamente melhor de governo era essa. Todavia, a análise não se concretizou, sempre é possível momentos de derrocada ou retrocessos, alternativas a democracia: autocracias, teocracias, autoritarismo ou regimes militares ou militarizados.

A democracia não se resume em poder votar e ser votado. A aferição de uma democracia plena envolve outros fatores e isso inclui dar aos cidadãos todos os meios suficientes para ele exercer plenamente os seus direitos fundamentais livre de opressão e violência. É necessário, por exemplo, ter uma imprensa livre e que haja compartilhamento do poder. Ter eleições livres, justas e seguras. Possuir mecanismos de controle contra a *tiranía da maioria*. Isso porque, a eleição pode muito bem ser usada como instrumento para a destruição da própria democracia (foi assim na ascensão no *nazifascismo* com Mussolini e Hitler – os instrumentos “formais” da democracia foram utilizados para instaurar um regime de exceção). O preço da democracia, portanto, é a eterna vigilância.

Bobbio em *Liberalismo e Democracia* afirma que “o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade [...] todos os Estados autoritários do mundo são simultaneamente antiliberais e antidemocráticos”³¹. Por democratas não liberais, afirma o jurista italiano que são aqueles que estão “mais interessados na distribuição do poder que em sua limitação, mais nas instituições de autogoverno que na divisão do governo central, mais na separação horizontal que na vertical dos poderes, mais na conquista da esfera pública que na cuidadosa defesa da esfera privada”.³²

A defesa da democracia (não só porque presente na Constituição Federal e fundamento da política agrícola) é fundamental para a preservação da paz social e é o melhor mecanismo para destituir um governante ruim sem derramamento de sangue. É verdade que a democracia faz surgir mais demandas e mais desafios ao Estado e governantes. Aumenta a participação popular e obriga a divisão de poderes, por vezes limitando-os. Mas essa é a regra do jogo democrático e deve ser respeitada.

³⁰ PINKER, Steven. **O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 244.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017, p. 66.

³² Ibid. id. p. 72.

3.5 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Preceitua o art. 225 da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente *ecologicamente equilibrado* e que o *poder público* e a *coletividade* têm o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O meio ambiente equilibrado é considerado direito fundamental de terceira geração. Celso de Mello afirma que tais direitos são aqueles que “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade [...]”.³³

A Constituição de 1988 inaugurou novo paradigma na proteção ambiental qualificando-a como direito fundamental. A preservação do meio ambiente está prevista também como condição para o cumprimento da função social da propriedade (art. 186, II, CF), de modo que inexoravelmente limita a iniciativa privada. Está diretamente ligado ao agronegócio tendo em vista que essa atividade faz uso de recursos naturais (solo, água, flora, biota, etc.).

O Código Florestal é a mais importante lei positiva que baliza o *equilíbrio* entre a economia e a preservação do meio ambiente na atividade agrária. Não se pode confundir, no entanto, Direito Ambiental e Código Florestal, aquele é mais amplo, enquanto este configura um conjunto de regras de direito positivo a ser aplicado nas propriedades. O certo é que é impossível realizar agricultura sem nenhuma intervenção no meio ambiente. Por isso, é que o pressuposto da sustentabilidade é a chave para o equilíbrio entre produção e preservação. E é esse o caminho adotado pelo moderno agronegócio.

Celso de Mello, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal reconhece a constante tensão entre os princípios do desenvolvimento e preservação, sugerindo que a melhor forma de equalizar tal conflito é a ponderação do caso concreto, com vista no desenvolvimento sustentável “para efeito de obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”.³⁴

Sobre o tema, destaca-se o importante julgamento justamente da constitucionalidade do Código Florestal de 2012 (Lei 12.651/2012). O Código teve uma incrível participação popular, com audiências públicas realizadas em todo o país, visando ouvir a população diretamente atingida. Buscou compatibilizar situações consolidadas com a proteção do meio ambiente, admitindo situações transitórias e excepcionais. O julgamento ainda não foi finalizado, já que pende de julgamento embargos de declaração (mormente para a definição do conceito de “identidade ecológica” constante do julgamento

³³ RECONDO, Felipe; PROENÇA, Marcelo. **Celso de Mello: três décadas de Supremo e de Constituição**. Belo Horizonte, MG: Coleção O Supremo; Casa do Direito, 2020, p. 45.

³⁴ *Ibid.* id. p. 48.

e que seria condição para compensação ambiental). Ao todo, foram julgadas cinco ações: ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC 42, todas de relatoria do Min. Luiz Fux. A Procuradoria-Geral da República e o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade ajuizaram as ADIs, visando discutir a constitucionalidade de dispositivos que dispunham sobre áreas de preservação permanente, à redução da reserva legal e à anistia para quem houvesse cometido infração antes de 22 de julho de 2008. A ADC foi proposta pelo PP – Partido Progressista e visava a declaração integral de constitucionalidade da Lei.

No que diz respeito à atividade agrária, destacam-se alguns pontos do julgamento:

(i) deu-se interpretação conforme ao art. 4º, IV, do Código Florestal, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação ambiental; (ii) reconheceu-se a constitucionalidade do art. 15 que autoriza o cômputo das APPs em Reserva Legal, desde que cumpridas as condições da Lei; (iii) declarou-se constitucional a CRA – Cota de Reserva Ambiental, prevista no art. 44 (regulamentado pelo Dec. 9.640/2015), que possibilita a emissão de título nominativo de área com vegetação nativa, podendo ser transferida a título gratuito ou oneroso a pessoas físicas ou jurídicas; (iv) deu-se interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, do Código Florestal, para permitir compensação, mediante CRA, apenas entre áreas com identidade ecológica (o texto prevê compensação em imóvel rural situado no mesmo bioma da área à qual o título está vinculado); (v) deu-se interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §§ 4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22/07/2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”; (vi) reconheceu-se a constitucionalidade dos arts. 61-A, 61-B e 61-C, que dispõem sobre a continuação de atividades agrosilvipastoris em áreas de preservação permanente consolidadas até 22 de julho de 2008; e (vii) reconheceu-se a constitucionalidade dos arts. 66, 67 e 68 que dispõem sobre intervenções realizadas nas áreas consolidadas em reservas legais até 22 de julho de 2008.

Destaca-se trecho da ementa:

[...] as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o

mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. 12. *Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc.* 13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas. 14. *A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.* A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio. [...]

Como se viu, o STF declarou a constitucionalidade da quase totalidade dos dispositivos legais questionados, preservando a autonomia do Congresso Nacional na regulamentação da matéria, sem que isso implicasse em “retrocesso ambiental”. O Código Florestal é exemplo de norma legal bem-sucedida no que diz respeito ao amplo debate na sociedade civil e setores interessados, além da ponderação dos interesses envolvidos pelo STF.

O Brasil é referência mundial em agricultura tropical com preservação ambiental. Não se pode negar que há ilícitos ambientais de uma minoria. Mas, para isso, temos a legislação mais avançada e rigorosa em matéria ambiental

do mundo. Os mecanismos de comando e controle devem se fazer presentes nesses casos. Devemos capitalizar esse grande diferencial brasileiro e nos tornarmos exemplo mundial de agricultura sustentável, inculcando em todos que não é necessário o desrespeito ao Código Florestal ou as normas de Direito Ambiental para o aumento da produção agrícola. Avançadas técnicas de agricultura de precisão, controle de pragas, fertilização do solo, diversificação da produção, tecnologia e inovação são os instrumentos legais disponíveis aos produtores rurais para avançar no desenvolvimento agrícola sustentável.

CONCLUSÃO

O presente ensaio teve como objetivo realçar a importância da Constituição Federal de 1988 e da jurisdição constitucional para o agronegócio, mais precisamente para um Direito aplicado ao Agronegócio. A Constituição Federal é depositária fiel dos objetivos da República e da Nação Brasileira e devemos respeito a ela. O constitucionalismo contemporâneo tem se debruçado nessa perspectiva de constitucionalização do Direito, e o Direito Agrário, ou mesmo, a proposta de um Direito do Agronegócio como ramo autônomo não poderá estar dissociada dessa ideia.

Ao longo do texto, expôs-se que a Constituição exerce força normativa que não pode estar dissociada da aplicação do Direito ao caso concreto. Para isso, devem-se dominar os princípios constitucionais, sobretudo para aplicação em casos difíceis, já que, ao contrário das regras, há uma maior amplitude. Além disso, princípios podem colidir-se, sendo necessário ao intérprete ponderá-los para uma adequada interpretação unitária da Constituição Federal.

Por sua vez, destacou-se a importância da jurisdição constitucional, em especial a promovida pela Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade e em repercussão geral, na consolidação desses princípios, visando garantir a institucionalidade e a preservação da atividade produtiva primária.

É incontroverso que o agronegócio, desde o seu surgimento, foi importante para a formação do Estado. Atividade primária é fundamental para aplacar a fome da população e garantir a paz e a soberania nacional, devendo estar presente em qualquer plano de Governo como atividade estratégica. Mais que isso, agricultura deve ser analisada como *política de Estado*. Por *agronegócio* adota-se o conceito dos Professores John Davys e Ray Goldberg, de Harvard, tratando-se de uma *ampla cadeia de negócios desenvolvidos antes, dentro e depois da porteira, por pequenos, médios e grandes produtores*.

O Brasil tem no complexo do agronegócio fonte principal para o equilíbrio da balança comercial, renda e desenvolvimento regional. Porém, não podemos cair na armadilha das *commodities*. É preciso diversificar, investir

na agroindústria, na tecnologia, na inovação e agregar valor aos produtos agropecuários *made in Brazil*. Isso gerará um círculo vicioso, com incentivo ao empreendedorismo e geração de empregos, principalmente no interior do país, áreas que durante anos foram negligenciadas e deixadas à revelia do desenvolvimento nacional.

Deve-se, ainda, capitalizar o potencial ambiental da agricultura brasileira, sobretudo explorar a diversidade biológica das nossas florestas. A pauta ambiental é uma necessidade presente e futura. Não podemos fechar os olhos para essa realidade. Por isso a agricultura brasileira deve ser sustentável, sob pena de no médio ou longo prazo, sofrermos boicotes comerciais. Afinal de contas, apesar de grande produtor, o Brasil não possui o monopólio da produção agrícola mundial

Os *macroprincípios* tratados neste estudo, alguns se desdobrando em mais de um, trata-se de uma proposta para pensar o *direito aplicado ao agronegócio*, a partir de uma visão constitucional. Não são exaustivos, mas considera-se principais, sem os quais não há um ambiente seguro para aplicação do Direito, fomento aos negócios jurídicos e uma proposta de Nação que tenha no agronegócio um dos alicerces da República. Nesse sentido, as decisões do STF apontadas vão ao encontro dessa base principiológica apontada.

Para um *Direito aplicado ao agronegócio* é necessário pensar um arcabouço principiológico presentes na Constituição Federal. Ela é a Lei Fundamental, para a qual devemos respeito. Ela é a fonte de luz e o caminho a ser percorrido, tendo como guardião o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Institui o Estatuto da Terra**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973. **Estatui normas reguladoras do trabalho rural**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. **Dispõe sobre a política agrícola**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993. **Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei 11.428 de 22 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Lei 12.651 de 25 de maio de 2012. Código Florestal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 324, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019.
- BRASIL. RE 1017365, Relator(a): EDSON FACHIN, Plenário, 7.6.2023. Divulgado em 16/06/2023.
- BRASIL. ADI 2213 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-02 PP-00296.
- BRASIL. MS 22045, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/1995, DJ 30-06-1995 PP-20408 EMENT VOL-01793-01 PP-00159.
- BRASIL. MS 25493, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2011, DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012 EMENT VOL-02653-01 PP-00001.
- BRASIL. MS 24547, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2003, DJ 23-04-2004 PP-00035 EMENT VOL-02148-03 PP-00622 RTJ VOL-00191-01 PP-00174.
- BRASIL. ADI 5623, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 30-11-2022 PUBLIC 01-12-2022.
- BRASIL. ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019.
- BRASIL. ADI 4937 PROCESSO ELETRÔNICO JULG-28-02-2018 UF-DF TURMA-TP MIN-LUIZ FUX N.PÁG-665 DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019.
- BRASIL. ADI 4903 PROCESSO ELETRÔNICO JULG-28-02-2018 UF-DF TURMA-TP MIN-LUIZ FUX N.PÁG-666 DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019 .
- BRASIL. ADI 4901 PROCESSO ELETRÔNICO JULG-28-02-2018 UF-DF TURMA-TP MIN-LUIZ FUX N.PÁG-666 DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019.
- BRASIL. ADI 4902 PROCESSO ELETRÔNICO JULG-28-02-2018 UF-DF TURMA-TP MIN-LUIZ FUX N.PÁG-643 DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos**

- fundamentais e a construção do novo modelo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Edipro, 2017
- BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de M. (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 35. ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes [et.al.]. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França – São Paulo: Saraiva, 1977.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KOHL, Paulo Roberto. **Imposto de renda da pessoa física na atividade rural.** São Paulo: Editora Modelo, 2011.
- LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário.* São Paulo: LTr, 1975
- LUZ, Valdemar P. da, **As imperfeições legislativas e suas conseqüências: o problema da insegurança jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- MATOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa – v. I – 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2010, 2ª reimpressão, 2023.**
- NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 6. ed. ampli. e atual até a EC 95/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PINKER, Steven. **O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- RECONDO, Felipe; PROENÇA, Marcelo. **Celso de Mello: três décadas de Supremo e de Constituição.** Belo Horizonte, MG: Coleção O Supremo; Casa do Direito, 2020.
- STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

NEOCONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO JURÍDICO E PRECEDENTES

Camila Soares Cavassin Jayme³⁵, Cristiane Santos Leite³⁶

RESUMO

O título do artigo é esclarecedor, na medida que é sucinto e direto com o leitor. Este artigo está dividido em três pontos centrais, e aborda o neoconstitucionalismo, o pluralismo jurídico e os precedentes, para em seu decorrer estabelecer uma relação entre os três institutos. O objetivo central do estudo é, portanto, entender como se relacionam os fenômenos do neoconstitucionalismo com o pluralismo jurídico, e se os precedentes se aplicam ao cenário ou fazem jus a eles. Com análise documental bibliográfica, pelo método dedutivo e indutivo, a pesquisa alcança a conclusão de evidente relação e conexão dos temas, sendo o pluralismo jurídico decorrência do neoconstitucionalismo, e os precedentes uma forma de sua externalização e consolidação em casos reais e concretos.

Palavras-chave: direitos fundamentais; teoria constitucional; neoconstitucionalismo; pluralismo jurídico; precedentes.

INTRODUÇÃO

Os conflitos sociais e as guerras que precederam a Segunda Guerra Mundial, bem como a própria Segunda Guerra, foi o cenário que somatizou na emergência do reconhecimento e da consolidação de direitos fundamentais nas Constituições das diversas nações do mundo. O movimento do constitucionalismo foi à sua época inovador quanto a sua visão jurídica dos direitos fundamentais. Mas hoje, esse movimento já abre espaço para algo mais novo, para o movimento do neoconstitucionalismo, fruto dos movimentos sociais e multiculturais atuais.

É justamente esses movimentos sociais e multiculturais atuais que nos levam ao reconhecimento de que as sociedades modernas são compostas por diversidades, grupos de minorias e majorias, iguais e diferentes, questões que dizem respeito à descendência, raça, cor, gênero, orientação sexual, orientação

³⁵ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia – Jurisdição e Democracia, UniBrasil, bolsista CAPES/PROSUP, Assessora Jurídica chefe de gabinete de Desembargadora Substituta TJPR, E-mail: cmis@tjpr.jus.br.

³⁶ Mestranda em Fundamentos da Responsabilidade Civil, Universidade de Girona, Desembargadora Substituta TJPR, Curitiba/PR, (41) 98819 7666, E-mail: gcsl@tjpr.jus.br.

política, entre outros, mas que aos olhos do direito são igualmente sujeitos de direitos e deveres, ou ao menos, deveriam ser.

Em busca de melhor compreensão do que vem a ser o neoconstitucionalismo, se desenvolve, no primeiro tópico, o que é o movimento, em tentativa frustrada de o conceituar em breves linhas, bem como estuda-se a sua origem e características. Ainda quanto ao neoconstitucionalismo faz-se destaque para seu contexto no cenário brasileiro, bem como sua contribuição para o fenômeno do constitucionalismo do direito. Na sequência, lê-se mais sobre o instituto do pluralismo jurídico, abordando seu conceito e traços elementares, colocando-o em oposição ao Tradicionalismo. E por fim, em tópico destinado ao Poder Judiciário, tecem-se considerações quanto a atuação do judiciário, e a relação e interação dos precedentes judiciais com esses dois fenômenos jurídicos do Estado Constitucional e Democrático.

O presente trabalho de pesquisa foi desenvolvido pelo método dedutivo e indutivo, com base em pesquisa bibliográfica e análise documental de artigos científicos de periódicos e doutrina nacional.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicia-se o estudo com a indicação do significado da expressão neoconstitucionalismo. Em definição pura e simples de dicionário jurídico, neoconstitucionalismo é posto como sinônimo de pós-positivismo, e “trata da ascensão e decadência do positivismo, e do pós-positivismo, destacando suas principais características com base nos princípios do Direito.”³⁷. Adiante, a compreensão de neoconstitucionalismo como sinônimo de pós-positivismo ou como subconjunto desse será descartada.³⁸ É, ainda, em sua literalidade compreendido como “constitucionalismo contemporâneo, uma doutrina do Direito que coloca a Constituição no centro do ordenamento jurídico e que interpreta o direito a partir dos Direitos Fundamentais.”³⁹

Ainda na análise semântica, neoconstitucionalismo é a junção do pré-fixo “neo” à palavra constitucionalismo. Tomando por base que o pré-fixo “neo” exprime a noção de novo⁴⁰, então neoconstitucionalismo é o

³⁷ NEOCONSTITUCIONALISMO. *In*: **DireitoNet, Dicionário Online Jurídico**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/busca?palavras=neoconstitucionalismo+>. Acesso em: 07 set. 2022.

³⁸ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 09.

³⁹ LENZI, Tié. Neoconstitucionalismo. *In*: **Significados, Dicionário Online Jurídico**. Disponível em <https://www.significados.com.br/neoconstitucionalismo/> Acesso em: 07 set. 2022.

⁴⁰ NEO. *In*: **Priberam Dicionário Online**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/neo>.

novo constitucionalismo. O constitucionalismo, por sua vez, é resultado das revoluções liberais ocorridas nos séculos XVII e XVIII, quando sob o manto do Iluminismo teve início a propagação do estudo e discurso jurídico sobre direitos fundamentais, mesmo que se admita que essa perspectiva de direito já tivesse sido objeto do pensamento filosófico antecedente.⁴¹

É como fruto das revoluções do fim do século XVIII e dos debates coloniais na América Inglesa contra as medidas impostas pela metrópole, que floresceu o conceito moderno de Constituição. O constitucionalismo abrangiu nova visão jurídica de sociedade, política, interesses individuais e coletivos, com ambições e divergências estabelecidas pelos filtros da Constituição, que subordinaria a todos regendo a convivência em sociedade que é naturalmente conflituosa.⁴²

Outro marco temporal do constitucionalismo é indicado, desta vez no século XX, com o alcance dos novos direitos sociais pela Carta Mexicana de 1917 e o documento de Weimar de 1919, abordando nova fórmula para as democracias de massa, como surgimento da separação de poderes e a atuação do judiciário no controle de políticas públicas.⁴³

Identifica-se ser complexa a tarefa de pontuar o conceito de neoconstitucionalismo em uma concepção teórica clara e coesa, e que esta dificuldade estaria atrelada ao fato de que não existe um único neoconstitucionalismo, mas sim “diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo”⁴⁴

O que seria o neoconstitucionalismo? Carbonell sustenta que o constitucionalismo contemporâneo tem definido seus traços característicos nos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir da Segundo Guerra Mundial. Observa, no entanto, que ele não é um modelo estático, mas dinâmico que tem evoluído em diversos sentidos. ... Se essas mudanças merecem receber a designação

Acesso em: 07 set. 2022.

⁴¹ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 01.

⁴² SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 198.

⁴³ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 01.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 07 set. 2022. p. 02.

de “novo”, a resposta depende de como o intérprete analisa o fenômeno estudado. Se se tratar de uma ruptura, talvez sim, do contrário não.⁴⁵

Verifica-se, pois, que o neoconstitucionalismo é um conceito, modelo ou também denominado de fenômeno, ainda em construção, porque dinâmico e na iminência de evolução e mudanças.

O neoconstitucionalismo, ou o novo constitucionalismo, demanda uma nova leitura do papel da Constituição e como ela se apresenta, se valorizando novamente a hermenêutica e interpretação jurídica, mas tomando por base novo parâmetro, da dignidade da pessoa humana, na moral e nos direitos fundamentais. Ou seja, no neoconstitucionalismo a interpretação deve ser realizada com base na própria Constituição, adotando-a como marco e fonte principais, se tornando constantes a impregnação da constituição em todos os ramos do direito na ampliação da tutela dos direitos fundamentais.⁴⁶ É o que adiante destacar-se-á como constitucionalização do direito.

As imprecisões se apresentam, por exemplo, na afirmativa de Cavalcanti Maia de que “[...] o neoconstitucionalismo tem admitido duas vertentes, uma alinhada ao pós-positivismo, outra a positivismo inclusivo.”⁴⁷ Nesta linha, da imprecisão da expressão neoconstitucionalismo, indica-se o seu caráter ambíguo e a dificuldade inclusive em se delimitar o seu objeto de estudo, já que alguns partem da perspectiva histórica, analisando e valorizando as transformações normativas constitucionais, enquanto outros partem da perspectiva estritamente doutrinária, qual seja de encará-lo como base teórica para conduzir, justificar e explicar as transformações estruturais verificadas no âmbito do direito objeto.⁴⁸

Indica-se a orientação de que o (neo)constitucional deve observar o passado, o presente e o futuro, ou seja, quais paradigmas fundamentaram a norma constitucional, qual a mudança fática que a sociedade sofreu desde então, e quais os seus anseios futuros. “O estudo constitucional implica observar o passado, [...] compreender sua origem, o que foi superado dentro

⁴⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. Nota de rodapé 17, p. 20.

⁴⁶ SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 199.

⁴⁷ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 07 e 08.

⁴⁸ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 04.

da teoria jurídica constitucional, seus paradigmas atuais e aquilo que ainda não está compreendido em seu texto.”⁴⁹

Acredita-se que em verdade essas duas perspectivas não possam ser compreendidas de forma separada e independentes. O autor em análise resume o neoconstitucionalismo como:

[...], um feixe de teoria, de metodologia e de ideologia desenvolvido a partir de um determinado período histórico, tendo por pano de fundo uma diminuição do espaço compreendido entre Direito e Moral, ocasionando, muitas vezes, uma superposição entre ambos os planos. Herdeiro longínquo da tradição kantiana e, mais proximamente, de doutrinadores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino, Figueroa oferece valiosa contribuição ao estudo do neoconstitucionalismo não-positivista, que aponta no resgate da racionalidade prática como elemento condutor de deveres morais que, sob certas condições, determinam o conteúdo de imposições jurídicas.⁵⁰

Ou seja, reconhecendo a impossibilidade de se afastar o plano histórico do plano doutrinário, aponta-se o neoconstitucionalismo como uma reaproximação do direito e da moral, resgatando-se a racionalidade prática como elemento norteador de deveres morais que podem determinar certas normas jurídicas. Mais um trecho para elucidar:

Neoconstitucionalismo, portanto, deve ser definido, para o que aqui se propõe, como uma reunião de linhas teóricas que partem de dois elementos básicos: i) reaproximação do Direito com a Moral; ii) o reconhecimento do relevante papel desempenhado pela Constituição nesse reenquadramento valorativo do Direito, o que passa pelo fortalecimento da sua força normativa, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo remodelamento das técnicas utilizadas para a sua interpretação. Destro dessa linha mestra, são admissíveis proposições jusnaturalistas (fracas), positivistas inclusivas ou pós-positivistas, já que todas elas podem perfeitamente conviver com o arcabouço teórico neoconstitucional.⁵¹

⁴⁹ SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 197.

⁵⁰ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 06.

⁵¹ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**.

Justamente daqui é que se compreendeu que neste contexto, de compatibilidade do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo com o neoconstitucionalismo, é necessário o descarte da concepção de neoconstitucionalismo como sinônimo ou subconjunto do pós-positivismo. Mas anota-se que há quem defenda que “Em que pesem as críticas, o neoconstitucionalismo se instala como fenômeno atrelado ao pós-positivismo.”⁵²

O neoconstitucionalismo foi apresentado como a transição entre o Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, no pós Segunda Guerra mundial, onde o foco antes nos legisladores e na lei como vontade popular passou para a Constituição dotada de força suprema, papel central necessário para se restabelecer a democracia e se reorganizar a política, na implementação do Estado Constitucional.⁵³

Apesar da dúvida de um conceito propriamente dito de neoconstitucionalismo, resta indicado o primeiro elemento básico dele, que é pertinente a busca de uma proximidade na relação entre Direito e Moral, sob várias perspectivas possíveis, sendo indicado como conveniente o estudo de como a Constituição adquiriu papel central nessa aproximação. Assim, a análise se aponta para a compreensão de como a Constituição ganhou força normativa, para depois se compreender como ela pode contribuir para a valoração dos juízos morais, através dos princípios, dos direitos fundamentais e da evolução no estudo da interpretação jurídica.⁵⁴

O autor Marcos Augusto Maliska nos apresenta o neoconstitucionalismo através do estudo da abertura, cooperação e integração da ordem constitucional, indicando que este movimento constitucional se iniciou após a segunda guerra mundial, e que em virtude do sofrimento com a experiência do conflito armado passou a se preocupar com os direitos humanos. Também indicou ser esse movimento constitucional o espaço de discussão das contradições de uma sociedade cada vez mais pluralista.⁵⁵

Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 09.

⁵² SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 72.

⁵³ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 70.

⁵⁴ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 22.

⁵⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 11.

No que diz respeito à abertura, a obra está dividida em abertura da Constituição para fora e abertura da Constituição para dentro. Quanto a cooperação, ela é estudada no plano normativo e no plano material. Por fim quanto a integração, essa é dividida em integração política e soberania, integração econômica e integração social e cultural. É no âmbito da característica de abertura da constituição para dentro, que a discussão quanto a igualdade e a diversidade, bem como quanto aos desafios de uma sociedade pluralista se faz presente.⁵⁶

O conceito de abertura, além de indicar um elemento fundamental da existência da ordem constitucional no contexto de uma rede de Constituições, também serve para caracterizar as Constituições de sociedades pluralistas. Assim, a ordem constitucional se abre para dentro, para a sua própria sociedade, no sentido de que, além de garantir o pluralismo, a ordem constitucional se abre para ele.⁵⁷

Portanto, na abertura da Constituição para dentro é que há esse diálogo entre a Constituição e as peculiaridades e pluralismo próprios da sua sociedade regida. Aponta-se a relação de dependência entre o Pluralismo e a Constituição, já que um não existe sem o outro. Nessa relação de dependência “[...] a Constituição enquanto possibilidade de afirmação do Princípio da Isonomia não existe sem diversidade.”⁵⁸

Ainda no estudo do neoconstitucionalismo, desta vez na característica da cooperação, se vê a ligação entre a abertura e a cooperação, já que esta é consequência daquela.⁵⁹

Por cooperação em sentido normativo se entende as diversas formas de compartilhamento da atividade legislativa normativa, sejam elas do ponto de vista externo, [...], sejam elas sob o ponto de vista interno, da participação de atores privados no processo legislativo, decorrente de um pluralismo jurídico previsto no quadro constitucional.⁶⁰

⁵⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 09 e 10.

⁵⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 36.

⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 40.

⁵⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 12.

⁶⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 12.

Com a lembrança de que fala-se de neoconstitucionalismo, abertura, cooperação e integração da constituição, acrescenta-se que a observação de que “A função integradora da Constituição carece hoje de uma profunda revisão originada pelos fenômenos do pluralismo jurídico e do multiculturalismo social.”⁶¹ Resgata-se que se fala de uma ordem constitucional nacional que passou a ser parte de uma ordem maior, as quais devem se interagir e integrar entre si no ambiente sociocultural.⁶² “[... pluralismo é uma categoria que retrata tanto a diversidade interna no âmbito da ordem constitucional nacional, como a diversidade externa, consistente na inserção da ordem constitucional nacional num ambiente maior de convívio com outras ordens constitucionais.”⁶³

Este gancho e correlação entre neoconstitucionalismo (abertura, cooperação e integração da ordem constitucional) e pluralismo jurídico que tem-se de manter em mente para, no tópico a seguir, tratar-se mais do pluralismo jurídico.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Menciona-se que no Brasil, assim como outros países latinos como Espanha e Itália, o estudo da Constituição, dos direitos fundamentais e dos direitos sociais ocorre sobre a expressão de neoconstitucionalismo, sendo importante o seu delineamento, porque as discussões morais e filosóficas que acompanham o neoconstitucionalismo estariam sendo trocadas por lições econômicas de origem duvidosa.⁶⁴

Barroso (2015) aponta como referência desse ainda recente Direito Constitucional, surgido na Europa, a Lei Fundamental de Bonn¹⁴, em 1949, e, por conseguinte, a instalação do Tribunal Constitucional Federal (1951), que possibilitou a crescimento da produção científica do Direito Constitucional baseado em teorias e jurisprudências. Barroso (2015) destaca ainda, nesse novo constitucionalismo, a Constituição da Itália (1947) e a criação da sua Corte Constitucional (1956); a Constituição portuguesa de 1976; e a espanhola, em 1978. Do mesmo modo, Gontijo (2015) valoriza as citadas Constituições, mas destaca também, na América do Sul, a Constituição Brasileira de 1988.⁶⁵

⁶¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 36.

⁶² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 128.

⁶³ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 128.

⁶⁴ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 03.

⁶⁵ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e

É com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que o direito constitucional no Brasil ganha destaque, estimulando o surgimento de um sentimento constitucional diferenciado quanto às Constituições anteriores. É a Constituição de 1988 que teve o condão de trazer esperança de resolução dos problemas estruturais brasileiros.⁶⁶

Tomando como ponto central esta Constituição promissora e esperançosa, no cenário brasileiro o neoconstitucionalismo pode ser tomado como um novo paradigma jurídico, que transforma a forma de pensar, ao superar o debate entre positivistas e jusnaturalistas, lançando uma nova teoria para o direito que se dedica “[...] ao estudo da teoria da norma e das fontes, ainda que também supere o positivismo no ensejo de explicar as transformações ocorridas nos últimos anos.”⁶⁷

Indica-se que no ordenamento jurídico brasileiro o fenômeno do neoconstitucionalismo ocorre como consequência de um intenso processo de releitura de todo o direito sob a ótica do direito constitucional, “[...] adotando-se a Constituição no eixo central do ordenamento jurídico.”⁶⁸

Deve se reconhecer que a globalização e o neoconstitucionalismo impõe que a Constituição não se limite apenas a critérios nacionais, mas também internacionais e transconstitucionais, com isso, outras normas além da Constituição recebem destaque como por exemplo normativas internacionais sobre direitos humanos, que recebem um peso maior na legislação nacional e na proposta de políticas públicas.⁶⁹ É a já indicada abertura da constituição para fora.

seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 71.

⁶⁶ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 71.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 06-07.

⁶⁸ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 55.

⁶⁹ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 73.

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁷⁰

Latente, pois, que o Brasil a exemplo de outros tantos países, segue a tendência do neoconstitucionalismo, como resultado das emergências sociais e plurais atuais.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Por fim, como consequência do fenômeno do neoconstitucionalismo tem-se a constitucionalização do direito. A constitucionalização do direito é fenômeno novo que compreende a projeção das normas constitucionais em todo o sistema jurídico. Também indicado como ubiquidade constitucional, esse é o fenômeno que torna onipresente a Constituição em todo o ordenamento jurídico.⁷¹ Ou seja, é dizer que todas as normas infraconstitucionais devem ser lidas com a lente da Constituição, de acordo com suas diretrizes.

Destacam-se duas principais características da constitucionalização do direito: “a) a Constituição passa a tratar temas também da legislação infraconstitucional e b) os princípios constitucionais penetram no ordenamento legal, promovendo a filtragem constitucional.”⁷²

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 07 set. 2022. p. 01.

⁷¹ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 73.

⁷² SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e

A doutrina indica dentre os marcos do neoconstitucionalismo:

[...] a) presença da constituição em todos os ramos do Direito, seja em causas de grande relevância social, ou naquelas de cunho individual; b) intensificação da presença judicial, concomitantemente à diminuição da autonomia irrestrita do legislador; c) revisão da teoria da interpretação, com foco na ampliação do papel da hermenêutica constitucional; d) destaque para os direitos e princípios fundamentais, em prejuízo da aplicação das regras aplicadas no “tudo ou nada”, para aumentar o enfrentamento dos casos concretos através da ponderação; e) Percepção de interpretação do Direito e da resolução dos problemas fora do ambiente exclusivamente judicial.⁷³

E acrescenta como marcos teóricos:

a) o peso da força normativa da Constituição; b) a extensão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova ordem de interpretação constitucional. Incontestavelmente, as constituições são as grandes protagonistas desse novo processo constitucional chamado de Neoconstitucionalismo.⁷⁴

Evidente que estes marcos do neoconstitucionalismo dizem respeito a constitucionalização do direito, diante da leitura e interpretação da Constituição pela própria Constituição.

2 PLURALISMO JURÍDICO

Tal qual como buscou-se compreender a expressão neoconstitucionalismo, breve apontamento quanto à palavra pluralismo se apresenta. Pluralismo é o oposto de singularidade, unicidade, homogeneidade, uniformidade, invariabilidade,

seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 74.

⁷³ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 72.

⁷⁴ SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 72.

semelhança, entre outros.⁷⁵ Pluralismo é, portanto, o status que reconhece a existência de multiplicidade de algo. No caso do pluralismo jurídico, tem-se a multiplicidade de diferentes direitos. O pluralismo jurídico é a soma da diversidade de normas que vigoram em uma determinada sociedade, ao mesmo tempo. “O pluralismo jurídico refere-se a ordens jurídicas que não só coexistem, como interagem.”⁷⁶

Pluralismo é, assim, expressão do mundo moderno, do desenvolvimento do direito racional como instrumento de regulação, mas também de emancipação social, no qual o sentimento de “bem comum” é construído pela interação dos cidadãos na arena pública, assentada no reconhecimento político da pessoa ética “diferente”, com igualdade de direitos, que participa da criação do direito com autonomia pessoal e política.⁷⁷

Assim posto, o pluralismo é o reconhecimento do plural, é o reconhecimento político de igualdade de direitos para as pessoas eticamente diferentes. A doutrina expressa:

Canotilho designa como “pluralismo jurídico a situação em que existe uma pluralidade heterogênea de direitos dentro do mesmo campo social. O ‘pluralismo de direitos’ pressupõe uma sociedade multicultural (‘pluralismo cultural’) formada por vários grupos culturais (‘índios’, ‘hispanicos’, ‘cabo-verdianos’, ‘africanos’, ‘turcos’, ‘indianos’) que produzem normas [...] que atuam no mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas ‘macroculturas’ dominantes nesse mesmo espaço”. Segundo ainda o autor, “a consideração das objeções multiculturais obra a teoria da Constituição a insistir numa nova ficção da lei fundamental: a função de estruturar e garantir um sistema constitucional pluralístico”.⁷⁸

Destaca-se da doutrina o apontamento do filósofo Leibniz como o mentor da ideia de codificação e do pluralismo jurídico.⁷⁹ Em que pese a

⁷⁵ PLURALIDADE. Antônimo de pluralidade. *In*: **Dicionário de Antônimos Online**. Disponível em <https://www.antonimos.com.br/pluralidade/>. Acesso em: 07 set. 2022.

⁷⁶ ARAÚJO, Sara. Pluralismo jurídico, **Dicionário Alice**. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87199/1/Pluralismo%20juridico_Dicionario%20Alice.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

⁷⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Sobre o Tradicionalismo (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 1. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 02.

⁷⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 36 e 37.

⁷⁹ MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como

concepção moderna de Estado indicar o monopólio do direito na lei, Leibniz admite a existência de norma não estatal, como por exemplo o direito consuetudinário ou das associações, e concede ao julgador uma posição mais livre.⁸⁰ Para isso, ele enfatiza um conceito de Constituição plural, e não limitada à Constituição de um Estado.⁸¹ Indica-se como indesejável o monopólio do direito na lei, justamente pela impossibilidade de se redigir um código completo, frente a constatação de que as demandas que chegam ao judiciário normalmente se dão pela omissão da lei, e que a lei não as poderia ter previsto, justamente pela diversidade de casos e circunstâncias individualizadas e pela constante alteração das circunstâncias sociais.⁸²

É, portanto, a ideia de uma ordem plural –uma soberania compartilhada que distingue a Teoria do Estado de Leibniz das ideias centralizadas do absolutismo esclarecido. Enquanto o Estado “moderno” sob soberania compreende a capacidade de autodeterminação jurídica exclusiva, Leibniz descreve a sociedade com base em um federalismo funcional e territorial.⁸³

A filosofia política de Leibniz, baseada na compreensão plural da soberania e das fontes do direito, o coloca fora do grupo de iniciadores do Estado moderno.⁸⁴ Saindo do campo filosófico, e se aproximando ao campo

mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 06.

⁸⁰ MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 12.

⁸¹ MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 13.

⁸² MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 19.

⁸³ MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 20.

⁸⁴ MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 24 e 25.

jurídico, reproduz-se a crítica e o alerta quanto a abordagem não cautelosa acerca do pluralismo jurídico global, usado como rótulo para generalização de tendências da sociedade contemporânea.⁸⁵

No contexto do pluralismo jurídico, fatos da sociedade em transformação e da globalização são invocados como novos, mas por vezes não contém nada de extraordinário ou novo, e nem autorizam o abandono dos conceitos e explicações antigos.⁸⁶ Se a vontade dos indivíduos é o centro gravitacional do direito, em detrimento da vontade do Estado, a soberania se dá pela participação em estruturas plurais ou mistas.⁸⁷

Pluralismo jurídico ocorre quando dentro de um mesmo espaço social há uma pluralidade de diferentes direitos, e este pluralismo de direitos pressupõe uma sociedade multicultural formada por diferentes grupos culturais que produzem diferentes normas que atuam em mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas culturas dominantes.⁸⁸

Na busca da compreensão do que consiste múltiplas realidades jurídicas e múltiplos direitos, questiona-se o que são direitos?

Concebe-se como direito, o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.⁸⁹

Direito é a norma. Apresenta-se o direito como um tradutor da realidade social e como seu controlador.⁹⁰ Sob o título do pluralismo jurídico

⁸⁵ ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 240.

⁸⁶ ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 241.

⁸⁷ ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 243.

⁸⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração. Curitiba, Juruá, 2013. p. 36.

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 59 e 60.

⁹⁰ ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em:

é que se discutem as questões pertinentes ao meio como o direito positivo se integra à realidade social.⁹¹

O pluralismo é inerente à realidade social do direito, e é por isso que o pluralismo jurídico parece estar acima de qualquer suspeita para muitos pesquisadores. O direito pode ser entendido como um instrumento de coerção social, sua função ser a de levar o povo a cumprir certos atos. Aqui catalogados como “direito” podem ser considerados diferentes mecanismos normativos, e as muitas tentativas de diferenciá-los poderia ser suspeita de subjetivismo. [...] Se se seguir Bronislaw Malinowski e se aceitar o fundamento básico do pluralismo – de que o direito abarca todos os mecanismos de controle social – então o direito está em tudo onde se encontra coerção social.⁹²

Aponta-se na literatura como e em que contextos são identificados a existência de pluralismo jurídico.

[...] Em primeiro lugar, o caso dos países com tradições culturais dominantes ou exclusivamente não europeias, que adotam o direito europeu como instrumento de “modernização” e de consolidação do poder do Estado. [...] o direito tradicional não ter sido eliminado, no plano sociológico, pelo novo direito oficial, [...]. O segundo contexto de pluralismo jurídico de origem não colonial teve lugar quando, em virtude de uma revolução social, o direito tradicional entrou em conflito com a nova legalidade, sem, no entanto, ter deixado de continuar a vigorar, em termos sociológicos, durante largo tempo. [...] Por último, [...] pluralismo jurídico nos casos em que populações autóctones, “nativas” ou indígenas, quando não totalmente exterminadas, foram submetidas ao direito do conquistador com a permissão, expressa ou implícita, de em certos domínios continuarem a seguir o seu direito tradicional. [...] Todos esses casos de pluralismo jurídico, com vigência sociológica reconhecida ou não pelo direito dominante, constituem situações socialmente consolidadas e de longa duração, onde se refletem conflitos

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set 2022. p. 248.

⁹¹ ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 251.

⁹² ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 253.

sociais que acumulam e condensam clivagens socioeconômicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes. [...] sociedades [...] “heterogêneas” [...]”⁹³

Verifica-se, pois, dos contextos mencionados que o pluralismo jurídico pressupõe a existência de falta de homogeneidade do direito naquela sociedade. Ou seja, o direito posto não se aplica da mesma forma ou não se aceita ou não se impõe a todos.

O pluralismo jurídico acontece quando “[...] as contradições se condensam na criação de espaços sociais, [...] segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos.”⁹⁴

A doutrina menciona a obra de Berlin e sua abordagem do pluralismo ético, constituído pelo marco central da relação entre democracia e liberalismo. Para ele, o principal elemento do pluralismo ético está em compreender que “[...] “nem todos os valores supremos buscados pela humanidade agora e no passado são necessariamente compatíveis uns com os outros”. Para o “pluralismo ético”, “é evidente que os valores colidem”, e “essas colisões de valores fazem parte da essência do que eles são e do que somos.”⁹⁵

Enfatiza-se a diferença existente no conflito dos conceitos e significados dos valores entre o mundo ideal e o mundo real, sendo inevitável a colisão e superação de uns em detrimento de outros quando da satisfação de alguns valores.⁹⁶

O pluralismo ético assume uma postura cética com relação ao desacordo existente entre as inúmeras doutrinas abrangentes de caráter moral, filosófico e religioso, com relação as inúmeras concepções individuais e coletivas do que vem a ser uma vida digna. ⁹⁷ “Por isso, a democracia deliberativa se engaja na identificação de um campo comum, que pode ser objeto de consenso.”⁹⁸

⁹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 62 e 63.

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 63.

⁹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 53.

⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 53.

⁹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65 e 66.

⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um**

Apesar do pluralismo jurídico ser algo desejável no contexto do neoconstitucionalismo, há alguns problemas no pluralismo político que hoje são mais amplamente tratados pela antropologia do direito.⁹⁹ Alguns problemas no reconhecimento do pluralismo jurídico são mencionados, como o de como se reconhecer que em um mesmo espaço geopolítico, existem mais de um direito, sendo que tal reconhecimento colidiria com os pressupostos constitucionais do Estado moderno de monopólio da produção do direito.¹⁰⁰

A afirmação de que a Constituição garante o pluralismo implica uma relação complexa, pois se apresenta como uma dificuldade de grandes proporções à delimitação da extensão desse pluralismo ou, até mesmo, a possibilidade dessa delimitação. O pluralismo é intrínseco à dinâmica das sociedades, ou seja, não há uma ordem plural pronta e acabada, mas sim uma ordem plural em constante mutação, em que novos direitos são continuamente afirmados.¹⁰¹

Evidencia-se a complexidade da questão pertinente ao pluralismo jurídico, aparentemente tão natural à existência dos seres em convívio na sociedade, mas não tão nítido na legislação e direito posto que os rege e guia.

Por isso se diz que o Estado constitucional cooperativo é aquele que através do Princípio da Igualdade reconhece as diferenças e busca seus objetivos, rompendo-se assim com o princípio da homogeneidade, e traçando políticas públicas que tem por objetivo buscar o respeito às diversidades e a igualdade de oportunidades.¹⁰²

Mesmo que se diga em pluralidades e pluralismo, anote-se que há limites a eles, uma vez que se considera a necessidade de que haja um certo consenso social para se afirmar a ordem constitucional¹⁰³. Nesse sentido a pertinente observação de que “[...] só pode haver igualdade se houver desigualdade e que o pressuposto do Estado moderno é justamente o de

estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66.

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos.** Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 61.

¹⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos.** Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 60.

¹⁰¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 40.

¹⁰² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 46.

¹⁰³ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração.** Curitiba, Juruá, 2013. p. 46.

reconhecer a diversidade e heterogeneidade social para afirmar a igualdade, [...]”.¹⁰⁴

Assim a chamada relação entre pluralismo e Constituição deve ser pautada pela mediação de que não há pluralismo sem Constituição. A tensão constante entre o “singular” e o “plural” se apresenta aqui na relação entre Constituição e pluralismo. A existência da unidade, do singular, no entanto, implica um mínimo comum, capaz de promover o vínculo com o plural.¹⁰⁵

Conclui-se imprescindível a dicotomia entre pluralismo e não pluralismo como essencial para o seu reconhecimento e relacionamento com a Constituição.

2.1 PLURALISMO X TRADICIONALISMO

Abre-se um pequeno parêntese nesse tópico, para indicar que o “Tradicionalismo tem por finalidade a contraposição com o Pluralismo.”¹⁰⁶ O autor citado nos explica que isso se dá porque o tradicionalismo se embasa no transcendente enquanto o pluralismo se fundamenta em uma ética imanente e pensado em termos concretos.¹⁰⁷ O tradicionalismo enquanto oposto do pluralismo ganhou impulso ao mesmo tempo em que o pluralismo se promoveu e renovou o constitucionalismo¹⁰⁸, com a renovação da compreensão dos problemas sociais e de desigualdade.¹⁰⁹

Como exemplo da oposição entre pluralismo e tradicionalismo, menciona-se o campo da educação, onde o tradicionalismo se opõe ao

¹⁰⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 46.

¹⁰⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 46.

¹⁰⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Sobre o Tradicionalismo* (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo. Texto 1. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 02.

¹⁰⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Sobre o Tradicionalismo (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 1. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 02.

¹⁰⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Sobre o Tradicionalismo (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 1. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 03.

¹⁰⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Tradicionalismo Contemporâneo e sua Dimensão Política (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 2. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 01.

igualitarismo e às políticas de empoderamento das minorias.¹¹⁰

Os papéis eternos do masculino e do feminino se reproduzem na educação, e toda e qualquer discussão sobre gênero deve ser abolida. A educação deve ser familiar, não pública, republicana, universal e emancipatória. A educação privada, em casa, é marco característico do antimoderno, pois a ideia de uma escola pública universal, que forma cidadãos para atuarem na esfera pública com autonomia, dá lugar a educação privada, formada pelos valores tradicionais da família.¹¹¹

Mas é justamente no igualitarismo material, e não apenas do formal, junto a oitiva e acolhida das vozes das minorias que compõem o plural social, é que se poderá atender aos direitos fundamentais e humanos de toda a coletividade, por meio de normas jurídicas e políticas públicas adequadas.

Adiante, compreendido neoconstitucionalismo e o pluralismo jurídico, passa-se ao estudo de como estes fenômenos interagem com o Poder Judiciário, e o que ele tem a oferecer ao Estado Constitucional e Democrático.

3 PODER JUDICIÁRIO

Chegou-se ao cerne do problema proposto. Como interage o Poder Judiciário com a Constituição posta, frente ao movimento do neoconstitucionalismo e com a constatação de pluralidade no nosso ordenamento? Parte-se de uma constatação: “[...] a Constituição deve ser concretizada em sua totalidade.”¹¹² Para tanto, cabe ao aplicador do direito constitucional realizar escolhas na sua interpretação, de forma legítima, com análise dos princípios em conjunto, conforme prescrevem os postulados da unidade da constituição e da coerência.¹¹³

Deve o Poder Judiciário atuar compreendendo que a Constituição é um texto aberto aos fatos sociais que antes não foram verificados pelo

¹¹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **O Tradicionalismo Contemporâneo e sua Dimensão Política (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 2. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 17.

¹¹¹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Tradicionalismo Contemporâneo e sua Dimensão Política (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo)**. Texto 2. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. p. 18.

¹¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63.

¹¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63.

constituente. Deve-se compreender as questões morais e éticas da época, para manter-se a eficácia e efetividade da constituição. O objetivo é desenvolver a proteção dos direitos e deveres da sociedade, sem que a Constituição configure impedimento a uma tutela, mesmo que isso demande sua interação com outros sistemas e normas fundamentais.¹¹⁴ “O neoconstitucionalismo não é reduzido a fronteiras da soberania, ou a barreiras ideológicas, formais, materiais, ele permite uma comunicação dentro de seus limites interpretativos e jurisdicionais para compor uma proteção.”¹¹⁵

O neoconstitucionalismo concede *status* central às Constituições, e impõe que as normas devem ser interpretadas e orientadas pelo conjunto de valores inscritos nela.¹¹⁶ O neoconstitucionalismo está caracterizado, além da Constituição com garantias e direitos fundamentais e regime democrático, também pela existência de uma jurisdição constitucional.¹¹⁷ A função jurisdicional tem relevância.

Dentre as mudanças no ordenamento jurídico que o neoconstitucionalismo proporciona, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, menciona-se a ocorrência da judicialização da política e das relações sociais, em notável deslocamento de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário.¹¹⁸ Como

¹¹⁴ SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 199 e 200.

¹¹⁵ SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660> . Acesso em: 07 set. 2022. p. 199-200.

¹¹⁶ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 164.

¹¹⁷ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022.p. 164.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 07 set. 2022. p. 01.

exemplo dessa atuação do Judiciário, a literatura indica o julgamento das ADPF 526 e 467 pelo Supremo Tribunal Federal, onde se “[...] aplicou o conceito de pluralismo para afastar a proibição da aplicação da “Ideologia de Gênero”, do termo “Gênero” ou “Orientação Sexual” nas redes municipais de ensino.”¹¹⁹

No levantamento bibliográfico, leu-se crítica quanto ao ativismo judicial e o chamado neoconstitucionalismo à brasileira, que se daria pelo grande aumento de demandas judiciais processadas sob o pressuposto de descumprimento das promessas constitucionais, sem controle de eventuais excessos das decisões.¹²⁰

No entanto há que se convir que a mesma Constituição Brasileira de 1988, que é o marco do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica constitucional no Brasil, quem deu origem as teorias acerca da efetividade das suas normas, envolvendo no esforço da teoria constitucional o papel do Judiciário nessa concretização efetiva dos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição.¹²¹

Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição. [...]. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política (BARROSO, 2016, p. 30).¹²²

¹¹⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Tradicionalismo Contemporâneo e sua Dimensão Política** (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo. Texto 2. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021. Nota de rodapé 38, p. 18.

¹²⁰ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 163.

¹²¹ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 164 e 165.

¹²² LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. **Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275**. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 164 e 165.

Ousa-se dizer ser pacífico, mesmo não sendo, o entendimento de que é imprescindível a atuação do Judiciário nesse cenário de garantias e consolidação da Constituição. “O Judiciário se responsabiliza por manter as instituições democráticas e os direitos fundamentais, principalmente por meio de tribunais constitucionais ou cortes supremas diante do controle de atos omissivos ou comissivos dos outros poderes.”¹²³

No papel que foi atribuído ao Judiciário, de intérprete da norma, de realização e consolidação da interação da norma com os fatos, deve se buscar a solução justa para as controvérsias, através de escolhas fundamentadas dentre das possibilidades das normas e dos limites oferecidos pelo sistema jurídico. O que da questão é que a norma nem sempre se limita ao enunciado abstrato do texto, justamente por ser resultado da interação entre o texto e a realidade.¹²⁴

Não significa, com isso, dizer que o juiz é criador de novo direito, mas que constrói um sentido jurídico ao que está posto na ordem constitucional (BARROSO, 2017, p. 39). Para tanto, é reconhecida a importância da normatividade dos princípios, da ponderação de valores e da teoria da argumentação, responsáveis pelo aprimoramento da formulação jurisprudencial e dogmática (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 314).

O cidadão brasileiro possui direito à efetivação de seus direitos constitucionais, inclusive quanto as omissões legislativas, e a judicialização acaba por ser consequência desse modelo constitucional adotado pelo Brasil, que constitucionalizou uma gama de assuntos anteriormente desenhados no campo político e infraconstitucional.¹²⁵

¹²³ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 165 e 166.

¹²⁴ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 166.

¹²⁵ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação **direita de inconstitucionalidade nº 4.275**. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 166 e 167.

Nesta posição de garantidor, o Supremo Tribunal Federal acaba aparecendo com regularidade no dia a dia dos cidadãos brasileiros, assumindo uma posição de proatividade em detrimento do positivismo.¹²⁶

No Estado Democrático de Direito, as escolhas do judiciário não são livres, porque sempre atreladas a considerações e fundamentações em uma base de enunciados e conceitos jurídicos, mesmo que sejam abstratos e indeterminados, sendo o responsável por atribuir sentido a estes sem se distanciar do direito constitucional regente.¹²⁷ Alcançou-se um ponto da discussão em que a crítica é mais leviana e otimista com o ativismo judicial.

O ativismo moderado compreendido como “interpretação extensiva da Constituição”, que objetiva a realização dos valores e objetivos constitucionais é saudável ao ordenamento jurídico interno, desde que resguardada a racionalidade jurídica e a fundamentação bem estruturada das decisões judiciais (KRELL, 2012, p. 151).

Oliveira Neto (2007, p. 107) corrobora com esse posicionamento ao afirmar que não se deve negar o ativismo judicial, porque decorre necessariamente da implementação do Estado Democrático de Direito, sendo preciso estabelecer maneiras de solucionar os casos em que haja desarranjo no compromisso democrático que permeia a atividade jurisdicional. Desta forma, não se deve menosprezar a importante função desempenhada pelo Ministério Público (por meio de ações coletivas) e pelo Poder Judiciário de complementariedade à representação política e de controle social das decisões da Administração Pública e do Poder Legislativo (KRELL, 2012, p. 172).¹²⁸

Coaduna-se com a citação acima exposta por se entender que o ativismo judicial não pode ser visto como o vilão do Estado Democrático de Direito, como

¹²⁶ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 168.

¹²⁷ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 168.

¹²⁸ LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou superdemocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 169.

muitas vezes é exposto. O ativismo judicial na medida correta é em verdade consolidador dos direitos postos e garantidos pelo Estado Democrático, inclusive no que diz respeito ao movimento do neoconstitucionalismo, da constitucionalização dos direitos, do reconhecimento do multiculturalismo, da pluralidade e do pluralismo jurídico a ser tutelado.

A seguir, dentro da atuação do Poder Judiciário, destaca-se o instituto dos precedentes.

3.1 PRECEDENTES

Registra-se que os problemas de interpretação da norma são uma realidade em qualquer sistema jurídico. E deles decorrem a existência das demandas judiciais, seja, exemplificativamente e conforme supra já identificado, pela omissão da norma, pela sua ambiguidade ou pelo seu descumprimento.

Destaca-se de recente doutrina que o processo judicial tem duas funções precípua, a primeira, e mais popular, é a de solução de conflitos com as partes litigantes e com o objeto definido na demanda. A segunda delas é a função da formação de precedentes, decorrente da função do processo, do papel jurisdicional, de interpretador do direito.¹²⁹

No Código de Processo Civil brasileiro, o artigo 926¹³⁰ estabelece ordem para que os tribunais uniformizem e estabilizem a sua jurisprudência, para mantê-la íntegra e coerente:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Ainda da norma processual, extrai-se no artigo 927¹³¹ que os tribunais observarão algumas espécies de decisões relacionadas, dentre elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

¹²⁹ PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Editora Thoth, 2022. p. 92.

¹³⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 07 set. 2022. Artigo 926.

¹³¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 07 set. 2022. Artigo 927.

os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nos ensina a doutrina que a norma processual visa atribuir segurança jurídica as decisões judiciais, como um meio de promoção aos princípios da liberdade e da igualdade por meio de um processo judicial com interpretação racional de aplicação do direito.¹³²

Considera-se como conceito de precedente ser ele “[...] um registro, em um mesmo sistema jurídico, de uma ou várias decisões que resolveram um problema idêntico ou ao menos semelhante. [...] como um padrão para uma nova decisão [...]”.¹³³ Indica-se que norma é o resultado da interpretação e da percepção dada a ela pelo judiciário, constatando-se que as razões de fundamentação adotadas como motivos e justificação das decisões são os elementos que servirão para se reduzir a indeterminação do discurso jurídico e reconstrução dos mandamentos normativos.¹³⁴

[...] a conexão existente entre segurança jurídica, liberdade e igualdade é evidente. O tratamento isonômico depende antes de qualquer coisa prévio reconhecimento de qual é o Direito aplicável. Não é possível aplicar uniformemente um Direito que não se conhece. A possibilidade de autodeterminação está igualmente ligada à prévia cognoscibilidade normativa, porque sem conhecer o Direito não é possível fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem cognoscibilidade, a propósito, não é possível nem escolher nem os atos que se pretende praticar, nem os efeitos jurídicos ligados à prática desses atos.¹³⁵

Se a norma por si só traz certeza jurídica, a sua ausência traz incertezas, que tentam ser supridas pela atuação legal e constitucional do judiciário. Lê-se que “[...] a interpretação como uma atividade adscritiva de um sentido possível empreendida por uma jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica.”¹³⁶

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Volume XV. Artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35 e 36.

¹³³ PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Editora Thoth, 2022. p. 93.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Volume XV. Artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 36.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Volume XV. Artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 39.

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos

Menciona-se um exemplo de atuação do Judiciário, onde foi estabelecido precedente favorável ao reconhecimento do pluralismo jurídico: no julgamento da ADI nº 4277 e a ADPF nº 132¹³⁷, julgadas em conjunto, onde se reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos. A partir desse momento, todos os casais homoafetivos em mesma situação fática jurídica passaram a ter direito ao reconhecimento de suas uniões estáveis.

Extraí-se da ementa do precedente que houve reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico, diante da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo gênero e orientação sexual. A ementa do julgado faz constar expressamente a “homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural”¹³⁸. No voto do Relator, ele fundamenta e faz constar que:

[...] Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).¹³⁹

[...] O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos

Tribunais, 2016. p. 81.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 4277 e da ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Julgado em 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 set. 2022.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 4277 e da ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Julgado em 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 01 e 02.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 4277 e da ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Julgado em 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 22.

do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.¹⁴⁰

Esses pequenos trechos, do voto do Ministro Relator, nos mostram que o Poder Judiciário reconhece que a Constituição Brasileira inseriu em sua tutela os valores e reconhecimento de uma sociedade pluralista, reconhecendo, portanto, judicialmente o pluralismo como titular de direitos.

Portanto, entende-se que os precedentes podem ser grandes aliados do neoconstitucionalismo e do pluralismo judicial a medida em que interpretam a norma e a aplicam em mesmo conteúdo e extensão aos grupos e sujeitos em situação igual ou muito similar, mesmo status jurídico. As minorias aqui podem restar bem representadas e garantidas.

Como o objeto central deste artigo não versa exclusivamente sobre os precedentes em si, com estes rápidos apontamento e considerações gerais quis se demonstrar introdutoriamente que é possível estabelecer vínculo da atuação do Poder Judiciário com a consolidação do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

O estudo alcança o fim com a conclusão de que há intrínseca e explícita relação entre o neoconstitucionalismo e o pluralismo jurídico, na medida em que é o movimento do neoconstitucionalismo e desse novo olhar para a Constituição permitem se reconhecer o pluralismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro.

O Poder Judiciário, atento as necessidades da população e a tutela dos direitos fundamentais, mesmo que por vezes se façam omissas, contraditórias ou obscuras as leis, dá resposta aos jurisdicionados, com reconhecimento do direito postulado, mesmo que alojado no pluralismo jurídico e no direito empírico, ou seja, no direito praticado.

Assim, o neoconstitucionalismo é pressuposto constitucional do pluralismo jurídico, que por sua vez é reconhecimento de direito fundamental das sociedades múltiplas e desiguais, que por sua vez é tutelado nas demandas que alcançam o judiciário, se consolidando na prática.

Nesse processo, de judicialização das demandas minoritárias e plurais, o pronunciamento das cortes e a formação de jurisprudência e precedentes se mostra uma ferramenta de consolidação, estabilização e segurança dos direitos neoconstitucionais.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI 4277 e da ADPF 132*. Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Julgado em 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 set. 2022. p. 27.

REFERÊNCIAS

- ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 07 set. 2022.
- ARAÚJO, Sara. **Pluralismo jurídico**, Dicionário Alice. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87199/1/Pluralismo%20juridico_Dicionario%20Alice.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 4277 e da ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto, Plenário, Julgado em 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 set. 2022.
- LENZI, Tié. Neoconstitucionalismo. *In: Significados, Dicionário Online Jurídico*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 07 set. 2022.
- LINS JÚNIOR, George Sarmiento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. Neoconstitucionalismo ou supremocracia? Uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 161-190, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>. Acesso em: 07 set. 2022.
- MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba, Juruá, 2013.
- MALISKA, Marcos Augusto. **Sobre o Tradicionalismo** (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo. Texto 1. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021.
- MALISKA, Marcos Augusto. **O Tradicionalismo Contemporâneo e sua Dimensão Política** (Relatório Preliminar de Pesquisa sobre Tradicionalismo. Texto 2. Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NupeConst). Curitiba: Mimeo, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Volume XV. Artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDER, Stephan. Último gênio universal ou o primeiro pensador global? Leibniz como mentor do pluralismo político. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 2019. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1552/567>. Acesso em: 07 set. 2022.
- NEO. *In: Priberam Dicionário Online*. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/neo>. Acesso em: 07 set. 2022.
- NEOCONSTITUCIONALISMO. *In: DireitoNet, Dicionário Online Jurídico*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/busca?palavras=neoconstitucionalismo+>. Acesso em: 07 set. 2022.
- OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- PLURALIDADE. Antônimo de pluralidade. *In: Dicionário de Antônimos Online*. Disponível em: <https://www.antonimos.com.br/pluralidade/>. Acesso em: 07 set. 2022.
- PUGLIESE, William Soares. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Editora Thoth, 2022.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014.
- SANTOS, Fernando Barotti dos; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Neoconstitucionalismo

e a absorção cultural dos povos originários para proteção da floresta amazônica. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 195-227, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 07 set. 2022.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista; NASCIMENTO, Marcelo Oliveira do. O neoconstitucionalismo e seus impactos frente ao trabalho infantojuvenil brasileiro. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 54-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1519/642>. Acesso em: 07 set. 2022.

OS EFEITOS DA DECISÃO QUE ARQUIVA INQUÉRITO POLICIAL POR ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO IRDR 11/TJPR

Cristiane Santos Leite¹⁴¹, Mateus Simioni de Bittencourt¹⁴²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os efeitos da decisão que arquiva inquérito policial na responsabilidade civil do Estado. Em primeiro lugar, verifica-se que a decisão que arquiva o inquérito policial tem potencial de fazer coisa julgada nesta esfera. Em se tratando de estrito cumprimento do dever legal, entendendo-o como excludente de tipo ou de licitude, verifica-se que tal coisa julgada terá inegáveis reflexos na responsabilidade civil. Na seara da responsabilidade civil do Estado, existem debates sobre a relevância da licitude da conduta, bem como se o estrito cumprimento do dever legal seria uma excludente. Todavia, a despeito dessa divergência, verifica-se que o estrito cumprimento do dever legal, quando causado pela vítima, é capaz de afastar a responsabilidade estatal, ainda que sob a excludente da culpa exclusiva da vítima.

Palavras-chave: coisa julgada; arquivamento de inquérito policial; esfera penal e cível; responsabilidade civil do estado.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado (*lato sensu*), prevista no §6º do Art. 37 da Constituição da República, é tema que fomenta inúmeros debates, sendo objeto de diversos temas repetitivos (STJ) e de repercussão geral (STF).

De início, registra-se que a existência dessas controvérsias, em geral, tem como origem a inexistência de lei específica que regulamente a responsabilidade civil estatal. Assim, o que se pode verificar é a aplicação de normas esparsas de leis diferentes, com a aplicação direta do § 6º do Art. 37 da Constituição Federal.

¹⁴¹ Mestranda em Fundamentos da Responsabilidade Civil, Universidade de Girona, Desembargadora Substituta TJPR, Curitiba/PR, E-mail: gcs1@tjpr.jus.br.

¹⁴² Graduando em Direito na UFPR. Estudante pesquisador do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da UFPR e do Grupo de Pesquisa Instituições Políticas e Processo Legislativo, ambos vinculados ao CNPQ. Monitor de disciplinas de Teoria do Direito, Direito Civil e Processual Civil na UFPR. Estagiário em gabinete de Desembargadora Substituta do TJ/PR. E-mail: mateussbittencourt@outlook.com

Dessa forma, diversas questões acabam por não ter uma resolução expressa, mas sim dependem de construção jurisprudencial e doutrinária¹⁴³. Pode-se dizer, dessa forma, que a causa desse caráter (quase) de regramento jurisprudencial da responsabilidade civil estatal é a ausência de legislação infraconstitucional específica sobre o tema.

Dentro dessas controvérsias é que se insere a análise proposta, a ser analisada a partir do método hipotético-dedutivo e que pode ser resumida na tentativa de resposta à seguinte pergunta: *a decisão que arquiva inquérito policial por estrito cumprimento do dever legal exclui a responsabilidade civil do Estado?*

Para fins de estabelecer o objeto dessa análise, é importante fixar duas premissas. Em primeiro lugar, que abordar-se-á, de forma específica, a *causa de justificação* de estrito cumprimento do dever legal – o que não impede que o mesmo entendimento se aplique a outras excludentes. Como se verá adiante, existe fundado debate doutrinário penal se o estrito cumprimento do dever legal exclui a ilicitude ou a própria tipicidade. Por enquanto, chamaremos de causa de justificação, quanto a qual não há divergências que se configura.

Em segundo lugar, considerando os objetivos aqui propostos, não se entrará nas diferenças da responsabilidade cada ente federativo, da administração direta ou indireta, e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - ainda que o entendimento possa ser aplicado a todos estes – e é nesse sentido que se usará o termo “Estado”.

Em terceiro, a análise abordará a hipótese de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, excluindo-se, por corolário, casos de aplicação da teoria subjetiva, como acontece, a título exemplificativo, na responsabilidade estatal por atos típicos de magistrados¹⁴⁴.

Toda essa análise se dará a partir da tese vinculante fixada pela 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento do IRDR n. 11 do referido Tribunal¹⁴⁵. Na oportunidade, o colegiado, em uma maioria apertada de sete a seis, fixou a tese de que:

“A responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes durante a denominada ‘Operação Centro Cívico’ ficará restrita aos casos em que a vítima comprovar, além dos demais requisitos legalmente exigidos, que era terceiro inocente – pessoa que não estava envolvida na manifestação ou na referida operação –, e que não deu causa à reação do agente.”

¹⁴³ NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1187.

¹⁴⁴ Embora se trate de questão bastante controvertida, confira-se, no sentido referido, a posição do STF no AgReg. ARE 770931.

¹⁴⁵ TJPR - 1ª Seção Cível - 0044973-29.2017.8.16.0000 - Red. p/ acórdão Des. Salvatore Antonio Astuti, j. em 12.03.2021.

Como se verá, para chegar-se a alguma conclusão sobre o questionamento proposto, é necessário que se enfrente diversas questões, do direito penal, processual penal, civil, administrativo e processual civil.

Dessa forma, para facilitar a análise que se fará, serão estabelecidos alguns questionamentos preliminares que necessitam serem enfrentados – ainda que não seja encontrada uma resposta objetiva para cada – para ser possível chegar-se a uma conclusão sobre o questionamento inicialmente proposto.

O primeiro ponto a ser abordado é se a sentença de arquivamento de inquérito policial por estrito cumprimento do dever legal faz coisa julgada. O segundo, é se a decisão da esfera penal, eventualmente revestida de eficácia de coisa julgada material, que entende configurado o estrito cumprimento do dever legal, produz efeitos na esfera cível.

Por fim, em terceiro lugar, pretende-se analisar se o estrito cumprimento do dever legal, uma vez reconhecido, exclui a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

1 A SENTENÇA DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL POR ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL FAZ COISA JULGADA NA ESFERA PENAL?

Inicialmente, cabe ressaltar que o procedimento de controle do arquivamento de inquérito policial foi substancialmente alterado pela reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019. Ocorre que essa nova redação teve sua eficácia suspensa por medida cautelar deferida no STF no bojo das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (quando também se suspendeu, entre outras inovações legislativas, a figura do juiz de garantias). Dessa forma, a questão será analisada com relação à sistemática vigente até então – todavia, caso seja reconhecida a constitucionalidade da Lei nova, não se vislumbra muitas alterações sobre a existência de coisa julgada, mas tão somente no processo de sua formação, em especial na recorribilidade do arquivamento.

Assim, inicialmente será analisada a natureza da decisão que arquiva o inquérito e na sequência os entendimentos existentes sobre a causa de justificação de estrito cumprimento do dever legal para, ao final, poder-se conectar ambos os elementos.

1.1 A DECISÃO QUE ARQUIVA O INQUÉRITO POLICIAL

Na parte que interessa para a presente análise, o Código de Processo Penal ostenta praticamente a mesma redação original de quando fora decretado em pleno Estado Novo. A redação, que em muitas partes do Código se distancia da prática processual penal atual, se refere ao ato judicial em

questão como “o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação” (Art. 67, I).

Em uma primeira observação, seria impensável que um despacho pudesse ter eficácia de coisa julgada. Todavia, em outras vezes que a referida legislação utiliza o termo despacho, denota-se que o legislador, ainda que de forma equivocada, tomou-o como sinônimo de decisão. Nesse sentido, Pacelli aprofunda a questão e conclui que o ato jurisdicional que arquiva o inquérito possui indubitavelmente carácter de decisão.¹⁴⁶

Nesse sentido, o art. 18 do Código Processual Penal prevê que “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.” Assim, em primeira análise, percebe-se que a decisão não forma coisa julgada material – a doutrina na sequência abordada entenderá que esta decisão, que permite a posterior reabertura do inquérito, possui eficácia de coisa julgada formal –, já que, diante de novas provas, poderá ser reaberta a investigação. A situação é totalmente compreensível à luz do enunciado normativo, que prevê a aplicabilidade da norma para quando o arquivamento se dê por falta de provas, isto é, a chamada ausência de justa causa.

Todavia, situação contrária existe quando a decisão que arquiva o inquérito decide, de forma exauriente - na clássica concepção de Liebman, o carácter exauriente da decisão é um dos elementos para que produza coisa julgada material¹⁴⁷ –, pela existência de determinada circunstância que impede o oferecimento de denúncia. Nesse sentido, embora a imutabilidade da decisão não esteja expressamente prevista no Código, foi aos poucos construída pela interpretação dos enunciados normativos sobre o tema. Nos termos do entendimento pacífico da Teoria do Direito contemporânea, consagrada por Robert Alexy, a norma é, na verdade, a interpretação do texto legal (enunciado normativo), de modo que aqui pode-se dizer, inclusive, que a norma passou a prever a existência de coisa julgada material na decisão.

Nesse sentido, Norberto Avena afirma que não seria possível rediscussão sobre o mérito quando a promoção for baseada em certeza de aspectos fáticos relacionados diretamente ao mérito¹⁴⁸. Nesses casos, entende o doutrinador que o arquivamento é definitivo e, portanto, produz coisa julgada material. Veja-se que o autor analisa a existência de coisa julgada não pelos fundamentos da *decisão* que arquivou o inquérito, mas sim pelos fundamentos do ato do Ministério Público que promoveu o tal arquivamento.

¹⁴⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁴⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

Ainda, este autor entende que a decisão fundada na existência de provas, seja da ausência de autoria ou de materialidade, produz coisa julgada material; ainda, igual regime atribui para o reconhecimento de prescrição e atipicidade da conduta. Todavia, ressalta que o reconhecimento de excludente de ilicitude não conduz ao mesmo entendimento, remetendo à divergência de posições entre o STF e o STJ, que será adiante abordada.

Por sua vez, de forma bem elucidativa, Guilherme de Souza Nucci entende que existe coisa julgada material tanto no reconhecimento de atipicidade quanto na exclusão da ilicitude, indo além e projetando a imutabilidade também para quando for excluída a culpabilidade, já que “[n]ão há sentido em sustentar que, posteriormente, alguém possa conseguir novas provas a respeito de fato já declarado penalmente irrisório”¹⁴⁹. O mesmo entendimento é adotado por Pacelli¹⁵⁰.

Em obra dedicada tão somente para questões controvertidas da coisa julgada penal, Éric Lavoura expõe que as decisões judiciais que afirmem certeza da situação fática investigada tem natureza de sentença penal, e não decisão interlocutória, em atenção aos critérios da classificação da natureza dos atos decisórios penais¹⁵¹. Todavia, sendo decisão interlocutória terminativa ou sendo sentença penal, a doutrina mais recente sobre o tema, não há dúvidas que o ato decisório forma coisa julgada material.

Nesse sentido, em abordagem sobre a coisa julgada, Aury Lopes Júnior assevera que a sua inexistência nas decisões penais era característica do sistema inquisitório anterior à Revolução Francesa, em que “mantinha-se o absolvido ao alcance da Inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal, para punir o acusado sem o entrave do trânsito em julgado”¹⁵².

Assim, além de ser a interpretação mais adequada da legislação vigente, também se mostra penalmente desejável que tais decisões tenham eficácia terminativa e efeito material de coisa julgada.

Todavia, conforme já adiantado, parece indevido que a promoção de arquivamento, subscrita por membro do Ministério Público, produza coisa julgada, quando a decisão não se manifeste nos mesmos termos.

Não há dúvidas que a fundamentação *per relationem* das decisões judiciais é admitida no ordenamento jurídico. A problemática aqui é outra – quando a decisão simplesmente não alega porque estaria acolhendo a

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 107.

¹⁵⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹⁵¹ LAVOURA, Éric. **A coisa julgada penal e seus limites objetivos**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 74.

promoção de arquivamento. Nos termos da jurisprudência do STJ, nesse caso, é necessário que a decisão refira-se “expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público (...))”¹⁵³.

Portanto, a decisão que simplesmente acolhe o parecer ministerial não é revestida de imutabilidade quando não afirmar o fundamento específico pelo qual está acolhendo o arquivamento (como determinada causa de justificação, a atipicidade da conduta, ocorrência de prescrição, entre outros), sendo que a configuração deste fundamento pode ser remetido à manifestação ministerial.

No âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores, verifica-se posição consolidada sobre a existência de coisa julgada, havendo divergência tão somente com relação ao caso de arquivamento por reconhecimento da comprovação de causa de excludente de ilicitude. Nas palavras de Avena, que bem resume a questão:

“No âmbito do STF, embora o entendimento não seja unânime, tem-se decidido que, diante do surgimento de novas provas ou no caso de as provas que justificaram o arquivamento terem sido fraudadas, é possível a reabertura da investigação (HC 87.395/PR, j. 23.03.2017 – Informativo 858). Em sentido oposto, o STJ compreende que, uma vez arquivado o inquérito policial ao fundamento de excludentes de antijuridicidade, a coisa julgada material impede a rediscussão do caso (RHC 46.666/MS, j. 05.02.2015, e REsp 791.471/RJ, j. 25.11.2014)”¹⁵⁴.

Todavia, o entendimento do STF decorre de caso em que a situação fática que foge totalmente à regra geral, sendo “um caso típico de situação limite, um caso extremo, em que o inquérito foi arquivado a partir de um juízo excludente de ilicitude manifestado, segundo o Ministério Público, a partir de um artifício, a partir de uma fraude”¹⁵⁵.

Não suficiente, a referida fraude se deu por atuação da própria autoridade policial, fraudando o depoimento de testemunhas e encobrendo homicídio praticado também por agentes policiais - o que só fora descoberto pela reinquirição de testemunhas diretamente pelo Ministério Público.

Dessa forma, resta claro que as razões de decidir de tal Habeas Corpus não podem ser emprestadas para outros casos em que não haja fraude na investigação - por ausência de similitude fática com o precedente. Isto é, a decisão conclui que, diante de novas provas que demonstrem que

¹⁵³ STJ - AgInt no AgInt no AREsp 903995 SC, Rel, Min Og Fernandes, j. em 20/04/2017, 2ª Turma, DJe 02/05/2017.

¹⁵⁴ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 200.

¹⁵⁵ Fala do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC 87.395/PR, transcrita no acórdão.

o arquivamento se deu com base em provas fraudadas, pode ser feito o desarquivamento. Assim, considerando ainda que este entendimento se deu por apertada maioria e com votos de Ministros já aposentados quando da finalização do julgamento, parece que não se pode dizer que é o entendimento consolidado da Corte.

Assim, pode-se dizer que se encontra mais acertado o posicionamento do STJ e da doutrina majoritária sobre o tema, pelo fundamento de que a decisão que verifica configurada circunstância excludente de tipicidade possui a mesma natureza da que constata tal situação em relação a excludente de ilicitude – ou até de culpabilidade. De fato, o entendimento acertado é que a decisão que verifique, de forma exauriente, configurada determinada causa de direito material impeditiva de prosseguimento do processo é imutável, seja qual for a causa.

Dessa forma, no primeiro questionamento posto, pode-se concluir, na linha da doutrina majoritária sobre a questão, que a *decisão* que arquiva o inquérito pela *existência e comprovação* de determinada circunstância de *direito material* seja revestida da *imutabilidade da coisa julgada*.

1.2 A NATUREZA DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL NA ESFERA PENAL E A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA

Existe fundado debate na doutrina do Direito Penal se o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do direito, bem como parte da legítima defesa, tidas como excludentes de ilicitude, não afastam a própria tipicidade. Esse seria o entendimento de Zaffaroni, em decorrência da chamada teoria da tipicidade conglobante:

“Daí que tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, a adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal”¹⁵⁶.

Nesse sentido, Junqueira explica que a tipicidade conglobante abrange as excludentes de exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, já que “se as excludentes de antijuridicidade permitem excepcionalmente o que é a princípio proibido, não teria sentido, excepcionalmente, permitir o

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 549-550.

que a princípio não era proibido, ou seja, torna-se desnecessário apelar para as discriminantes quando a questão deve ser resolvida no âmbito da tipicidade”¹⁵⁷.

Assim, pode-se concluir, ao final do primeiro questionamento, que: (i) todas as decisões de mérito no arquivamento de inquérito produzem coisa julgada material e, portanto, o reconhecimento de estrito cumprimento do dever legal também; porém, ainda que assim não fosse, (ii) o estrito cumprimento do dever legal exclui a própria tipicidade da conduta, de modo que, se tão somente a tipicidade produzir coisa julgada material, o entendimento se mantém.

2 EFEITOS DA COISA JULGADA SOBRE O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL NA ESFERA CÍVEL

A questão aqui é bem menos polêmica. O art. 65 do CPP prevê que faz coisa julgada na esfera cível a sentença penal que reconheça, dentre outras causas de justificação, o estrito cumprimento de dever legal. Isso decorre, pois, “estes atos, a teor do art. 23 do Código Penal e do art. 188, I e II, do Código Civil, são penalmente lícitos e civilmente lícitos”¹⁵⁸.

No mesmo sentido assevera Sérgio Cavalieri Filho, afirmando que, se não há distinção substancial entre ilícito penal e civil, logicamente não haveria, também, separação entre as causas que excluem um e outro; se o fato deixa de ser ilícito em razão de uma das excludentes de ilicitude, deixaria também, para o autor, de ser civil¹⁵⁹.

Aqui não há divergências, seja na doutrina processual penal, seja na doutrina civilista de responsabilização civil ou na jurisprudência sobre o tema. Nesse sentido, o STJ possui entendimento pacificado sobre o tema¹⁶⁰. Todavia, haverá exceções com relação a prática de atos cobertos por essas excludentes em face de terceiros inocentes, o que será adequadamente enfrentado no tópico relativo ao estrito cumprimento do dever legal na responsabilidade civil do Estado.

3 O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL EXCLUI A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO?

Finalmente, cabe verificar os efeitos do estrito cumprimento do dever legal na configuração ou não da responsabilidade civil do Estado. Curiosamente, parece ser o tópico mais polêmico nesta análise.

¹⁵⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do Direito**. São Paulo: Editora Premier Máxima, quinta edição, 2005, p. 63-64.

¹⁵⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 301.

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2022.

¹⁶⁰ A título de exemplo, confira-se: REsp: 1793052 SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em: 01/12/2020, 3ª Turma, DJe 10/12/2020.

É justamente onde se deu a divergência no julgamento do IRDR 11 do TJ/PR, bem como onde se encontram os fundamentos da irresignação do Ministério Público, que opôs embargos de declaração em face da decisão que julgou o incidente.

Sobre o tema, podem se verificar renomados juristas que afirmam que o Estado apenas responde por atos ilícitos, enquanto outros – tão renomados quanto – defendem justamente o oposto: que a licitude da conduta pouco importa para que se verifique configurada a responsabilidade da Administração. Porém, parece mais adequado o entendimento que se encontra entre ambos, bem sintetizado nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Segundo alguns doutrinadores, o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. (...) Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”¹⁶¹.

Nesse sentido, está a dizer que o Estado apenas terá dever de indenizar por atos lícitos quando estes causem um dano anormal, em privilégio de toda a sociedade, como acontece com determinada obra pública de determinado viaduto que, sem afetar a propriedade do particular, diminui imensamente o valor aquisitivo da mencionada propriedade, em benefício de todos aqueles que usufruirão da melhoria.

Nesse aspecto, Sérgio Cavalieri Filho aborda a questão a partir do pressuposto da necessidade de que o ato seja ilícito, exceto quando seja decorrente de atividade perigosa ou por o Estado ter guarda de pessoa ou coisa perigosa – casos em que, embora não sejam objetos de análise, isto ocorre nos termos da Lei e norma constitucional específica¹⁶². Carlos Roberto Gonçalves afirma, em *obter dictum*, que haverá casos em que a legítima defesa não impedirá que a vítima seja indenizada pelo Estado¹⁶³.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 679.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2022.

¹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Caio Mário da Silva Pereira (2018) afirma que as causas por eles chamadas de excludentes de responsabilidade também se aplicam, no que couberem, à responsabilidade objetiva do Estado (aqui incluso o estrito cumprimento de dever legal)¹⁶⁴. Já Flávio Tartuce faz remissão a entendimento de que seria desnecessária a ilicitude na conduta¹⁶⁵.

Todavia, parece que toda a doutrina caminha para o mesmo resultado, bem retratado na obra de Nelson Rosenvald, *et. al.*, para quem, vale o registro, a ilicitude pouco diz sobre a responsabilidade da administração:

“O estrito cumprimento de dever legal é uma excludente de ilicitude, digamos assim, pouco simpática. É que ela é invocada, muitas vezes, para encobrir abusos – seja das forças armadas durante o período de exceção, seja da polícia de hoje. Obviamente, a excludente não se presta para encobertar esses detestáveis ilícitos. E mesmo nos casos em que haja, de fato, estrito cumprimento do dever legal, ainda assim pode se configurar o dever de indenizar por parte do Estado. Digamos que haja assalto a banco. Os assaltantes, na fuga, trocam tiros com a polícia. Um dos tiros do policial atinge um morador da rua. Haverá, segundo cremos, dever de indenizar, ainda que se possa pensar, com razoabilidade, que está presente o estrito cumprimento do dever legal (a responsabilidade civil, aí, seria apenas do Estado. Não haveria direito de regresso contra o agente público, a menos que ele tenha agido com culpa). O estrito cumprimento do dever legal, portanto, quando existente (e não forjado), é uma excludente de ilicitude, não necessariamente exclui a responsabilidade civil.”¹⁶⁶

Aqui está o resultado para o debate: quando a vítima do dano der causa ao estrito cumprimento do dever legal, restará excluída a responsabilidade civil do Estado. Todavia, quando esse estrito cumprimento do dever legal se der contra quem nada tem relação com a sua causa, não será capaz de excluir o dever de indenizar – exatamente como se vê no exemplo acima citado: em caso de perseguição policial, apenas haverá responsabilidade quando for *terceiro inocente*. Esse ponto parece ser convergente com todas as obras citadas, em que frequentemente se aborda questões envolvendo balas perdidas em conflitos em comunidades.

Durante muito tempo, senão até hoje, a jurisprudência tratou a questão aplicando a excludente de culpa exclusiva da vítima, o que parece indevido.

¹⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁶⁶ NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1214.

Inicialmente, vale registrar que o termo mais correto seria *fato exclusivo da vítima*, em especial porque a excludente afasta o nexo de causalidade, não havendo que se falar em culpa¹⁶⁷. De fato, restará configurada a excludente quando se demonstrar que o ato foi causado exclusivamente pela vítima.

Para visualizar a incongruência no argumento de que a culpa exclusiva da vítima seria aplicada em casos tais, pode-se observar o exemplo citado por Rosenvald *et al*, acima transcrito: os assaltantes que trocam tiros com a polícia e eventualmente sofrem um dano, ou até morrem, causaram, com a sua conduta, de modo direto e imediato¹⁶⁸, o dano sofrido?

A resposta certamente é não; porém, sendo a atuação estatal proporcional e adequada, é igualmente certo que não haverá dever de indenizar. O que se percebe, na verdade, é a exclusão da responsabilidade do Estado por estar configurado o estrito cumprimento do dever legal, este sim causado pelos assaltantes.

Portanto, pode-se concluir que o estrito cumprimento do dever legal afasta a responsabilidade, inclusive objetiva, do Estado tão somente com relação a quem deu causa à atuação estatal, o que, todavia, importa no mesmo resultado da afirmação de que, em casos tais, estaria configurada a culpa exclusiva da vítima¹⁶⁹.

CONCLUSÃO

Inicialmente, vale retomar os questionamentos preliminares inicialmente propostos: a) a sentença de arquivamento de inquérito policial por estrito cumprimento do dever legal faz coisa julgada?; b) A decisão penal, eventualmente revestida de eficácia de coisa julgada material, que entende configurado o estrito cumprimento do dever legal, produz efeitos na esfera cível?; c) O estrito cumprimento do dever legal exclui a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no art. 37, §6º, da Constituição?

Quanto ao primeiro (a), verificou-se que, seja pelo entendimento de que o estrito cumprimento do dever legal, na esfera penal, afasta a ilicitude ou

¹⁶⁷ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁶⁸ Utiliza-se, aqui, a teoria do nexo causal direta e imediata, pois o STF a adotou, para a responsabilidade civil do Estado, em Repercussão Geral, no Tema 362 (RE 608880).

¹⁶⁹ Nesse sentido, verifica-se que o seguinte trecho de ementa do TJ/PR bem elucida a questão: “Ainda que se considerasse irrelevante para o deslinde do caso as figuras da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal, por se tratar de responsabilidade objetiva do Estado, há que analisar a exclusão da responsabilidade quanto à culpa exclusiva da vítima, apta a quebrar o nexo de causalidade.” (TJPR - 1a C. Cível - 0003799-72.2016.8.16.0033 - Rel.: Desembargador Guilherme Luiz Gomes - J. 25.09.2018)

a própria tipicidade, a decisão que reconhece comprovada a excludente possui eficácia de coisa julgada material.

Na sequência (b), constatou-se que a decisão que reconhece configurado o estrito cumprimento do dever legal no juízo penal impede a rediscussão da questão no juízo cível.

Por fim (c), restou demonstrado que o estrito cumprimento do dever legal afasta a responsabilidade do Estado com relação a quem tenha dado causa à atuação estatal.

Portanto, a decisão que arquivou o inquérito policial por estar configurado estrito cumprimento do dever legal afasta a responsabilidade civil do Estado, em face de quem tenha provocado a ação dos agentes do Estado. Assim, o resultado a que chegou o TJ/PR, de que a decisão que arquivou o inquérito só não afastaria a responsabilidade da Administração com relação a terceiros inocentes, não parece de todo equivocado.

Por outro lado, aplicando esta conclusão na controvérsia jurídica posta no IRDR n. 11 do TJ/PR, verifica-se que os manifestantes que pacificamente estavam exercendo seu direito de petição e reunião, a princípio, não deram causa à atuação (tida como lícita, por força de coisa julgada da esfera penal) dos agentes de segurança pública do Estado do Paraná.

Isto é, se mostra adequado que o estrito cumprimento do dever legal, reconhecido na esfera penal e com eficácia material de coisa julgada, afaste a responsabilidade estatal apenas com relação aos manifestantes que deram causa, de modo direto, a atuação dos policiais militares; isso não se confunde, certamente, com a exclusão da responsabilidade estatal em face de todo e qualquer manifestante.

Dessa forma, percebe-se que o julgamento se mostra acertado quando entende que a decisão que arquivou o inquérito policial produz coisa julgada, bem como quando afirma que o estrito cumprimento do dever legal faz com que o Estado apenas tenha que indenizar terceiros inocentes. Contudo, aqui parece ser mais técnico a referência a aqueles que não deram causa ao estrito cumprimento do dever legal, visto que “terceiros inocentes”, além de mais indefinido, traz uma carga de culpabilidade penal que não encontra guarida responsabilidade civil.

Todavia, o questionamento posto está no entendimento de quem seriam os terceiros inocentes: além de eventuais transeuntes, como exemplificado no acórdão, parece que seriam terceiros inocentes também aqueles que exerceram seus direitos constitucionais à manifestação e à petição, sem excessos, cuja conduta não fosse capaz de provocar uma reação e repressão policial.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2022.
- GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8450>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do Direito**. São Paulo: Editora Premier Máxima, quinta edição, 2005.
- LAVOURA, Éric. **A coisa julgada penal e seus limites objetivos**. São Paulo: Atlas, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- SOARES, Marcelo Negri Soares; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2ª edição atualizada de acordo com o CPC/2015. São Paulo: Blucher, 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins Santos¹⁷⁰,
Ana Cristina Cremonesi¹⁷¹, Paulo Henrique de Souza Freitas¹⁷²

RESUMO

O artigo busca demonstrar os aspectos gerais dos direitos fundamentais em colisão nas demandas que envolvem o direito da mulher gestante à interrupção voluntária da gravidez, a técnica utilizada para a resolução deste conflito, bem como a abordagem hermenêutica do constitucionalismo feminista e sua interseccionalidade. O objetivo é responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a técnica da ponderação de valores contribui para a resolução do conflito dos direitos fundamentais em tais demandas? Justifica-se o estudo nesta obra, considerando tratar-se de um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, que vem encontrando avanços na jurisprudência com o fim de concretizar os direitos humanos das mulheres. Ao final, confirma-se a hipótese traçada. Para responder ao problema apresentado, utilizou-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com análise qualitativa dos dados.

Palavras-chaves: interrupção voluntária de gravidez; colisão de direitos fundamentais; ponderação de valores; constitucionalismo feminista; jurisprudência *jusfeminista*.

INTRODUÇÃO

As demandas que chegam ao Judiciário envolvendo o direito que a mulher gestante entende possuir à interrupção da gestação ou mesmo sua

¹⁷⁰ Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Público e Tributário. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7528704476834632>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4018-3561>. Email: apoemacfvdms@gmail.com

¹⁷¹ Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Processual Civil. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6757890002308517>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3381-8645>. Email: cremonezi_trabalho@yahoo.com.br

¹⁷² Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre pela Instituição Toledo de Ensino - ITE - Bauru. Advogado. Lattes: 7409042718156200. Orcid: 0000-0003-0014-9887. Email: paulo.freitas@freitasmartinho.adv.br

proteção contra sua criminalização por realizar tal ato ou permitir que outrem o faça são extremamente complexas, na medida em que abrangem a colisão de direitos fundamentais e humanos de idêntica hierarquia, além de tratar-se de um tema jurídico acerca do qual não há consenso social.

Busca-se neste estudo demonstrar os aspectos gerais dos direitos fundamentais em colisão nas demandas que envolvem o direito da mulher gestante à interrupção voluntária da gravidez, com enfoque nos direitos à vida e das liberdades individuais, perpassando pelas técnicas utilizadas na resolução de conflitos de direitos desta natureza e pela abordagem do constitucionalismo feminista e sua interseccionalidade.

A publicação deste artigo na obra em homenagem à Ministra Rosa Weber, pois contribui para análise dos avanços da Jurisprudência no contexto dos direitos humanos das mulheres, em especial para a concretização da igualdade material. Segundo a decisão proferida pela Ministra na ADPF nº 442, a interrupção voluntária da gravidez trata-se de um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados”, pois envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e a tutela de direitos fundamentais individuais.

Com isso, busca-se responder a seguinte problemática: em que medida a técnica da ponderação de valores contribui para a resolução do conflito dos direitos fundamentais em tais demandas? Para responder ao problema apresentado, empregou-se o método de abordagem dedutivo, partindo do caso geral (direitos fundamentais em conflito) para o específico (soluções empregadas na solução de demandas que envolvem a interrupção voluntária de gravidez).

Também foi utilizado o método procedimental jurídico-teórico, com o emprego de técnica de pesquisa indireta bibliográfica, consubstanciada em artigos científicos, doutrinas e precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, selecionados dentre as demandas que discutem os direitos fundamentais em colisão na temática da interrupção voluntária da gravidez. Além de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja escolha decorreu de seu caráter progressista e da abordagem expressa da dogmática do constitucionalismo feminista em sua *ratio decidendi*, em que pese não discuta o tema delimitado neste estudo. Para a análise de decisões, no âmbito da pesquisa qualitativa, foi aplicado o método de estudo de caso de Robert K. Yin¹⁷³. Utilizou-se igualmente a pesquisa indireta documental, por meio do exame da Constituição Federal de 1988, da legislação infraconstitucional e de normas internacionais.

¹⁷³ YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Tradução: Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, kindle.

O artigo é dividido em três seções. Na primeira seção descreve-se os aspectos gerais dos direitos fundamentais em colisão nas demandas acerca da interrupção voluntária da gravidez, com foco nos direitos à vida e às liberdades individuais. Na segunda seção são apresentadas as técnicas para resolução dos conflitos entre tais valores e o método hermenêutico do constitucionalismo feminista. Por último, foram analisados precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO NA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

Para contextualizar o âmbito das decisões que envolvem a interrupção voluntária da gravidez, serão abordadas, inicialmente, as principais características dos direitos fundamentais. Na sequência, diante da necessidade de delimitação espacial, a seção terá como foco os direitos à vida e às liberdades individuais, inevitavelmente em colisão no conflito criado com a temática do aborto.

Os direitos fundamentais, assim entendidos como aqueles geralmente vinculados à pessoa humana e positivados no ordenamento constitucional interno de um Estado¹⁷⁴, são, em regra, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos¹⁷⁵, haja vista que, a princípio, não podem ser limitados, expropriados ou transmitidos, seja pelo próprio titular, pelo Estado ou por terceiro. Todavia, conforme será demonstrado, os direitos fundamentais não são absolutos e, sobretudo ante a amplitude de seu rol e da complexidade das relações sociais, não raras vezes eles entram em colisão, situação na qual, no caso concreto, um poderá prevalecer sobre o outro, quando não for possível a manutenção de ambos, devendo-se buscar nesta hipótese a manutenção do seu núcleo essencial.

Quando a mulher gestante busca o Judiciário para a tutela do direito que entende possuir de interrupção voluntária da gravidez ou mesmo para sua proteção contra sua criminalização por realizar tal ato ou permitir que outrem o faça (conduta tipificada no artigo 124 do Código Penal), trata-se de um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais que possuem, abstratamente, o mesmo status hierárquico, sendo que, de um lado busca-se preservar o direito à vida do feto e, de outro, clama-se pelo respeito aos direitos da mulher

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.p. 306.

¹⁷⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.p. 112.

gestante, tais como: à dignidade da pessoa humana; à igualdade de gênero e social; à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante; à saúde; às liberdades individuais (abrangendo os direitos sexuais, reprodutivos e da autonomia privada); e à integridade física e psíquica.

No âmbito nacional, a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida já em seu artigo 5º, *caput*, além da previsão indireta com a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, “a”). Internacionalmente, destaca-se sua consagração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 3º¹⁷⁶; no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, artigo 6º, inciso 1 (PIDCP)¹⁷⁷; e no Pacto de São José da Costa Rica, artigo 4º, inciso 1¹⁷⁸.

Trata-se de um direito classificado de primeira geração dos direitos fundamentais, caracterizado como individual e negativo, impondo ao Estado e a terceiros a obrigação de não violação. Contudo, também atrai do Estado obrigações positivas, tais como o dever de garantir uma vida digna, com saúde, segurança alimentar e habitação, por exemplo. Juristas defendem o direito à vida como prioritário, considerando que os demais direitos, em sua maioria, pressupõem seu exercício, embora não absoluto, ante as previsões de legítima defesa e do aborto em algumas situações¹⁷⁹. Por outro lado, convém ressaltar a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais¹⁸⁰, de modo que, além das hipóteses de restrição legislativa, está sujeito à minoração do seu conteúdo valorativo nas hipóteses de colisão com outros direitos fundamentais¹⁸¹.

O primeiro dilema da ciência jurídica encontra-se na definição do que é considerado vida e quando ela tem início, sendo necessário, para tanto, um diálogo com as ciências biológicas. A legislação não criou um marco temporal, mas

¹⁷⁶ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023. “Art. 3º: Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

¹⁷⁷ NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁷⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito à vida e direito à integridade**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 60, n. 237, p. 197-215, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p197.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 395.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 393.

remete a proteção da personalidade jurídica da pessoa natural – compreendida como a titularização de relações jurídicas e de proteção¹⁸² – ao nascimento com vida, ressaltando os direitos do nascituro (Código Civil, artigo 2º).

Na doutrina, por sua vez, coexistem diversos critérios para se estabelecer o início da vida humana, tais como: a fecundação do óvulo com o espermatozóide; a nidação, isto é, a fixação do embrião no útero materno; a capacidade do feto existir de forma autônoma (entre a 24ª e 26ª semanas de gestação); e a formação do sistema nervoso central¹⁸³.

Da mesma forma, há várias teorias para se estabelecer quando se daria o início da proteção jurídica do nascituro (ser vivo concebido que ainda não nasceu), dentre elas se destacam três, quais sejam: *natalista*, segundo a qual a personalidade civil somente se adquire com o nascimento com vida; *condicionalista*, a qual condiciona a implementação da personalidade jurídica ao nascimento com vida; e *concepcionista*, que confere plena personalidade jurídica ao nascituro, adotada pelo Código Civil¹⁸⁴, mas sem solucionar o dilema do marco temporal de a partir de quando o nascituro merece proteção.

No âmbito da jurisprudência acerca do tema, destaca-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF¹⁸⁵, em que se firmou o entendimento de que a formação das células-tronco, com a fecundação de um óvulo por um espermatozoide, não constitui juridicamente o início da vida, pois “lhe faltam as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível”, concluindo que sua manipulação em pesquisas não configura aborto. Já em 2012, o tema novamente voltou a ser debatido no Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da ADPF nº 54/DF, a qual será objeto de análise em tópico específico.

A restrição ao direito à vida, diversamente dos demais direitos fundamentais, implica no atingimento do próprio direito, com a morte do seu titular, não sendo possível, por consequência, a manutenção do núcleo essencial, razão pela qual suas limitações devem observar casos excepcionalíssimos,

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 1. 19. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 370.

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 93-120, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43329/44670>. Acesso em: 31 maio 2023.

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 374.

¹⁸⁵ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. J. em 29 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 18 jun. 2023.

mediante o cumprimento de requisitos formais e materiais¹⁸⁶, como no caso da interrupção voluntária da gravidez.

Com essa elucidação de aspectos gerais do direito à vida, passa-se aos apontamentos acerca do direito geral de liberdade, de fazer ou deixar de fazer algo. Nesta inteligência, assim como o direito à vida, a garantia geral à liberdade encontra-se preconizada no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a qual engloba as liberdades específicas expressamente previstas na Carta Magna – como as liberdades de expressão, religiosa, de profissão, de locomoção, de reunião e de associação (artigo 5º, incisos IV, VI, IX, XIII, XV, XVI e XVII) –, além de outras não elencadas expressamente no ordenamento interno ou previstas em tratados internacionais, como decorrência, inclusive, da cláusula geral de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, §2º, CF/88).

No âmbito internacional, o direito geral de liberdade extrai-se do artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; do artigo 9º, §1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos¹⁸⁷; do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸⁸ e do artigo 4º, *caput* e alínea “c”, da Convenção de Belém do Pará¹⁸⁹. Já entre as liberdades específicas, limitadas no conflito com o direito à vida do nascituro, destacam-se: a autonomia privada (artigo 17, § 1º, do PIDCP¹⁹⁰); e o direito ao planejamento familiar e liberdade reprodutiva (artigos 12 e 16, § 1º, alínea “e”, ambos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação- CEDAW)¹⁹¹.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 424.

¹⁸⁷ NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Belém do Pará, Brasil, **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**, de 09 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁹⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁹¹ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

A Recomendação Geral nº 24 do Comitê da CEDAW¹⁹² ao artigo 12 da Convenção determina que os Estados membros priorizem a prevenção de gravidez indesejada e a adoção de medidas alternativas à punição do aborto, como a educação sexual, o planejamento familiar e o acesso a serviços de saúde sexual reprodutiva. Além da prestação de serviços adequados relacionados com a gravidez, com o parto e com o período pós-natal, a fim de se evitar a mortalidade de gestantes.

Alinhada no mesmo sentido, a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher reúne um conjunto de objetivos estratégicos a serem seguidos pelos Estados membros em busca da promoção da igualdade material e proteção dos direitos humanos das mulheres, reafirmando: o “direito de todas as mulheres de controlarem todos os aspectos de sua saúde em especial o de sua própria fertilidade” como medida essencial ao seu empoderamento (artigo 17); o direito à educação e saúde sexual e reprodutiva (artigo 30); a liberdade e igualdade sexual e reprodutiva (artigos 94 a 96) ; e “que os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (artigo 213)¹⁹³.

O amplo rol de proteção, em âmbito nacional e internacional, dos direitos, fundamentais e humanos, da vida e das liberdades, já demonstra a complexidade enfrentada pela jurisdição para a definição de qual direito deve prevalecer nas demandas que envolvem o interesse da mulher gestante na interrupção voluntária da gestação, sendo para tanto, necessária a utilização de critérios interpretativos e de aplicação do direito, como o uso da teoria da ponderação¹⁹⁴ e da hermenêutica do constitucionalismo feminista interseccional, que serão abordados na próxima seção, principalmente considerando que em muitos casos, diante das vulnerabilidades adicionais envolvidas, tais como raça e posição social, nem o direito à vida nem as liberdades individuais são protegidos¹⁹⁵.

¹⁹² NAÇÕES UNIDAS. Comitê da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), CEDAW, Recomendação Geral nº 24: Artigo 12 da Convenção (Mulheres e Saúde), 1999, Doc. A/54/38/Rev.1, cap. I. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453882a73.html>. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁹³ NAÇÕES UNIDAS. **Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher**, de 17 de outubro de 1995. Beijing, China. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁹⁴ BORCHART, Carolina Bombonato; DE SOUZA FREITAS, Paulo Henrique. AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: MORTE DIGNA. **Revista Argumenta**, n. 33, p. 129-552, 2020. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/6d9d05e600fc947ede8847aec1377c38/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>. Acesso em: 26 jun. 2023.

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; RAMOS, Catarina Mendes Valente. A escolha

3 TÉCNICAS PARA A RESOLUÇÃO DESSES CONFLITOS

Os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios, na medida em que atuam como “mandamentos de otimização”, devendo, por consequência, serem efetivados da forma mais ampla possível e em diferentes graus, a depender das circunstâncias que envolvem o conflito com o princípio, razão pela qual a solução para a colisão de direitos fundamentais exige a ponderação dos valores envolvidos¹⁹⁶. Este é o pressuposto do qual se parte nesse artigo.

A colisão de direitos fundamentais, seja ela em sentido amplo, quando entram em conflito com normas e princípios que visam a tutela de bens coletivos, ou mesmo em sentido estrito, na qual colidem apenas com tais direitos, é algo intrínseco a sua própria existência, como afirma Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”¹⁹⁷.

Diversos critérios de interpretação e aplicação do Direito foram desenvolvidos pela doutrina na busca de uma solução racional e adequada ao conflito de direitos fundamentais, entre os quais se destacam as técnicas hermenêuticas da concordância prática; da ponderação; e da proporcionalidade em sentido estrito.

A técnica da “concordância prática” ou “harmonização” busca a coordenação dos bens jurídicos em conflito de modo menos gravoso, a fim de se evitar a violação total de um em relação ao outro, sendo que, no caso concreto, deve-se buscar uma delimitação recíproca e “realização ótima” dos valores, observando-se o critério da proporcionalidade para que as restrições não alcancem além do necessário¹⁹⁸.

Trata-se de técnica criticada pela doutrina sob o argumento de que não resolve a dificuldade enfrentada pela jurisdição nos casos paradigmáticos, nos quais os valores a serem protegidos possuem igual força, pois não responde

da mulher latino-americana: comentários sobre o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos. **Anuario2021**, p. 485. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 31 maio 2023.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47414/45316>. Acesso em: 29 maio 2023

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47414/45316>. Acesso em: 29 maio 2023

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 219.

à pergunta, no caso concreto, de qual peso deve ser atribuído a cada valor e qual deve prevalecer ante a impossibilidade de se atender a todos, na medida em que “não há prioridade absoluta *prima facie* de uns sobre os outros”, dependendo a solução do contexto no qual se insere o conflito¹⁹⁹. Neste passo, para aplicação desta regra hermenêutica torna-se necessária a aplicação conjunta das técnicas da razoabilidade e proporcionalidade.

Por sua vez, o postulado da “ponderação” ou “balanceamento” trata-se de técnica de aplicação da norma jurídica que busca um equilíbrio entre os bens envolvidos, de forma que quanto maior a limitação de um valor, maior deve ser a necessidade de satisfação do outro. Segundo Alexy, o balanceamento é o único meio hábil para resolução da colisão de princípios²⁰⁰ e corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, defendendo sua racionalidade ante a exigência do exame de três fases²⁰¹.

Todavia, o método da ponderação também encontra críticas na doutrina, que circundam em torno do subjetivismo que pode envolver a seleção dos pesos a que se é atribuído aos valores, por considerarem não ser possível objetivar e generalizar o mesmo critério da ponderação para todas as situações conflituosas, haja vista que se trata de critério que deve ser adotado em cada caso *sub judice*, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas envolvidas²⁰². Neste âmbito, Velasco²⁰³ apresenta como alternativa ao raciocínio “teleológico” do procedimento da ponderação, uma prática “deontológica”, advogando que, ao invés de procurar a melhor solução, deve o intérprete buscar a única solução correta. Sustenta que adotando a “lógica do dever” de David Ross, bem como a “teoria dos Direitos” de Dworking, “uma interferência justificada em um direito não constitui uma violação desse direito”, de modo que muitos conflitos seriam apenas aparentes, até se desvencilhar o correto conteúdo da norma.

¹⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023.p. 933.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio juris*, v. 16, n. 2, p. 131-40, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semina%C3%A1rio%2007%20%28texto%29.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.

²⁰¹ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de direito Administrativo*, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47414/45316>. Acesso em: 29 maio 2023

²⁰² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023.p. 933.

²⁰³ VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. *ethic@-An international Journal for Moral Philosophy*, v. 10, n. 3, p. 115-130, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/1677-2954.2011v10n3p115/21555>. Acesso em: 16 jun. 2023.

Por outro lado, impõe-se consignar em apoio à teoria da ponderação que na aplicação do Direito a fundamentação da decisão judicial, demonstrando, ainda que de forma sucinta, os critérios da valoração efetuada, “enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil), permitindo o controle e revisão da atividade jurisdicional. Ademais, a atividade de ponderação encontra limites inerentes aos princípios do Estado Democrático de Direito e como norte a realização da dignidade humana, a qual atua como principal vetor hermenêutico para qualquer limitação de direito.

Por fim, os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade são os postulados que auxiliam as técnicas anteriormente expostas na solução da colisão. A razoabilidade comanda a análise entre o meio empregado e os fins buscados, isto é, busca investigar se os fatos justificam a aplicação da norma. Já a proporcionalidade procura a conformação entre o meio e o fim alcançado, a fim de se evitar o excesso. Trata-se de técnica amplamente utilizada pelas Cortes constitucionais em suas decisões, baseada na adoção de três critérios cumulativos e sucessivos: a) *adequação*, segundo o qual o intérprete deve-se perguntar se o meio escolhido é adequado para o objetivo buscado; b) *necessidade*, através do qual busca-se investigar se de fato é necessária a limitação do outro princípio para o atingimento do fim a que se pretende e se não existe outro meio menos limitante; e c) *proporcionalidade em sentido estrito*, segundo o qual busca-se averiguar se não há excesso na preponderância de um valor sobre o outro no caso concreto e se as vantagens alcançadas justificam as limitações empreendidas.

Alexy explicita que a técnica do balanceamento é aplicada na terceira fase do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o qual subdivide-se em três princípios: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, o “princípio da adequação” busca excluir a adoção de soluções que limitem um princípio sem promover outro; o “princípio da necessidade” determina que, havendo dois meios adequados para se proteger um princípio, se adote aquele que menos interfere no outro princípio; e o “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” subdivide-se em três estágios para o exercício do balanceamento. Neste ponto, primeiramente se estabelece o grau de limitação do princípio que será restringido, na sequência se estabelece a importância de efetivar o outro princípio e, por último, se investiga se a satisfação deste último princípio justifica a limitação do primeiro²⁰⁴.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio juris*, v. 16, n. 2, p. 131-40, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/>

Por outro lado, focando na pretensão da gestante de interromper voluntariamente a gravidez, é importante frisar a necessidade de interpretação dos direitos constitucionais também sob a perspectiva de gênero, conforme preconiza a dogmática do constitucionalismo feminista, na medida em que não há como adequadamente analisar um direito e/ou limitação exclusivo do gênero feminino, sem um olhar sob a perspectiva dos direitos humanos das mulheres, bem como das desigualdades e vulnerabilidades por elas enfrentadas.

Portanto, impõe-se ao Poder Judiciário, em demandas que envolvem o direito das mulheres, a tutela judicial “adequada, efetiva e célere”, observando a necessidade de assegurar a igualdade substancial das mulheres, com a desnaturalização de estereótipos, preconceitos e discriminações. Por meio do “constitucionalismo multinível”, compreendido pela aplicação em conjunto de normas presentes na Constituição e nos diplomas internacionais, é possível concretizar os direitos humanos das mulheres²⁰⁵.

Antes de apresentar esse método hermenêutico que vem ganhando força no constitucionalismo contemporâneo, impõe-se primeiramente esclarecer o conceito de gênero. Vários referenciais teóricos buscam conceituar este termo, os quais não serão abordados neste estudo ante a necessidade de delimitação espacial. Deste modo, parte-se do pressuposto de que “gênero” é uma construção socialmente criada que performa modos de agir atrelados a homens e mulheres. Conforme preconiza Scott, “o termo ‘gênero’ torna-se uma forma de indicar ‘construções culturais’ – a construção inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres” para manutenção das relações de poder, sendo “um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos”²⁰⁶.

O Parecer Consultivo OC-24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu glossário refere-se ao gênero como “identidades, funções e atributos socialmente construídos de mulheres e homens e do significado social e cultural atribuído a estas diferenças biológicas”²⁰⁷.

mod_resource/content/1/Leitura %20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.

²⁰⁵ CAMBI, Eduardo; PORTO NOSAKI, Letícia de Andrade; GIRARDI FACHIN, Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁰⁶ SCOTT, Joan Wallach; LOURO, Guacira Lopes; SILVA, Tomaz Tadeu da. Gênero: uma categoria útil de análise histórica de Joan Scott. *Educação & realidade*. Porto Alegre. V. 20, n. 2 (jul./dez. 1995), p. 71-99, 1995. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/257862/000037108.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2023.

²⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH), Parecer Consultivo OC-

Por sua vez, o constitucionalismo feminista é, uma releitura, a partir do olhar e das experiências das mulheres, da doutrina, legislação e jurisprudência, em busca da máxima concretização dos direitos fundamentais.²⁰⁸

Esse método hermenêutico chama atenção ainda para o risco da manutenção da falsa neutralidade das normas, criada sob o olhar do masculino²⁰⁹, com base na perspectiva e manutenção da heterocisnormatividade²¹⁰.

“o constitucionalismo feminista se coloca como resposta epistemológica, teórica e metodológica, reconhecendo direitos fundamentais de forma crítica, ao i) questionar as implicações de gênero de regras e práticas que podem, em primeiro momento, parecer neutras ou objetivas – *ask the woman question*; ii) utilizar a razão prática feminista, trazendo aspectos do modelo clássico aristotélico com foco feminino, e das perspectivas que foram excluídas – *feminist practical reasoning*; iii) e conscientizar sobre experiências coletivas de opressão – *consciousness-raising*”²¹¹.

Neste aspecto, destaca-se a clareza do voto da Ministra Carmen Lúcia acerca do preconceito ainda enfrentado pelas mulheres, proferido no julgamento da ADC nº 19-DF, na qual se discutia a constitucionalidade de artigos da Lei Maria da Penha:

24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitado pela República da Costa Rica (identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

²⁰⁸ DA SILVA, Christine Oliveira Peter. Por uma dogmática constitucional feminista. *Suprema-Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 151-189, 2021. Disponível em <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/download/67/37>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁰⁹ DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria; FACHIN, Melina Girardi. OS DEBATES JUDICIAIS DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: JULGANDO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO? Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/82633575/livro_a_constituicao-libre.pdf?1648177549=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOS_DEBATES_JUDICIAIS_DO_DIREITO_AO_ABORTO.pdf&Expires=1687787390&Signature=XZbmaxpwxDyLd3fSjz4XXHF0BWQ-6n-ABYBEkza1bMQHZ6TH5vG7 A6VZOHL1Sj~4XnP5MmDUjxWkrLY~bqMFgk2FqOcCDVf5EhxohfYZx~CK-wzl8qgGxf0vmWpYLjRsW8arPLrTGA4lzgy5h9anstzlgyl-s1OffA2fXTitxEsq3HwMWSvD-ISselJfCLA4Rjgbgq7nOZZag7lYjDeWAoL99exhplEu7wlbFv2vkQnpQhFLi-44lh9rvuop90t-PP~t4Q1NvCHTDonIAANBftz8YJx0yJK8VXo-hlPDgQmAVW1S2cyPcPodieUffcd33hZN-gjflx4ce6Tbrcvg_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 jun. 2023.

²¹⁰ BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A subjetividade jurídica e o pacto heterocisnormativo. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 9, n. 2, p. 105-119, jul. 2021 2318-8081. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6867/0>. Acesso em: 27 jun. 2023.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; RAMOS, Catarina Mendes Valente. A escolha da mulher latino-americana: comentários sobre o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos. *Anuario2021*, p. 485. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 31 maio 2023.

“Tenho absoluta convicção ou convencimento, pelo menos, de que um homem branco, médio, ocidental, jamais poderá escrever ou pensar a igualdade ou a desigualdade como uma de nós, porque o preconceito passa pelo e no olhar. Uma de nós, ainda que dispondo de um cargo, titularizando um cargo, que nos dá, às vezes, até a necessidade de uso de um carro oficial, vê o carro de quem está ao lado, um olhar diferenciado do que se ali estivesse sentado um homem. Porque, na cabeça daquele que passa, nós mulheres estamos usurpando a posição de um homem, e isso é a média, não de uma pessoa que não tenha tido a oportunidade de compreender o mundo em que vivemos”²¹².

A dogmática do constitucionalismo feminista, em busca de uma igualdade material, apresenta pressupostos para uma sociedade mais justa, equitativa, tolerante e inclusiva²¹³, de modo que serve de hermenêutica interpretativa para a concretização de direitos não somente das mulheres, mas também de outros grupos vulneráveis que demandam maior atenção estatal. Assim, julgamentos com perspectiva de gênero permitem maior proteção das minorias em geral²¹⁴, tais como: o reconhecimento da união homoafetiva; a afirmação da legalidade das cotas étnicas a pessoas negras, pardas e indígenas; a garantia de alteração do registro civil por pessoas transgênero independente de tratamento hormonal e intervenções cirúrgicas; e a criminalização da homotransfobia²¹⁵.

Neste contexto, impõe-se também frisar a existência de interseccionalidade de vulnerabilidades dentro do grupo das mulheres que exigem uma releitura dos seus direitos sem ignorar que acumulam fatores de discriminação próprios, tais como as mulheres pretas e pardas, homo, transexuais e periféricas, de modo que em alguns casos, uma abordagem genérica dos direitos das mulheres, sem considerar a sobrecarga de preconceitos e dificuldades que tais grupos carregam, implica na permanência delas à margem da concretização de direitos. Acerca do tema da interseccionalidade,

²¹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. J. em 09 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 15 jun. 2023.

²¹³ DA SILVA, Christine Oliveira Peter. Por uma dogmática constitucional feminista. *Suprema-Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 151-189, 2021. Disponível em <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/download/67/37>. Acesso em: 12 jun. 2023

²¹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rdgv/a/h6zYg8QxXTwxhmsjVDdcqXc/?format=html#>. Acesso em: 31 maio 2023.

²¹⁵ LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Anuario2021*, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 06 jun. 2023.

criado no âmbito do movimento feminista negro, Crenshaw chama a atenção para a dupla discriminação, de sexo e raça, por vezes sofrida por mulheres negras e que, ao se considerar apenas a discriminação sexual das mulheres brancas, suas necessidades raramente são atendidas²¹⁶. A literatura feminista decolonial afirma que a interseccionalidade serve como um instrumento para se combater as múltiplas opressões imbrincadas das relações sociais, que envolvem gênero, raça e classe²¹⁷.

“além da proteção da vida da mulher em casos em que a própria gravidez ameaça sua vida, de igual modo é necessário considerar que com a desigualdade social, principalmente da mulher negra, há um recorte de classe e raça que acaba por não proteger qualquer direito à vida. Assim, mulheres brancas costumam obter êxito em abortos clandestinos e seguem impunes desse excessivo punitivismo que a proibição causa, enquanto mulheres negras e pobres muitas vezes morrem em clínicas improvisadas”²¹⁸.

A hermenêutica do constitucionalismo feminista objetiva superar, nos julgamentos que envolvem os direitos das mulheres os vieses cognitivos que externam, inconscientemente, preconceitos históricos na interpretação e aplicação do direito.

“a influência dos estereótipos e da discriminação na interpretação de casos em que, supostamente baseados em documentos legais neutros, foram interpretados como não aplicáveis às mulheres por preconceitos culturais, bem como buscar uma interpretação que procure não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, que retire a mulher do seu local de subordinação em relação aos homens (sexual, profissional e política)”²¹⁹.

²¹⁶ CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *u. Chi. Legal f.*, p. 139, 1989. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/CREDTI.pdf?ncid=txtInkusaolp00000603>. Acesso em: 07 jun. 2023.

²¹⁷ HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo social*, v. 26, p. 61-73, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/ts/a/LhNLNH6YJB5HVJ6vnGpLgHz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 jun. 2023.

²¹⁸ LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Anuario2021*, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=320>. Acesso em: 31 maio 2023.

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/h6zYg8QxXTwxhmsjVDdcqXc/?format=html#>. Acesso em: 31 maio 2023.

Com base nestas premissas, defende-se neste estudo a existência de um *jusfeminismo*, compreendido como o Direito em sua amplitude reinterpretado em busca da concretização dos direitos das mulheres, historicamente relegadas à margem da sociedade, exigindo das instituições democráticas o abandono da neutralidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas que acabam replicando as desigualdades materiais entre homens e mulheres por não considerarem as peculiaridades e barreiras que somente atingem às mulheres.

Consolidando a necessidade de o Judiciário julgar sob a perspectiva de gênero, como condição para o respeito e concretização dos direitos das mulheres, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” (Recomendação nº 128/2022)²²⁰, o qual estabelece diretrizes “ao enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina do Poder Judiciário”, bem como determinou a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas para a adoção do referido protocolo (Resolução nº 492/2023)²²¹.

4 ANÁLISE DE DECISÕES *JUSFEMINISTAS*

Nessa seção serão analisadas decisões identificadas na literatura, selecionadas do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, incluída ante a necessidade de interpretação dos direitos fundamentais dentro do bloco de constitucionalidade, que envolvem os direitos fundamentais em colisão na temática da interrupção voluntária da gravidez, a fim de demonstrar que tais julgamentos perpassam inevitavelmente pelo exercício de ponderação de valores dos direitos envolvidos, bem como que, ainda que nem sempre de forma expressa, utilizam a hermenêutica do constitucionalismo feminista em suas interpretações. Neste sentido, outros estudos também defendem que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo com as premissas do constitucionalismo feminista em demandas que abordam os direitos das mulheres em diferentes áreas do Direito, tais como previdenciária, tributária, administrativa, eleitoral e penal²²².

²²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação CNJ n. 128**, de 15 de fevereiro de 2022. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 18 jun. 2023.

²²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ n. 492**, de 17 de março de 2023. Estabelece a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas para a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

²²² LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo

Ao final, a título ilustrativo, será colacionada uma Ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, cuja escolha decorre de seu caráter progressista e da abordagem expressa da dogmática do constitucionalismo feminista em sua *ratio decidendi*, em que pese não discuta o tema delimitado neste estudo.

Preliminarmente, contudo, impõe-se frisar a função transformadora e contramajoritária das Cortes Constitucionais quando, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88), são instadas a analisarem temas sensíveis ligados aos direitos fundamentais, cujo enfrentamento muitas vezes é omitido pelos Poderes Executivo e Legislativo por escolhas políticas, ante a ausência de consenso social.

“atores políticos preferem, muitas vezes, que o Judiciário seja instância decisória de certas questões políticas, em relação às quais não há um acordo moral razoável na sociedade (v.g., a abertura dos arquivos da ditadura militar, as uniões homoafetivas, aborto, melhoria do sistema prisional etc.). Tais questões se inserem no que se denomina de ‘pontos cegos legislativos’ (*legislative blindspot*), os quais acabam não sendo devidamente enfrentados por governantes e legisladores”²²³.

Observa-se, por conseguinte, que as decisões que envolvem a interrupção voluntária da gravidez, sob a ótica do constitucionalismo feminista, inevitavelmente exercem o papel contramajoritário. Contudo, possuem a vantagem, quando decididas em sede de controle concentrado, de serem definitivas e vincularem todas as funções estatais, além de exercerem o papel de conscientização da sociedade, ante o amplo debate que geralmente atraem²²⁴.

Neste aspecto, impõe-se ainda destacar que a ausência de eleição dos agentes do Judiciário não afasta o poder político que possuem, previsto na Constituição, de velar pela observância do Estado Democrático e dos direitos fundamentais²²⁵, de modo que encontra-se superada, no contexto do neoconstitucionalismo, as resistências ao ativismo judicial.

Tribunal Federal do Brasil. **Anuario2021**, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 06 jun. 2023.

²²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023.p. 780.

²²⁴ LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Anuario2021**, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=320>. Acesso em: 31 maio 2023.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn thesis**, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 03 mar. 2023.

No âmbito dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, a primeira decisão paradigmática acerca do direito à vida foi proferida no julgamento da Adin nº 3.510-DF²²⁶, na qual se decidiu que na utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos sequer haveria colisão do direito à vida com os direitos à saúde e ao planejamento familiar, além da proibição do aborto, na medida em que tais células não poderiam ser consideradas, sob o ponto de vista jurídico, como um estágio inicial da vida, “porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível”, conforme destacou o Ministro relator Ayres Britto.

Outro caso de grande repercussão social foi o julgamento pelo Supremo da ADPF nº 54-DF²²⁷, no ano de 2012, no qual se decidiu, após amplo debate, pelo direito da mulher gestante em interromper a gravidez de feto anencéfalo. Neste *leading case* houve a aplicação da técnica de ponderação dos valores envolvidos, decidindo-se que não seria proporcional exigir da gestante a manutenção de um feto em seu ventre que não possuiria probabilidade de uma vida autônoma, de modo que a antecipação do parto nestas circunstâncias não poderia ser considerada aborto. Debateu-se que a supressão de direitos fundamentais da mulher – como a liberdade; intimidade; direitos sexuais e reprodutivos; integridade física e psíquica; e igualdade de gênero – configuraria tortura e seria desproporcional frente à manutenção de uma vida inviável, na medida em que o feto anencéfalo é considerado pela medicina como natimorto cerebral. A Ementa do referido acórdão restou assim definida:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.²²⁸”

²²⁶ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF.** Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. J. em 29 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 18 jun. 2023.

²²⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. Acesso em: 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 19 maio 2023.

²²⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. Acesso em: 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 19 maio 2023.

Por sua vez, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306-RJ²²⁹, em 2016, a Corte Federal, desta vez em controle difuso, discutiu a não incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gestação, cuja Ementa, nos pontos em que analisa a colisão com os direitos fundamentais da mulher, a interseccionalidade e a aplicação do princípio da proporcionalidade:

“[...] 3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; *a autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; *a integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.²³⁰”

²²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 124.306 – RJ**. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. em 29 nov. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 19 maio 2023.

²³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 84.025-6 – RJ**. Relator: Ministro

A viabilidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação encontra-se novamente em discussão perante o STF, agora em sede de controle concentrado, através da ADPF nº 442-DF²³¹, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber e ainda pendente de julgamento. Nessa ação discute-se semelhante colisão dos direitos fundamentais da mulher com a manutenção do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gestação. Ante a relevância social da questão debatida, a Relatora admitiu a intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae*; aplicou o diálogo interinstitucional com a intimação do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República para manifestação; e convocou audiência pública para discussão da controvérsia com especialistas e entidades da sociedade civil e religiosas.

Já no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destaca-se o caso *Artavia Murillo e outros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*²³², no qual se discutiu a proteção dos direitos à vida, à honra, à intimidade, à dignidade, à igualdade, à integridade, à liberdade individual, à vida privada e à saúde sexual e reprodutiva, decidindo-se pela convencionalidade do direito à realização de fertilização *in vitro*.

Por fim, cita-se parcialmente, a título ilustrativo da aplicação do constitucionalismo feminista também no âmbito estadual, o acórdão proferido em demanda que se discutia o reconhecimento e extinção de união estável e partilha de dívidas:

“9. O constitucionalismo feminista é um método que deve direcionar a hermenêutica jurídica na busca pela coexistência harmônica entre o princípio da igualdade, em sentido substancial, e o princípio do reconhecimento pela diferença, ao revelar discriminações estruturais, presentes na referência da universalidade (inclusive, epistêmica) identificada na masculinidade hegemônica, a partir do respeito à consideração ao outro e ao diferente, em posição de vulnerabilidade (na

Joaquim Barbosa. Brasília. J. em 04 mar. 2004.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 19 maio 2023.

²³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442-DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 19 maio 2023.

²³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH), Caso *Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro 2012, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, núm. 257. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235. Acesso em: 07 jun. 2023.

hipótese, a posição social e jurídica das mulheres), decorrente das relações assimétricas de poder inerentes ao patriarcalismo/machismo estruturais.²³³

Pela análise da amostra, é possível concluir que a utilização da técnica da ponderação de valores e a dogmática do constitucionalismo feminista, acompanhada de uma abordagem interseccional, podem contribuir para as soluções de conflitos que envolvem o conflito de direitos fundamentais titularizados pelas mulheres.

CONCLUSÕES

O estudo demonstrou a dificuldade encontrada pelo Judiciário na solução da colisão de direitos fundamentais, em especial nos julgamentos que envolvem a interrupção voluntária da gravidez. Após revisão da literatura e análise da Jurisprudência sobre o tema, restou confirmada a hipótese de que a utilização da técnica de ponderação de valores e da hermenêutica constitucional feminista, através de uma abordagem interseccional, pode contribuir para a concretização dos direitos humanos envolvidos, configurando a forma mais adequada de soluções de conflitos que envolvem o conflito de direitos fundamentais titularizados pelas mulheres.

Neste contexto, destaca-se a dedicação da Ministra Rosa Weber em processos de grande impacto na concretização de direitos fundamentais, como no julgamento da ADPF nº 54-DF²³⁴ que autorizou a antecipação do parto de feto anencéfalo, no qual a Ministra fez questão de ler parte de seu voto. Assim como o cuidado que vem tendo na relatoria da ADPF nº 442-DF²³⁵, na qual promoveu um amplo debate com as demais instituições democráticas e sociedade civil, além de permanecer na relatoria mesmo após assumir a Presidência da Corte Federal, atentando-se para a delicadeza das matérias envolvidas.

²³³ ESTADO DO PARANÁ. TJPR. 12ª Câmara Cível. Autos n. 0053189- 03.2022.8.16.0000. São José dos Pinhais. Des. Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI. J. em 05.12.2022. In: CAMBI, Eduardo; PORTO NOSAKI, Letícia de Andrade; GIRARDI FACHIN, Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. **Revista CNJ, Brasília**, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 21 jun. 2023.

²³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. Acesso em: 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 19 maio 2023.

²³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442-DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 19 maio 2023.

Ademais, a presença da Ministra Rosa Weber no Supremo Tribunal Federal demonstrou o quão é importante o incremento da participação feminina nos órgãos de cúpula dos Tribunais. É urgente a superação dos estigmas de que as mulheres não servem para ocuparem cargos de poder, da cultura do carreirismo e das barreiras invisíveis que impedem as magistradas de ascenderem na carreira, rumo a um Judiciário justo e igualitário substancialmente, com legitimidade baseada na confiança social de que os grupos excluídos também se encontram representados nos órgãos da Justiça.

Chega-se à conclusão de que a colisão dos direitos fundamentais envolvidos em tais demandas deve ser solucionada com a técnica de ponderação de valores e com as premissas da dogmática constitucional feminista, conforme já vem sendo adotado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47414/45316>. Acesso em: 29 maio 2023.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio juris**, v. 16, n. 2, p. 131-40, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.
- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A subjetividade jurídica e o pacto heterocisnormativo. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 9, n. 2, p. 105-119, jul. 2021 2318-8081. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6867/0>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/h6zYg8QxXTwxhmsjVDdcqXc/?format=html#>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 93-120, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43329/44670>. Acesso em: 31 maio 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 03 mar. 2023.
- BORCHART, Carolina Bombonato; DE SOUZA FREITAS, Paulo Henrique. AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: MORTE DIGNA. **Revista Argumenta**, n. 33, p. 129-552, 2020. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/6d9d05e600fc947ede8847aec1377c38/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>. Acesso em: 26 jun. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. J. em 09 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. J. em 29 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 18 jun. 2023.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. Acesso em: 12 abr. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442-DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 84.025-6 – RJ**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. J. em 04 mar. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 124.306 – RJ**. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. em 29 nov. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 19 maio 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

CAMBI, Eduardo; PORTO NOSAKI, Leticia de Andrade; GIRARDI FACHIN, Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação CNJ n. 128, de 15 de fevereiro de 2022**. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ n. 492, de 17 de março de 2023**. Estabelece a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas para a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1444142023303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH), **Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica**, Sentença de 28 de novembro 2012, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, núm. 257. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235. Acesso em: 07 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH), Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitado pela República da Costa Rica (identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *u. Chi. Legal f.*, p. 139, 1989. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/CREDTI.pdf?ncid=txtlnkusaolp00000603>. Acesso em: 07 jun. 2023.

DA SILVA, Christine Oliveira Peter. Por uma dogmática constitucional feminista. *Suprema-Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 151-189, 2021. Disponível em <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/download/67/37>. Acesso em: 12 jun. 2023.

DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria; FACHIN, Melina Girardi. **Os Debates Judiciais do Direito ao Aborto no Brasil: Julgando com Perspectiva de Gênero?** Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/82633575/livro_a_constituicao-libre.pdf?1648177549=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOS_DEBATES_JUDICIAIS_DO_DIREITO_AO_ABORTO.pdf&Expires=1687787390&Signature=XZbmaxpwxDyLd3fSjz4XXHF0BwQ-6n-ABYBEkza1bMQHZ6TH5vG7A6VZOhL1Sj~4XnP55MmDUjxWkrLY~bqMFgk2FqOcCDVf5EhxohfYZx~CK-wz

l8qgGxf0vmWpYLjRsW8arPlrTGA4Izgy5h9anstzlgyx Ls1OffA2fXTtIxEsq3HwMWsvD-ISseIjfCLA4Rjgbgq7nOZZag7lYjDeWAoL99exhplEu7 wlbFv2vkQnpQhnFLi44lh9rvuop90t-PP~t4Q1NvCHTDonlAANBfzt8YxOyJK8VXo-hlPDgQmAVW1S2cyPcPOdieUffCD33hZN-gjfSlx4ce6Tbrcvg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 19 jun. 2023.

ESTADO DO PARANÁ. TJPR. 12ª Câmara Cível. Autos n. 0053189- 03.2022.8.16.0000. São José dos Pinhais. Des. Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI. J. em 05.12.2022. In: CAMBI, Eduardo; PORTO NOSAKI, Letícia de Andrade; GIRARDI FACHIN, Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. **Revista CNJ**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 21 jun. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo social**, v. 26, p. 61-73, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/jts/a/LhNLNH6YJB5HVJ6vnGpLgHz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 jun. 2023.

LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Anuario2021**, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=320>. Acesso em: 31 maio 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), CEDAW, **Recomendação Geral nº 24: Artigo 12 da Convenção (Mulheres e Saúde)**, 1999, Doc. A/54/38/Rev.1, cap. I. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453882a73.html>. Acesso em: 18 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher**, de 17 de outubro de 1995. Beijing, China. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Belém do Pará, Brasil, **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**, de 09 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; RAMOS, Catarina Mendes Valente. A escolha da mulher latino-americana: comentários sobre o aborto no contexto interamericano de defesa dos direitos humanos. **Anuario2021**, p. 485. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 31 maio 2023.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito à vida e direito à integridade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 60, n. 237, p. 197-215, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p197.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SCOTT, Joan Wallach; LOURO, Guacira Lopes; SILVA, Tomaz Tadeu da. Gênero: uma categoria útil de análise histórica de Joan Scott. *Educação & realidade*. Porto Alegre. V. 20, n. 2 (jul./dez. 1995), p. 71-99, 1995. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/257862/000037108.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2023.

VELASCO, Marina. Conflitos entre direitos e alternativas à ponderação. A teoria dos direitos de Dworkin reavaliada. ***ethic@-An international Journal for Moral Philosophy***, v. 10, n. 3, p. 115-130, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/1677-2954.2011v10n3p115/21555>. Acesso em: 16 jun. 2023.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução: Crístian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, kindle.

JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS, ESTRATÉGIAS JUDICIÁRIAS E PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Eduardo Augusto Salomão Cambi²³⁶, João Victor Nardo Andreassa²³⁷

RESUMO

O imenso volume de demandas judicializadas é um fenômeno que se verifica a partir da Constituição Federal de 1988. A massificação de processos judiciais leva a uma ineficiência na prestação jurisdicional aos cidadãos, que, não raro, recebem uma tutela jurisdicional em tempo irrazoável e com qualidade diminuta. A tutela dos direitos fundamentais sociais, por vezes, é prejudicada pela preconização da eficiência quantitativa em detrimento da qualitativa. Diante desse problema, surge a necessidade de repensar a judicialização sistemática de demandas como meio mais eficiente de se promover a justiça. O método utilizado é o indutivo. Conclui-se que se faz necessária a implementação de estratégias de redução de litígios para se poder aprimorar o papel do Poder Judiciário na transformação da realidade social. É preciso elencar critérios para assegurar o acesso à ordem jurídica justa, com grande atenção aos cuidados necessários ao fomento da cidadania e a redução das vulnerabilidades sociais, econômicas e, também, cognitivas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; inteligência artificial; litigância predatória; meios alternativos de solução de conflitos; protagonismo judiciário.

²³⁶ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e da Faculdade Assis Gurgaz (FAG). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Desembargador Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065> Orcid: 000-0003-4944-1256. E-mail: eduardocambi@hotmail.com Endereço postal institucional: Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho, Estado do Paraná, Brasil, CEP 86400-000

²³⁷ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. Autor da obra: “Processo Civil Democrático: Código de Processo Civil de 2015 e o Combate ao Protagonismo Judicial”. E-mail: jvictornardo1996@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O imenso volume de demandas judicializadas é um fenômeno que se verifica a partir da Constituição Federal de 1988²³⁸. A massificação de processos judiciais pode levar à ineficiência na prestação jurisdicional aos cidadãos, especialmente para aqueles mais vulneráveis, que recebem uma tutela jurisdicional em tempo irrazoável. A qualidade dos serviços judiciais, não raro, é prejudicada pela preconização da eficiência quantitativa em detrimento da qualitativa.

Diante desse problema, surge a necessidade de repensar a judicialização sistemática de demandas como meio mais eficiente de se promover a justiça social. É nisso que resulta a importância do estudo deste tema, sendo que o escopo principal é discutir critérios para assegurar o acesso à ordem jurídica justa.

Os objetivos específicos se perfazem na análise dos números estatísticos acerca dos processos postos nos Tribunais brasileiros, dos possíveis meios de contenção destes números e na exposição de críticas acerca da utilização indiscriminada de formas de redução de litígios, uma vez que há a necessidade de implementação criteriosa e com olhares voltados aos jurisdicionados, especialmente os mais vulneráveis.

O método utilizado é o indutivo, para que, a partir de premissas particulares seja possível chegar a uma conclusão geral acerca do tema proposto. Com relação aos procedimentos metodológicos, utilizou-se a análise bibliográfica, documental e de dados estatísticos.

Com relação ao caminho percorrido, inicialmente se aborda a excessiva judicialização de demandas verificadas no Poder Judiciário brasileiro, passando-se, após, ao estudo das técnicas de redução da massificação de litígios, expondo-se, por fim, a ineficiência na promoção de direitos fundamentais e protagonismo judiciário.

1 A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS VERIFICADA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Houve, após a Constituição Federal de 1988, uma explosão de litigiosidade.²³⁹ A universalização da prestação judicial, a princípio identificado com o acesso ao Poder Judiciário,²⁴⁰ trouxe uma excessiva judicialização de

²³⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 999-1017.

²³⁹ CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. **Revista de processo**, v. 39, n. 237, p. 435-458, nov. 2014, p. 445-454.

²⁴⁰ "Por acesso à Justiça vinha-se entendendo, até recentemente, o acesso aos tribunais" (José

demandas que revelam a ineficiência do sistema judiciário para tutelar os direitos dos cidadãos. A demasiada quantidade de processos em trâmite estimula os magistrados a proferirem mecanicamente decisões em série, muitas vezes padronizadas, em uma verdadeira linha de montagem judiciária. O importante é alcançar metas: a qualidade foi substituída pela quantidade. O compromisso com a melhor análise do caso concreto fica prejudicado diante dessa jurisdição pasteurizada; além de se estimular o arbítrio judicial, ante a deficiência ou falta de fundamentação adequada das decisões.²⁴¹

O Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2013, revelou que, no final de 2012, tramitavam na Justiça brasileira 92,2 milhões de processos. Este número representa um crescimento de 10,6%, em relação ao volume de processos existentes o ano de 2008.

Todavia, estudo do CNJ, publicado em 2022, revelou que, no final de 2021, tramitavam na Justiça brasileira 77,3 milhões de processos²⁴². O ano de 2017 fora marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se verificou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e se manteve relativamente constante em 2017²⁴³. Em 2018, foi o primeiro ano em que se teve uma redução no volume de casos pendentes, fato que se repetiu por ainda mais dois anos, em 2019 e 2020, acumulando uma redução de R\$ 3,6 milhões entre 2017 e 2020²⁴⁴. Entretanto, em 2021, com a retomada de parte dos serviços presenciais, em decorrência da pandemia causada pela covid-19, o acervo retomou a patamares próximos ao verificado em 2019²⁴⁵.

Ademais, a taxa de congestionamento (que mede o percentual de processos em tramitação que não foram baixados durante o ano) do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016 e, a partir desse ano, foi caindo gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano

Renato Nalini. **Novas perspectivas no acesso à justiça**).

²⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da função à estrutura*. Revista de Processo. v. 158. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008, p. 14.

²⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 104.

²⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 104.

²⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 104.

²⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 104.

de 2019, com taxa de 68,7%²⁴⁶. Porém, em 2020, em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir, sendo que, em 2021, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 74,2%²⁴⁷. Com efeito, em 2021, de cada 100 processos somente 36 foram resolvidos durante o período.

Diante disso, pode-se concluir que não basta apenas discutir os contornos do protagonismo e da autocontenção judiciais, quando se percebe a ineficiência do sistema judicial para resolver os conflitos. Não existe uma fórmula de validade universal que resolva integralmente o problema. Há a necessidade de se combinar estratégias e táticas, para se chegar a maior efetividade do sistema judicial.²⁴⁸

No Brasil, a implantação do processo eletrônico, bem como o incentivo à prática eletrônica de atos processuais, se tornou uma importante política pública, voltada à concretização da garantia constitucional de acesso à justiça, sob prisma qualitativo, abandonando a feição facultativa que, aparentemente, lhe conferia o artigo 18 da Lei nº 11.419/06.

A eleição do processo eletrônico como política pública deve-se à grande expectativa depositada sobre seus efeitos e reflexos positivos em relação aos processos em trâmite, entre os quais o combate à morosidade da tramitação processual e o incentivo à sustentabilidade, o que culmina em economia, seja de tempo, seja de recursos, bem como a eficiência da gestão processual.

A Lei do Processo Eletrônico já havia sido alterada por diversos dispositivos do Código de Processo Civil, então, vigente (CPC/73), tais como os artigos 38 (assinatura eletrônica, mediante certificados digitais expedidos por autoridades certificadoras), 154 (possibilidade de prática e armazenagem de atos processuais em meio eletrônico), 164 (assinatura eletrônica de juízes), 169 (armazenagem digital de arquivos), 202 (expedição de cartas rogatórias, precatórias e de ordem de forma eletrônica), 221 (citação por meio eletrônico), 237 (intimações por meio eletrônico), 365 (prova documental

²⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 126.

²⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 104.

²⁴⁸ “A verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de permanecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados. O simplismo das palavras de ordem, já indesejável na política, revela-se aqui funesto” (José Carlos Barbosa Moreira. O futuro da Justiça: **alguns mitos**, p. 23).

digitalizada), 399 (fornecimento de documentos por meio eletrônico, pelas repartições públicas), 417 (armazenagem digital de depoimentos), 457 (armazenagem digital de depoimentos) e 556 (registro em meio eletrônico de pronunciamentos judiciais).

Tais modificações foram encampadas pelo CPC/15, que, contemplando a informatização do processo e visando utilizar-se da tecnologia a serviço das relações processuais, expressamente consagra a prática eletrônica de atos processuais.²⁴⁹

Dentre os assuntos mais demandados nos Tribunais Estaduais no ano de 2021, destaca-se no Relatório Justiça em Números, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, os seguintes assuntos com as respectivas quantidades: 1. Direito Civil - Obrigações/ Espécies de contratos 4.183.091 (3,92%); 2. Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor / Indenização por Dano Moral 3.074.985 (2,88%); 3. Direito Tributário – Impostos / Imposto Predial e Territorial Urbano 2.624.473 (2,46%); 4. Direito Tributário – Dívida Ativa 2.366.032 (2,22%); e 5. Direito Civil – Responsabilidade Civil / Indenização por Dano Moral 1.821.819 (1,71%)²⁵⁰.

Insta salientar que sem uma política específica, voltada aos entes públicos, aos bancos, as companhias telefônicas e as empresas de planos de seguro, que são os maiores litigantes nacionais, não será possível tornar a justiça brasileira mais eficiente.

Além disso, sob o enfoque da análise econômica do Direito, não se pode banalizar o benefício da justiça sem ônus para os litigantes, porque isto acarretaria o agravamento do problema da sobreutilização dos serviços judiciários como efeito da política de acesso universal à justiça sem critérios objetivos da assistência gratuita. Afinal, quanto mais se facilita a expansão da litigiosidade pela política da gratuidade da justiça mais se congestiona o Poder Judiciário, o que resulta em menor qualidade e eficiência do serviço público. Como não é possível investir no aparelhamento do Poder Judiciário na proporção da expansão da litigiosidade, isso acarreta um custo social (congestionamento judicial), que é a necessidade de aguardar por um tempo – muitas vezes não razoável – a solução judicial dos conflitos e, conseqüentemente, maior insegurança jurídica. Tal fenômeno é denominado, por Ivo Teixeira Gico Junior, como a Tragédia do Judiciário²⁵¹.

²⁴⁹ NEVES, Aline Regina das. CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. *Revista dos Tribunais*, v. 986/2017, p. 87-110, dez/2017, p. 87-110.

²⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 277.

²⁵¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico

A justiça brasileira vive uma situação paradoxal: está inchada por setores que demandam em excesso, sendo receptiva a certo tipo de demandas, mas está pouco atenta aos pleitos da cidadania, na medida em que ainda é desconhecida e inacessível a grande parte dos brasileiros.²⁵²

Interessante notar que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de seus importantes avanços, vai precisar de uma atuação firme do Judiciário e ser complementado por uma legislação mais eficiente e, principalmente, pelo desenvolvimento de práticas administrativas estratégicas para combater, com o vigor necessário, os litigantes habituais.²⁵³ São eles que se beneficiam da justiça para impedir ou retardar o cumprimento dos direitos, lucrando com a lentidão da prestação jurisdicional.

Por exemplo, em 2021, somente na Justiça Estadual, havia mais de 26,8 milhões de processos de execução fiscal pendentes para julgamento, sendo que a sua taxa de congestionamento, naquele ano, foi de 90%²⁵⁴. Os procedimentos de execução fiscal representam, aproximadamente, 35% do total de casos pendentes e 65% das execuções pendentes no Poder Judiciário, sendo que de cada cem processos que tramitavam em 2021 apenas dez foram baixados²⁵⁵.

Aliás, no ano de 2021, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 103,9 bilhões, o que representou redução de 5,6% em relação ao último ano²⁵⁶. Essa diminuição foi ocasionada, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com pessoal, que reduziram em 6,7%, e das despesas de capital, que reduziram em -2,4%²⁵⁷. Ainda há de se verificar que houve aumento

e sobreutilização do Judiciário. Tese (doutorado). Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012. p. 117-18.

²⁵² Cf. SADEK, Maria Tereza Aina. Democratização do acesso à justiça. **Diálogos sobre Justiça**, nº 1, janeiro/abril 2014, Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário, p. 35.

²⁵³ Cf. CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Garth. Acesso à justiça. *Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988*, p. 25.

²⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 171.

²⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 171.

²⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 80.

²⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 80.

em 10,8% nas outras despesas correntes, sendo que o Conselho Nacional de Justiça aponta a causa provável como sendo a retomada de parte dos serviços presenciais que ocorreram com o arrefecimento da pandemia e com o início da vacinação²⁵⁸.

Apesar disso, os gastos com a manutenção do sistema judiciário ainda são muito elevados e aumentá-los para dar conta da enorme quantidade de processos não é a melhor estratégia, pois os recursos públicos devem ser priorizados na promoção da cidadania e da efetivação de políticas públicas indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais sociais.

2 TÉCNICAS DE REDUÇÃO DA MASSIFICAÇÃO DE LITÍGIOS

A partir da década de setenta do século passado, com o desenvolvimento do Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti, foi empregado grande esforço para ampliar o acesso à justiça. Passadas várias décadas, é necessário discutir, para os litigantes habituais, mecanismos de restrição (ou melhor, de atuação mais racional) ao sistema de justiça, para que o Judiciário possa atuar de forma mais racional e eficiente, para democratizar o acesso à justiça e melhor atender as demandas da cidadania.

Dentre as técnicas que devem merecer tratamento prioritário estão as voltadas à tutela coletiva, à vinculação dos precedentes, as que possibilitem a resolução dos litígios sem a atuação do Poder Judiciário, a resolução de demandas repetitivas e o combate à litigância predatória.

Quanto à tutela coletiva, é importante ressaltar o Projeto de Lei nº 4484/2012, que disciplinava a ação civil pública, infelizmente arquivado no início de 2015, dentre outras estratégias, estimulava que o demandado, a qualquer tempo, pudesse apresentar proposta de prevenção e reparação de danos a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial (art. 57). Tal programa poderia ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que quando não houvesse processo em andamento e compreender diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos (tais como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro de confiança das partes). Também, no artigo 64, deste Projeto de Lei, havia a previsão da criação de juízos e órgãos especializados, para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda

²⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 80.

instância. O Projeto de Lei 4.441/2020 da Câmara, contudo, não reproduz esses dispositivos.

Devido à crescente judicialização de demandas, envolvendo a tutela de direitos fundamentais sociais (como as ações individuais e coletivas que versam sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, muitas vezes de alto custo, ou de vagas em creches), é necessário repensar o modelo do processo coletivo, para a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência da violação desses direitos. Os litígios estruturais devem ser, prioritariamente, resolvidos extrajudicialmente ou, quando isso não for possível, pela via judicial.

O processo estrutural deve observar um ciclo que abrange²⁵⁹:

- i) a caracterização do litígio: com a identificação do problema e suas causas, bem como os atores relevantes para o tratamento do problema (incluindo os gestores da instituição que se pretende transformar, terceiros interessados e os grupos sociais impactados); o estabelecimento de métodos de diálogo entre o legitimado coletivo, o(s) causador(es) da violação dos direitos e as pessoas afetadas; e a elaboração de um diagrama do perfil do litígio estrutural (global, local ou irradiado), com o exame daqueles que são mais atingidos e o que deve ser priorizado;
- ii) a definição de uma estratégia de condução da reforma: seja pela via extrajudicial (*v.g.*, inquérito civil e termo de ajustamento de conduta estruturados), seja pela via judicial (com o ajuizamento de ação civil pública e técnicas processuais adequadas, mais flexíveis que as adotadas no processo civil tradicional);
- iii) a elaboração de um plano de reestruturação da instituição: com a colaboração dos envolvidos e a fixação de metas, indicadores e sanções;
- iv) a implementação do plano: com o acompanhamento das medidas de reestruturação e a análise dos indicadores e das metas, colheita de elementos técnicos e a adoção de estratégias de diálogos permanentes com a sociedade (*feedbacks*);
- v) a reelaboração do plano (caso os resultados não tenham sido alcançados, o que gera o reinício do ciclo, com a redefinição das características do litígio, das estratégias, do plano, e de sua implementação e monitoramento) ou o encerramento do caso.

Sobre a vinculação aos precedentes, é indispensável que o Supremo Tribunal Federal priorize o julgamento das repercussões gerais das questões constitucionais (art. 102, § 3º, CF e Lei 11.418/2006), para evitar que inúmeros pleitos fiquem sobrestados por tempo não razoável. Estima-se, por dados levantados até meados de 2023, que há cerca de 161 assuntos que

²⁵⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 481-484.

precisam ser resolvidos pelo STF, cuja repercussão geral já foi reconhecida, mas os julgamentos ainda não foram devidamente priorizados²⁶⁰. De qualquer modo, o instituto da repercussão geral é um avanço na medida em que faz chegar ao STF menos processos, permitindo que uma mesma questão relevante seja decidida e aplicada aos demais casos idênticos. Para ilustrar, o STF recebia antes do instituto da repercussão geral cerca de 50 mil recursos extraordinários (em 2007, foram 49.708), tendo este número baixado para 8.823 em 2022.²⁶¹

O mesmo sistema pode ser estendido ao Superior Tribunal de Justiça com a aprovação Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022 que alterou o artigo 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. A relevância da questão federal servirá como um filtro que assegura a racionalidade de atuação do Superior Tribunal de Justiça, preservando-o para agir quando puder originar unidade ao direito, promovendo economia de atos e concretizando o direito à razoável duração do processo e o dever de eficiência da Justiça Civil²⁶². Contudo, os efeitos práticos do requisito da relevância da questão federal ainda não podem ser observados, uma vez que este critério só será exigido após vigência da futura lei regulamentadora²⁶³.

De qualquer modo, em 2022, ingressaram no STF 70.592 demandas, o que é um número bastante elevado para uma Corte Suprema²⁶⁴. Para baixar esse volume, é necessário repensar as competências do STF. Um dos tópicos que deve ser considerado é a diminuição do rol de agentes com foro por prerrogativa de função, pois tal Tribunal não consegue apreciar e decidir, de maneira adequada, esses casos.

²⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta:** Repercussão Geral – RG. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 20 jun. 2023.

²⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta:** Painel Geral. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/recebidos_baixados/recebidos_baixados.html. Acesso em: 20 jun. 2023.

²⁶² MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 98.

²⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Critério de relevância do recurso especial só será exigido após vigência da futura lei regulamentadora. **Notícias**. Legislação. 19/10/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19102022-Criterio-de-relevancia-do-recurso-especial-so-sera-exigido-apos-vigencia-da-futura-lei-regulamentadora.aspx>. Acesso em: 22 jun. 2023.

²⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta:** Painel Geral. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/recebidos_baixados/recebidos_baixados.html. Acesso em: 20 jun. 2023.

Além disso, como o papel das Cortes Supremas não é a de produzir provas e analisar questões de fato, sendo destinadas a interpretar a Constituição e a definir teses jurídicas para orientar os demais tribunais e juízes do país. Tanto é que o Min. Luís Roberto Barroso já sugeriu alteração na Constituição Federal para que as autoridades que hoje têm foro por prerrogativa de função fossem ser processadas e julgadas por uma vara federal de primeiro grau, em Brasília. O juiz titular seria escolhido pelo STF, para um mandato improrrogável de quatro anos. Das decisões dessa vara especializada caberia recurso ordinário diretamente para o STF ou para o STJ, conforme a autoridade.²⁶⁵

Também são importantes as mudanças promovidas, em 2015, na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) para possibilitar que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar desse meio alternativo de solução de controvérsias para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º), bem como na Lei 13.140/2015, que versa sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Outrossim, deve-se pensar em técnicas processuais que evitem a judicialização de conflitos, a exemplo dos procedimentos probatórios extrajudiciais, que podem ser inspirados na *discovery* pré-processual norte-americana. Tal técnica tem inspirado a reforma de outros sistemas processuais, como o francês, o alemão e o italiano. Por meio dela, evita-se a judicialização compulsiva dos litígios, sem prévia avaliação das reais condições de sucesso ou fracasso, o que deve aumentar a responsabilidade de advogados e de instituições na solução das controvérsias antes do ingresso em juízo.²⁶⁶

Outra técnica processual que contribuiria para promover maior eficiência na prestação jurisdicional, diminuir custos e assegurar isonomia entre os jurisdicionados é a produção coletiva da prova de questões fáticas repetitivas.²⁶⁷ Por exemplo, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em razão de vícios na construção de unidades do Programa Minha Casa Minha Vida. Ações individuais semelhantes foram propostas por consumidores. As demandas envolvem a mesma construtora e, apesar de terem pedido ou causa de pedir diferentes, possuem questões fáticas comuns (repetitivas) - como padrões de condutas, não como ilícitos episódicos - que poderiam ser elucidadas por uma única perícia ou por provas estatísticas.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve ser restrito a poucas autoridades. **Consultor Jurídico**. 2 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/luis-roberto-barroso-foro-privilegiado-restrito-autoridades>. Acesso em: 06 jun. 2023.

²⁶⁶ CAMBI, Eduardo Cambi; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de processo**, v. 245, jul./2015, p. 425-444.

²⁶⁷ LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova**. Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 153-4, 167 e 175.

Nos Estados Unidos, a prova estatística foi utilizada, em *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, para demonstrar - por meio de uma amostra analisada por gênero, tempo de trabalho em tempo integral ou parcial, locais de trabalho ao longo da carreira, cargo ocupado, contratação inicial para cargos de gerência e avaliações de desempenho – que o processo de promoção era subjetivo, não publicizado e que resultada na discriminação no ambiente de trabalho: o Wal-Mart empregava 65% de mulheres, mas apenas 33% delas ocupava cargos de gerência.²⁶⁸

A produção coletiva da prova pode ser antecipada, seja para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, seja para o prévio conhecimento dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, incs. II e III, CPC). Assim, nada impede que o Ministério Público ou outro ente coletivo legitimado possa requerer a antecipação da produção da prova em um litígio estrutural (*v.g.*, que verse sobre uma política pública de saúde ou de educação) ou na tutela de um interesse coletivo ou individual homogêneo, e as evidências produzidas serem usadas para acordos ou ações individuais.

A cooperação jurisdicional, prevista no art. 69, § 2º, inc. II, do CPC, mesmo entre “juízes de ramos judiciários distintos” (arts. 69, § 3º, do CPC, 5º, do anexo da Recomendação CNJ 38/2011, e 1º, inc. I, e 6, inc. VII, da Resolução CNJ 350/2020), a pedido das partes, do Ministério Público ou de ofício pelo magistrado, favorece a produção coletivas de provas. Como o art. 69 do CPC não dispõe sobre o procedimento a ser aplicado, as partes do processo devem ser ouvidas. Em seguida, os demais juízos (da localidade, da região, do Estado ou do país), a depender da extensão dos fatos, devem ser comunicados, para se buscar saber a existência de processos, individuais e coletivos, envolvendo a mesma questão fática, para, também, oportunizar as manifestações das partes desses processos. Depois disso, o juiz de cooperação (art. 7º, do anexo da Recomendação CNJ 38/2011), o Núcleo de Cooperação Estadual (art. 9º, do anexo da Recomendação CNJ 38/2011) e o Comitê Executivo Estadual, devem ser informados, para a definição do juízo competente e para o estabelecimento de questões administrativas pertinentes. Tal atribuição deve ser comunicada e, quando houver processos em vários Estados da federação, exercida pelo Núcleo de Cooperação Nacional e pelo Comitê Executivo Nacional no CNJ. Por último, deve ser observado o contraditório, o que pode ser feito, quando houver um número elevado de interessados, por meio de um legitimado coletivo com representação adequada (art. 5º da Lei 7.347/85 e 82 do Código de Defesa do Consumidor), a exemplo do que estabelece a técnica processual contemplada no art. 139, inc. X, do CPC, admitindo-se, eventualmente, *amicus*

²⁶⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 357.

curiae (art. 138/CPC) para ampliar a cognição dos fatos, a partir de perspectivas interseccionais necessárias para a melhor proteção de direitos fundamentais sociais e da formulação/efetividade de políticas públicas. O Ministério Público, quando não for parte, deve atuar como fiscal da ordem jurídica.

Caberá ao juízo competente, nos moldes do art. 357, § 3º, do CPC, definir o objeto da prova e os meios para a sua produção (*v.g.*, nomeação de peritos e assistentes técnicos, distribuição dos custos, previsão de calendário etc.). Instaurado o incidente, os processos ficam suspensos, para a produção da prova da questão de fato comum (art. 313, inc. V, “b”, do CPC), e, depois de produzida, a prova será valorada por cada um dos juízes competentes para o julgamento das respectivas demandas, não havendo a reunião das ações. A produção da prova em um juízo, diferente daquele onde a demanda foi ajuizada, é um ato de cooperação entre juízes para a prática de atos concertados e não viola a garantia constitucional do juiz natural (arts. 5º, incs. XXXVII e LIII, da Constituição Federal), uma vez que o processo continua a ser decidido pelo juiz, imparcial, legalmente competente. Raciocínio diferente, inviabilizaria atos de cooperação processual, como ocorre com as cartas precatórias. Caso seja necessário esclarecer outros fatos não comuns ou complementar a prova produzida, após a suspensão processual, haverá a possibilidade de produção dessas provas nos respectivos processos. Em processos futuros, a prova produzida, em face da parte demandada e que exerceu o contraditório pleno na produção dessa prova, poderá ser emprestada, nos termos do art. 372 do CPC.

Outra questão importante é o combate à *litigância predatória*, isto é, o ajuizamento em massa de ações com pedidos e causa de pedir semelhantes em face de uma parte específica, visando prejudicá-la, com a obtenção de vantagem indevida por meio do acionamento ao Poder Judiciário de forma abusiva e irresponsável (como, por exemplo, a propositura de inúmeras demandas em lugares distintos, para ocasionar confusão entre as decisões judiciais, além de impor à outra parte o comparecimento em comarcas diversas; o ajuizamento da mesma ação em vários juízos, com a manipulação de distribuição ou a escolha de jurisdição, em violação ao princípio do juiz natural; e estratégias de manipulação de jurisprudência, a fim de se evitar a construção espontânea de entendimentos por parte dos tribunais, o que pode ser alcançado por diversos meios, incluindo desistências oportunistas de recursos que possam ser julgados por juízes ou órgãos que sejam contrários aos interesses de determinada parte).²⁶⁹ Nesse sentido, as Corregedorias dos Tribunais, durante o XVI Encontro Nacional do Poder Judiciário, em sintonia com à Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, aprovaram as Metas Nacionais e as Diretrizes Estratégicas das Corregedorias para 2023, tendo

²⁶⁹ ESCARIZ, Suellen. **Litigância Predatória**: O que é? Disponível em: <https://diariocomercial.com.br/litigancia-predatoria-o-que-e/>. Acesso em: 22 maio 2023.

a Diretriz Estratégica nº 7 afirmado: “Regulamentar e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transmitir as respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de um painel único, que deverá ser criado com essa finalidade”. Preocupado com a litigância predatória, o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 1195, assentou que o juiz, vislumbrando a ocorrência de litigância predatória, pode exigir que a parte autora emende a petição inicial com apresentação de documentos capazes de lastrear minimamente as pretensões deduzidas em juízo.²⁷⁰

Além disso, como estratégia de prevenção e redução de litígios, poderia ser pensada a criação de um Observatório da Justiça Brasileira, com a participação das Universidades, a exemplo do que ocorre em Portugal, onde existe o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Esse Observatório corresponde a uma instituição social que conta com representantes do Governo Federal, com agentes do direito, bem como com pesquisadores e representantes de movimentos sociais, para, além de outras tarefas, acompanhar e analisar o desempenho das instituições que integram o sistema da justiça nacional.²⁷¹ Um observatório tem por objetivo potencializar a produção acadêmica e científica para que seus estudos e sugestões orientem as avaliações sobre o sistema de justiça, as reformas normativas e as políticas de gestão; acompanhar e analisar o desempenho das instituições que integram o sistema de justiça brasileiro e sugerir novas formas e instrumentos alternativos de resolução dos conflitos; e monitorar e avaliar os resultados das reformas normativas.

Sobre a resolução de demandas repetitivas,²⁷² é importante aprofundar os estudos da *Musterverfahren*, existente no Direito Alemão, inclusive

²⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Tema Repetitivo nº 1198, REsp. 2.021.665/MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, afetado em 09.05.2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1198&cod_tema_final=1198. Acesso em: 23 jun. 2023.

²⁷¹ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo; MORAES, Daniela Marques de. O Observatório da Justiça Brasileira como possível instituição de controle democrático do poder judiciário. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2010, p. 412-429.

²⁷² Verificar, entre outros: Aline Regina das Neves e Eduardo Cambi. **Incidente de resolução de demandas repetitivas. Compreensão crítica**; Arthur Mendes Lobo. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*, p. 233 e seg.; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto De Aragão Ribeiro Rodrigues. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p. 191 e seg.; Leonardo Carneiro da Cunha Cunha. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p. 255 e seg.; Guilherme Rizzo Amaral. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas*; Antonio do Passo Cabral. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*; Marcelo Barbi Gonçalves. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deletada*.

para o aperfeiçoamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, que está previsto nos arts. 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015. Tal incidente pode ser instaurado nas hipóteses em que houver discussão judicial sobre matérias com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito; ou, com potencial de causar profunda insegurança jurídica devido ao risco de decisões conflitantes. Com isso, o STJ ou o STF podem suspender todos os processos em curso no território nacional, desde que envolvam matérias idênticas, sob o argumento de preservação da segurança jurídica. Uma vez fixada a tese, obrigatoriamente ela será aplicada aos casos análogos, podendo a parte manejar reclamação caso isso não ocorra.

Portanto, caso aprovado o incidente de resolução de demandas repetitivas pode contribuir, junto com outras medidas, para racionalizar o julgamento de número expressivo de ações que envolvem conflitos massificados, diminuindo o número de processos que tramitam perante o Judiciário brasileiro. A atuação jurisdicional necessita de uma posição de equilíbrio, entre atitudes que se podem denominar de ativistas, bem como nos casos de autocontenção (*self-restraint*) judicial, para atender aos limites e fins constitucionais. O direito contemporâneo é acometido por complexidade e pluralismo. Não suporta mais concepções que anteriormente eram suficientes. Paradigmas são e devem ser quebrados em prol de modelos que suportem as características atuais da sociedade.

O volume de processos que ingressam na Justiça, aliado ao número de autos pendentes culminam na dificuldade em resolver os litígios. A partir disso, Ademir Milton Piccoli, ao tratar das inovações na área judicial, estabelece sete premissas para a superação de obstáculos: cultura digital, liderança, judiciário 4.0, cidadão ao centro, judiciário como plataforma, inovação multidisciplinar e ecossistema.²⁷³ É necessário estar pronto para as mudanças que aparecem com o desenvolvimento social. Exemplo disso é a criação de um tribunal 100% *on-line* na China. O órgão encontra-se aliado ao cenário digital, e é competente para lidar com disputas oriundas do comércio eletrônico. O governo chinês decidiu implementar a tecnologia ao sistema judiciário em face do crescente número de disputas relacionadas ao comércio *on-line*, aliando celeridade e tecnologia. A criação de um ambiente propício a mudanças permite que as transformações sociais sejam compreendidas e sanadas em menos tempo.²⁷⁴

No Brasil, os aplicativos de celular estão sendo utilizados, de maneira crescente, pelo Poder Judiciário. A inclusão da cultura digital pela Justiça ocorre

²⁷³ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

²⁷⁴ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 45.

por meio da celeridade em intimações, citações, e até mesmo conciliações e audiências em vídeo, por meio de plataformas como o WhatsApp e Skype. Uma prática de sucesso no que tange à inovação no Poder Judiciário encontra-se na Justiça Federal no Rio Grande do Norte. O juiz federal Marco Bruno Miranda iniciou um projeto de incubação de soluções dentro da Justiça, com acesso a especialistas do Judiciário para as *startups*. Estabeleceu parcerias com o curso de pós-graduação em tecnologia, com foco no Poder Judiciário, através da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Criou laboratórios de inovação em Natal e em Mossoró, contando com um ambiente físico para promover a inovação e troca de ideias. Participou do *campus party*, a fim de desenvolver soluções para a Justiça através de competições.²⁷⁵

A utilização da inteligência artificial no âmbito judiciário pode simplificar processos e apoiar as decisões do ser humano, de forma a aprender com o magistrado e observar as decisões que toma no curso do processo. Dentre as diferentes maneiras de uso da inteligência artificial, denota-se a possibilidade do atendimento ao usuário (via autoatendimento), pesquisa de jurisprudência e apoio ao processo decisório (compreensão de textos armazenados em bases de dados, sugestão de similaridade de decisões e geração de projetos de votos).²⁷⁶ A inteligência artificial ajuda na redução do número de processos, uma vez que a mão de obra não se limita à humana, reduzindo a necessidade de contratação de mais servidores públicos ou de ampliação de cargas laborais. Exemplo de sucesso na utilização da inteligência artificial se deu no âmbito de uma prova de conceito (PoC) no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na área executiva fiscal. O sistema de Inteligência Artificial finalizou 6.619 processos em pouco mais de três dias, número que crescería exponencialmente se fosse realizado por servidores (estimativa de dois anos e cinco meses para a realização da mesma atividade). Ademais, a taxa de acerto da máquina atingiu 99,95%, ou 0,05% de erro, em contrapartida à média de 15% de erro humano. Os processos que envolvem execução fiscal representam quase 40% de todo o acervo nacional, totalizando 91% de taxa de contingenciamento.²⁷⁷

A palavra “robô”, na verdade, vem do tcheco *robot*, que significa “labuta”. Os humanos criaram robôs para fazer as coisas que as pessoas

²⁷⁵ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 51.

²⁷⁶ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 85-86.

²⁷⁷ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 98-99.

preferem não fazer. Além disso, robôs não ficam doentes, não tiram folga e nunca reclamam, além de possuírem uma crescente capacidade de resolução de problemas.²⁷⁸ O futurologista Ray Kurzweil previu em 1990 que um computador seria capaz de vencer um mestre de xadrez em 1998.²⁷⁹ Ele estava errado: foi, em 1997, que o Deep Blue derrotou a lenda do xadrez Garry Kasparov. Ray também afirmou que, até 2029, os computadores serão tão inteligentes quanto as pessoas, e que, em 2045, devido ao crescimento exponencial do poder da máquina de computação, talvez sejam até 1 bilhão de vezes mais inteligentes que todos os cérebros humanos juntos.

Contudo, apesar dos avanços do uso da tecnologia da informação, dos algoritmos, do *big data*, da internet das coisas e do *machine learning*, a exaltação da máquina sobre o humano, em razão da precariedade da memória dos homens em detrimento da velocidade dos computadores, possui diversos riscos.²⁸⁰ A adoção acrítica dos avanços tecnológicos pode culminar com a morte da razão (era pós-racional) e com um sujeito pós-humano ou *cyborg* (resultante de um homem híbrido às máquinas). Dentre tais riscos presentes na era digital, destacam-se: i) a perda da autonomia intelectual, em razão do excesso de informação como uma forma de gerar desorientação e desinformação; ii) o hipercontrole das pessoas, a partir dos dados fornecidos pelos consumidores a serem manipulados por algoritmos; iii) o enfraquecimento das relações sociais, com a exaltação do individualismo, o materialismo e o consumo desenfreado; iv) a robotização dos serviços, as novas morfologias do trabalho, com a precarização e a uberização das relações trabalhistas²⁸¹, e a redução das preocupações éticas (com a dificuldade de responsabilização de condutas); v) a perda da busca da verdade como um valor maior, com a emergência da pós-verdade, como uma verdade útil (retórica), que assume a forma de mercadoria; vi) o surgimento do hipercorpo,

²⁷⁸ BREGMAN, Rutger. **Utopia para realistas**. Como construir um mundo melhor. Trad. de Leila Couceiro. São Paulo: Sextante, 2018, p. 162.

²⁷⁹ BREGMAN, Rutger. **Utopia para realistas**. Como construir um mundo melhor. Trad. de Leila Couceiro. São Paulo: Sextante, 2018, p. 156-158.

²⁸⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano**: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. Revista Direito e Praxis, v. 10, nº 2, 2019, p. 944-945.

²⁸¹ Conforme Byung-Chul Han, a sociedade do trabalho contemporâneo confunde-se com a sociedade do desempenho, onde as pessoas não são livres: "() o próprio senhor se transformou num escravo do trabalho. Nessa sociedade coercitiva, cada um carrega consigo seu campo de trabalho. A especificidade desse campo de trabalho é que somos ao mesmo tempo prisioneiro e vigia, vítima e agressor. Assim, acabamos explorando a nós mesmos. Com isso, a exploração é possível mesmo sem senhorio" (**Sociedade do cansaço**, p. 25).

modificado pela biotecnologia (para diminuir os sofrimentos, as deficiências, as imperfeições e limitações), a exigir a regulamentação dos direitos humanos para evitar os efeitos negativos do uso das tecnologias (p. ex., a eugenia e a clonagem de pessoas); vii) o advento de juízes-máquinas, sem a sensibilidade necessária para a compreensão dos dramas humanos, cujo exame ficam sujeitos a modelos matemáticos (algoritmos), a quem se transfere o poder de decisão, com enorme risco dos “programadores das máquinas” adotarem critérios racistas, misóginos, homofóbicos e autoritários.

Outra técnica de inovação no Poder Judiciário é o *Blockchain* (protocolo de confiança), que diz respeito a um banco de dados de amplo acesso que utiliza a criptografia de última geração. Por meio desse sistema, podem tramitar informações pela *internet*, sem intermediários. Seu uso pode englobar o controle de certidões digitais, atendimento à população para desburocratizar registros civis, acesso a mandados de prisão e alvará de soltura, segurança do sistema de conta única dos depósitos judiciais e gestão de precatórios.²⁸²

A morosidade do Poder Judiciário é um dos fatores que justificam a aderência a um sistema tecnológico, digital, capaz de resolver conflitos de maneira eficaz e célere, aproximando o cidadão da justiça.

Todavia, nem sempre a cooperação estatal caminha junto ao avanço da tecnologia. Na França, por exemplo, o Código de Organização Judiciária proibiu a circulação e utilização dos dados de identidade de magistrados e servidores com o objetivo de posterior análise, comparação ou a previsão de suas práticas profissionais, reais ou supostas.²⁸³ Essa disposição interfere diretamente na possibilidade de utilização de inteligência artificial pelo Poder Judiciário, já que os escritórios especializados na captação e estudo das decisões judiciais estão impedidos de realizar suas pesquisas.²⁸⁴ O Governo da França justifica essa limitação por conta da segurança social, no intuito de evitar fraudes processuais, ao impedir que especialistas estudem detalhadamente suas decisões e criem modelos dos comportamentos dos magistrados em sede de sentença.

²⁸² PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018, p. 98-99.

²⁸³ “Article L 111-13 - [] Les données d’identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l’objet d’une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d’évaluer, d’analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées”. Tradução nossa. França. Code de L’Organisation Judiciaire – Article L 111-13. Acesso em: 16 out. 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁸⁴ GUIILLOUX, Michael. La France bannit les IA de prédiction des comportements des juges. *Developpez*. 04.06.2019. Disponível em: <https://intelligence-artificielle.developpez.com/actu/264160/La-France-bannit-les-IA-de-prediction-des-comportements-des-juges-les-technologies-de-justice-predictive-sont-elles-une-menace-pour-la-societe/>. Acesso em: 06 out. 2019.

O emprego da tecnologia junto aos processos e à ciência jurídica como um todo pode ser – e tende a ser – extremamente benéfico. Contudo, as inovações tecnológicas não podem desconfigurar os preceitos basilares dos atos processuais nem, tampouco, em nome de aspectos objetivos e quantitativos, comprometer a efetiva comunicação entre os sujeitos processuais ou deixar de zelar pelo aspecto qualitativo – e democrático – das decisões.²⁸⁵

Além disso, é necessário criticar o uso das ferramentas sem o devido cuidado com a sua implementação²⁸⁶. Deve-se ter atenção para a preconização da eficiência quantitativa em detrimento da qualitativa, pois não se pode justificar a adoção da tecnologia, tão-somente, para inibir a “explosão de litigância” ou para a gestão de acervo. Isto porque, mesmo em relação às técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos ou de repercussão geral, os grandes litigantes têm condições de desenvolver estratégias muito mais bem sucedidas de formação de precedentes favoráveis a seus interesses²⁸⁷.

Ademais, há uma tendência de se levar os litigantes eventuais para fora do Judiciário (MACs e filtros), de reduzir a sua participação do processo (por meio de encurtamentos processuais), de deslocar conflitos para a arena dos grandes litigantes (como, por exemplo, os projetos de desjudicialização das execuções fiscais) ou para foros por eles incentivados (como os mutirões), ao mesmo tempo que focam nas estratégias de formação de precedentes que lhes sejam favoráveis²⁸⁸.

É preciso, pois, considerar não apenas a redução do número de processos, mas principalmente se as escolhas políticas que vêm sendo desempenhadas pela Justiça brasileira caminham no sentido da universalização dos direitos humanos-fundamentais, da ampliação do exercício da cidadania, bem como da redução das desigualdades sociais²⁸⁹.

²⁸⁵ NEVES, Aline Regina das. CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. **Revista dos Tribunais**, v. 986/2017, p. 87-110, dez/2017, p. 87-110.

²⁸⁶ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Julgamento em extinção? O estudo “vanishing trial” de Marc Galanter e a transformação da atividade jurisdicional no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**, 2022, v. 16, n. 1, p. 1- 44, ISSN 2317-262. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15497/11495>. Acesso em: 23 jun. 2023, p. 36.

²⁸⁷ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Julgamento em extinção? O estudo “vanishing trial” de Marc Galanter e a transformação da atividade jurisdicional no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**, 2022, v. 16, n. 1, p. 1- 44, ISSN 2317-262. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15497/11495>. Acesso em: 23 jun. 2023, p. 36.

²⁸⁸ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Julgamento em extinção? O estudo “vanishing trial” de Marc Galanter e a transformação da atividade jurisdicional no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**, 2022, v. 16, n. 1, p. 1- 44, ISSN 2317-262. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15497/11495>. Acesso em: 23 jun. 2023, p. 39.

²⁸⁹ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Julgamento em extinção?

3 INEFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTAGONISMO JURIDICÁRIO

As demandas pela concretização de direitos fundamentais são cada vez maiores. Se as instâncias políticas primordialmente responsáveis pela concretização desses direitos não o fazem, sobrecarrega-se a instância jurisdicional com demandas relativas às omissões dos demais Poderes, já que, por determinação constitucional, o Judiciário não pode abster-se de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Diante da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, o Judiciário é constantemente demandado. Porém, se, a pretexto de realizar justiça, o magistrado extrapola os limites constitucionais e passa decidir a partir de concepções pessoais acerca do justo ou, ainda, à sombra de suas convicções políticas, cai-se no perigoso pântano dos decisionismos ou voluntarismos que, em última análise, retiram a legitimidade da jurisdição constitucional, e criam sério risco ao Estado Democrático de Direito.

O protagonismo judiciário não é, em si mesmo, prejudicial e, quando mitigado pelo princípio da subsidiariedade, desde que para reconhecer omissões inconstitucionais, deve ser adotado. Entretanto, a postura mais efetiva do Judiciário não é uma fórmula mágica capaz de resolver todos os problemas no reconhecimento e na concretização dos direitos fundamentais sociais. Entre a postura ativista e a da autocontenção, o Judiciário deve caminhar, juntamente com os demais Poderes, em direção à realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito que se instaurou.

É indispensável buscar uma alternativa na encruzilhada entre o princípio da separação dos poderes e as “teorias da última palavra”.²⁹⁰ Saber se a última palavra, em conflitos envolvendo direitos fundamentais, deve ser dos Parlamentos ou das Cortes apenas agrava a realização de dois ideais políticos, igualmente importantes: a democracia e o constitucionalismo. Deve ser pela interação de caráter deliberativo entre os poderes ou pelas contribuições complementares entre eles que se tem maiores possibilidades de, a longo prazo, produzir melhores resultados na efetivação dos direitos fundamentais. É preciso

O estudo “vanishing trial” de Marc Galanter e a transformação da atividade jurisdicional no Brasil. *Revista Direito Mackenzie*, 2022, v. 16, n. 1, p. 1- 44, ISSN 2317-262. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15497/11495>. Acesso em: 23 jun. 2023, p. 39.

²⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada no Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 14-18.

superar a concepção da “última palavra”, para não colocar fim ao debate, uma vez que o desafio da contemporaneidade é maximizar a capacidade da democracia de levar a sério os direitos fundamentais, pelo potencial epistêmico da deliberação interinstitucional, sem desconsiderar a necessidade de decisões estáveis, ainda que provisórias.

Por outro lado, também é preciso pensar nas razões que culminaram com a expansão da jurisdição constitucional. Dentre elas, a crise na representação e na legitimação políticas. Tal situação, infelizmente, não pode ser superada pela atuação jurisdicional, exigindo a realização de reformas políticas para que exista maior equilíbrio entre os Poderes.²⁹¹

Portanto, o protagonismo judiciário deve ser pautado pelo princípio da subsidiariedade e existir, tão-somente, em casos justificados, quando houver caracterizada omissão inconstitucional. Por isso, mesmo que exercido de forma responsável, não pode ser a panaceia para a efetivação dos direitos constitucionais. Isto porque o sistema judicial é caro, lento e ineficiente.

Se nas últimas décadas o Brasil tem experimentado uma crescente explosão de litigiosidade, para aperfeiçoar o sistema judicial, é indispensável, tanto quanto reformas processuais, construir uma consistente Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), isto é, um fórum permanente, que reúna diversas entidades (Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública e Privada, Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, Secretaria de Reforma do Judiciário, bancos, Instituto de Previdência Social, empresas de telefonia, agências reguladoras, universidades,

²⁹¹ Nesse sentido, afirma Leonardo Avritzer, “o Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular. Para isso, é necessário organizar uma reforma política que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação em sua relação com os atores da sociedade civil. O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra no país, sob o risco de afetar o equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo, independentemente da deslegitimação em curso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva. Por mais que concordemos com a decisão do Supremo nessa questão, era fundamental que ela tivesse sua origem no Poder Legislativo. Assim, é possível afirmar que o Brasil avançou enormemente no que diz respeito ao aumento das prerrogativas do Poder Judiciário e que a tradição de revisão constitucional, o assim chamado ‘controle concentrado de constitucionalidade’, está definitivamente instituída no país. Todavia, ainda não alcançamos o equilíbrio desejável devido ao enfraquecimento das prerrogativas do Poder Legislativo no país. O alcance de um equilíbrio desejável requer a recuperação das prerrogativas de soberania pelo Congresso Nacional, que, no entanto, só conseguirá fazê-lo se for capaz de se autorreformular sem o que o Poder Judiciário interfira naquilo que são os seus poderes administrativos e legislativos próprios, que decorrem da tradição de um governo misto” (Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil, p. 219-220).

representantes de movimentos sociais,²⁹² dentre outros) para diagnosticar, monitorar e executar políticas criativas, criteriosas e eficientes para aperfeiçoar o sistema brasileiro de justiça.

Isso possibilitará pensar melhor as estratégias nacionais de prevenção e de redução de litígios, a fim de planejar e aprimorar, com mais eficiência, a democratização do acesso à justiça, reduzidas as desigualdades e promover a cidadania plena.

CONCLUSÃO

Há uma enorme quantidade de processos no sistema judiciário brasileiro. Quantitativamente, os números apurados pelo Conselho Nacional de Justiça, na pesquisa Justiça em números, demonstram isto. Utilizar mais recursos financeiros para dar conta da enorme quantidade de processos não é, necessariamente, a solução para esse problema; afinal, tais recursos precisam ser priorizados em estratégias judiciais voltadas à promoção da cidadania e da efetivação de políticas públicas indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais sociais.

²⁹² À guisa de ilustração, o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, institui a política nacional de participação social, para articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e atuação conjunta entre a Administração Pública federal e a sociedade civil, prevendo no artigo 6º nove instâncias e mecanismos de participação social, sem prejuízo da criação e do reconhecimento de outras formas de diálogo. Outro mecanismo importante são as audiências públicas, para deliberar sobre questões jurídicas complexas, seja antes da propositura de uma ação (coletiva) [conforme a Resolução nº 82/2012 do CNMP, baseada nos artigos 27, inc. IV, da Lei 8.623/93 e 6º, inc. XIV, da Lei Complementar nº 73/93] seja durante o seu transcurso. Tal assunto merece, contudo, melhor regulamentação. Por enquanto, encontra-se prevista, no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99) e nos artigos 13, inc. XVII, e 21, inc. XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O tema deve ser regulamentado no processo coletivo, podendo-se mencionar, como exemplo, a proposta contida no artigo 22 do Projeto de Lei nº 4484/2012 (apesar do seu arquivamento, por falta de deliberação, em 2015), que disciplina a ação civil pública, in verbis: “Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial”. De igual modo, o artigo 90-J, do Projeto de Lei do Senado nº 282, de 2012, que pretende aperfeiçoar o Código de Defesa do Consumidor, inclusive asseverando a participação de *amicus curiae*, assevera: “O juízo ou tribunal, em qualquer instância, poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de *amicus curiae*”. O CPC de 2015, por sua vez, regulamentou e ampliou a figura do *amicus curiae* no art. 138.

A utilização de ferramentas e meios tecnológicos para redução dos litígios se fazem necessárias, como, por exemplo, no emprego da universalização e eficiência de métodos adequados de solução de conflitos, na gestão de processos e no combate à litigância predatória.

No entanto, se faz importante a reflexão de que a maior parcela da população brasileira é vulnerável, seja em sentido econômico, seja em relação aos conhecimentos necessários para o exercício da cidadania, o que impacta diretamente em seu acesso à justiça.

Litigantes habituais, normalmente, são defendidos por profissionais com elevada formação técnica e traçam estratégias para que seus interesses se efetivem, inclusive com a aplicação de precedentes vinculantes. Isto, contudo, nem sempre atende a parcela da população mais vulnerável, que não dispõe dos mesmos recursos financeiros para fazer com que suas demandas sejam analisadas pelas Cortes Superiores, que uniformizam a aplicação da Constituição e da legislação infraconstitucional.

É certo que se faz necessária a implementação de estratégias de redução de litígios para se poder ter uma atividade jurisdicional de maior qualidade. Contudo, as políticas judiciárias precisam ser criteriosas, dando-se atenção à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF), em que se dê a máxima efetivação dos direitos fundamentais, para se reduzir as desigualdades e ampliar a justiça social.

REFERÊNCIAS

- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Julgamento em extinção? O estudo “vanishing trial” de Marc Galanter e a transformação da atividade jurisdicional no Brasil. **Revista Direito Mackenzie**, 2022, v. 16, n. 1, p. 1- 44, ISSN 2317-262. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15497/11495>. Acesso em: 23 jun. 2023.
- AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. *In: Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve ser restrito a poucas autoridades. **Consultor Jurídico**. 2 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/luis-roberto-barroso-foro-privilegiado-restrito-autoridades>. Acesso em: 06 jun. 2023.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano**: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. *Revista Direito e Praxis*, v. 10, nº 2, 2019.
- BREGMAN, Rutger. **Utopia para realistas**. Como construir um mundo melhor. Trad. de Leila Couceiro. São Paulo: Sextante, 2018.
- CAMBI, Eduardo Cambi; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de processo**, v. 245, jul./2015.
- CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. **Revista de processo**, v. 39, n. 237, p. 435-458, nov. 2014.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 4. ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- ESCARIZ, Suellen. **Litigância Predatória**: O que é? Disponível em: <https://diariocomercial.com.br/litigancia-predatoria-o-que-e/>. Acesso em: 22 maio 2023.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese (doutorado). Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012.
- GUILLOUX, Michael. La France bannit les IA de prédiction des comportements des juges. *Developpez*. 04.06.2019. Disponível em: <https://intelligence-artificielle.developpez.com/actu/264160/La-France-bannit-les-IA-de-prediction-des-comportements-des-juges-les-technologies-de-justice-predictive-sont-elles-une-menace-pour-la-societe/>. Acesso em: 06 out. 2019.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.
- LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova**. Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2018.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Revista jurídica**, v. 49, n. 282, 2001.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- NEVES, Aline Regina das. CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. **Revista dos Tribunais**, v. 986/2017, p. 87-110, dez/2017.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. O Observatório da Justiça Brasileira como possível instituição de controle democrático do poder judiciário. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2010.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial** – 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Democratização do acesso à justiça. **Diálogos sobre Justiça**, nº 1, janeiro/abril 2014, Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*. v. 158. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Tema Repetitivo nº 1198, REsp. 2.021.665/MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, afetado em 09.05.2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1198&cod_tema_final=1198. Acesso em: 23 jun. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Critério de relevância do recurso especial só será exigido após vigência da futura lei regulamentadora. **Notícias**. *Legislação*. 19/10/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19102022-Criterio-de-relevancia-do-recurso-especial-so-sera-exigido-apos-vigencia-da-futura-lei-regulamentadora.aspx>. Acesso em: 22 jun. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta**: Painel Geral. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/recebidos_baixados/recebidos_baixados.html. Acesso em: 20 jun. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta**: Repercussão Geral – RG. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 20 jun. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

A SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) PELO ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL (IPCA-E) NOS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS: LIMITES DE ALTERAÇÃO DA COISA JULGADA NO TEMPO PELA SUPERVENIÊNCIA DE NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA

Alif Ronaldo Soares Domingues¹

RESUMO

A pesquisa proposta tem por objetivo investigar a plausibilidade dos argumentos utilizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para fundamentar a (i)mutabilidade do índice de correção monetária dos títulos judiciais exequendos que estão em sede de cumprimento de sentença em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei Federal n.º 9.494/1997 pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 810 do STF). Enquanto para uns alterar o índice posto em sentença significaria uma clara violação à coisa julgada material posta em sentença, para outros o precedente do STF vincularia de imediato o juízo do cumprimento de sentença, permitindo inclusive que a declaração de inconstitucionalidade superveniente retroaja sobre a coisa julgada. A questão-dilema posta, portanto, é a de verificar se duas das interpretações levantadas pelo Tribunal de Justiça do Paraná pode guardar relação com a garantia fundamental da segurança jurídica ao mesmo tempo que observa a decisão da Suprema Corte. A presente pesquisa tem como finalidade aclarar ao menos parcialmente tal discussão, delimitando erros e acertos na concepção jurisprudencial sobre o tema e esclarecendo os limites de alteração da coisa julgada no tempo pela superveniência de nova situação jurídica.

Palavras-chave: coisa julgada; tema 810/stf; nova situação jurídica; obrigações de trato sucessivo; correção monetária.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos três últimos anos, por ocasião do Tema 810 do Supremo Tribunal Federal (STF), o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem se dividindo em torno de casos em que se discute a manutenção, em sede

¹ Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: alifsoares.acad@outlook.com Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7928508419380158> ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0602-834X>

de cumprimento de sentença, de índice de correção monetária fixado em sentença que vem posteriormente a ser declarado inconstitucional pelo STF.

No âmbito da Corte Paranaense, têm sido duas as principais posições jurisprudenciais sobre o tema. A primeira sustenta a imutabilidade do índice estabelecido no título judicial executivo mesmo após a posterior declaração de inconstitucionalidade e a segunda admite a substituição do índice inconstitucional por outro constitucional que melhor refletiria a perda inflacionária da moeda.

Para a primeira posição, alterar o índice fixado em sentença já transitada em julgado significaria uma clara violação à garantia da coisa julgada.

Para a segunda, pelo fato de os índices de correção serem obrigações de trato sucessivo e de a posterior declaração de inconstitucionalidade constituir nova situação jurídica, seria possível a aplicação imediata do novo entendimento firmado pelo STF, mesmo que a sentença exequenda já esteja em fase de cumprimento de sentença. Um dos principais aspectos dessa última interpretação é que ela permitiria que a declaração de inconstitucionalidade retroaja sobre a coisa julgada, abrangendo todo o período de existência da dívida.

A partir dessas duas posições, algumas reflexões se fazem necessárias. Qual dessas duas posições seria a mais compatível com as garantias básicas da jurisdição relacionadas ao sistema de precedentes, à segurança jurídica e à proteção da confiança dos jurisdicionados? É realmente possível que a declaração de inconstitucionalidade retroaja sobre a coisa julgada? E, depois, seria possível encontrar um denominador comum que concilie ambas as interpretações, priorizando tanto a segurança jurídica das relações quanto a vinculação dos tribunais ao precedente superveniente? Essas, entre outras questões, buscarão serem respondidas no presente trabalho.

O objetivo é investigar a plausibilidade dos argumentos utilizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para fundamentar a (im)possibilidade de substituição da Taxa Referencial (TR) pelo Índice Nacional de Preços do Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) nos títulos judiciais exequendos em cumprimento de sentença em razão da posterior declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei Federal n.º 9.494/1997, com a redação dada pela Lei Federal n.º 11.960/09, no Tema 810 do Supremo Tribunal Federal (RE 870947).

Com esse propósito, o artigo foi estruturado em quatro partes.

A primeira (item 1) diz respeito ao princípio da segurança jurídica como pressuposto de existência do discurso jurídico, que tem como um dos seus principais objetivos a proteção da confiança dos jurisdicionados.

A segunda (item 2) descreve aquilo decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 810/STF (RE 870947): a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei

nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei Federal n.º 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (TR). Este capítulo aborda os termos do entendimento da Suprema Corte e os limites temporais estabelecidos para a declaração de inconstitucionalidade em questão.

A terceira parte da pesquisa (item 3) expõe as duas interpretações predominantes do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a eficácia retroativa do Tema 810 do STF em relação à coisa julgada. A primeira que, com cautela, sustenta a imutabilidade da coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade superveniente e, a segunda que, de maneira mais flexível, admite a possibilidade de alteração.

Por fim, na última seção do artigo (itens 4 e 5), será analisado quais das duas interpretações levantadas pela Corte Paranaense fornece uma solução mais adequada ao problema da substituição da TR pelo IPCA-E nos títulos judiciais exequendos. A intenção final será a de alinhar ambas as interpretações, compatibilizando a cautela da primeira com a flexibilidade da segunda.

1 SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA: A COISA JULGADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO JURISDICIONADO

É impossível num Estado Democrático de Direito que o discurso jurídico sobreviva sem que seus interlocutores possuam previsibilidade no seu cotidiano. Esses interlocutores não se restringem somente a operadores do direito, mas a todos os sujeitos que se submetem às regras de conduta impostas pelo Estado. É exatamente essa condição de previsibilidade que garante às pessoas uma vida que pode ser autodeterminada, planejada, confiável e estável frente a eventos incertos e variáveis.

Ainda que a incerteza seja parte da vida, é através da garantia de segurança jurídica que as pessoas conseguem ordenar condutas, fazer cálculos e prever os resultados dos seus atos. Esse tipo de projeção é fundamental para o desenvolvimento de todos os cidadãos, especialmente como reflexo da sua própria dignidade.² É esse elemento de previsibilidade que nos permite reduzir as complexidades do cotidiano e estabilizar expectativas, inclusive no próprio direito.

No Estado de Direito contemporâneo, o princípio constitucional da segurança jurídica é uma das maiores expressões desse tipo de redução de complexidade social. É ele que reduz incertezas perante o poder estatal, fazendo com que as pessoas possam efetivamente confiar no sistema jurídico em que estão inseridas. Quanto maior o nível de mecanismos de estabilização

² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64.

de expectativas no sistema jurídico, maior a confiança das pessoas no funcionamento das instituições nele dispostas.

E a garantia de segurança jurídica possui clara vinculação à coisa julgada. Entretanto, embora ambas estejam intrinsecamente vinculadas, apenas esta última é um mecanismo próprio de estabilização de expectativas e redução de complexidade no âmbito jurisdicional-processual.³ É através dela, e outras estabilidades, que o jurisdicionado gerencia as suas expectativas dentro do processo, conformando suas condutas por meio daquilo que a ele se apresenta como previsível de acontecer. Ao mesmo tempo que torna imutável o comando sentencial pela impossibilidade do manejo de um próximo recurso, também imutabiliza os próprios efeitos da decisão proferida.⁴ Após o fim do processo de conhecimento, aquilo que é decidido se torna definitivo e imodificável, de modo que a única expectativa do jurisdicionado quanto àquilo acobertado pela coisa julgada é a sua imutabilidade.⁵

Se assim não fosse, e o conteúdo acobertado por ela pudesse vir a ser reiteradamente discutido, de nada adiantaria a tutela jurisdicional estatal; a instabilidade de expectativas dispostas no sistema seria tanta que ninguém mais confiaria seus litígios às decisões do Poder Judiciário. Quanto menor o nível de mecanismos de estabilização de expectativas no sistema, menor é a confiança das pessoas no funcionamento das instituições nele dispostas.

Não por acaso é que no texto da Constituição Federal de 1988 a coisa julgada ganhou espaço privilegiado no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, possuindo cláusula expressa que prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal).

Como cláusula pétrea, ainda que o legislador possa delinear os aspectos da coisa julgada em lei infraconstitucional, ele nunca poderia aboli-la integralmente, seja por lei ou emenda.⁶ É por isso que, para Eduardo Talamini, esse é um dos motivos do porquê o direito constitucional positivo brasileiro impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional brasileiro

³ Nas palavras de Eduardo Talamini, “a coisa julgada não é inerente à atividade jurisdicional, mas a atividade jurisdicional é a única compatível com a coisa julgada.”. Em: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 56.

⁶ TESEHEINER, José Maria. Limites temporais da coisa julgada. In: _____ **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

contemple a coisa julgada⁷, o que resultaria em duas conclusões lógicas, a de que (a) a lei não deve retroagir para desfazer a coisa julgada; e a de que (b) é obrigatória a existência da garantia da coisa julgada no sistema jurisdicional brasileiro, ainda que ela eventualmente seja injusta.⁸

Nesse sentido, não se nega que a justiça da decisão importa à adequada resolução do litígio posto em juízo. Entretanto, também não se nega que, pelas mais variadas razões, podem existir decisões no sistema cujo seu conteúdo seja desconforme com o direito que por elas deveria ter sido aplicado ao caso concreto (como de fato existem). Todavia, embora um dos valores intrínsecos ao direito seja o da justiça, o valor da segurança jurídica exige que a injustiça da decisão seja irrelevante à formação da coisa julgada material. Talvez, inclusive, seja essa uma das maiores finalidades do instituto: demonstrar que a decisão mais injusta de todas é aquela que pode ser discutida e modificada a qualquer tempo.

Isso não quer dizer que a autoridade e eficácia da coisa julgada é alheia à justiça definida no comando judicial, mas sim que o grau de autoridade e eficácia de uma sentença injusta é igual ao de uma sentença justa⁹, presumindo-se que o comando judicial revestido pela coisa julgada é conforme com a ordem normativa.¹⁰ A eficácia e autoridade de sentenças justas e injustas são tão iguais que ambos os comandos acobertados pela coisa julgada apenas poderiam ser desfeitos pelas mesmas restritivas hipóteses de rescindibilidade definidas em lei.

É a definitividade do comando, seja ele justo ou injusto, que assegura a estabilização das expectativas do jurisdicionado quanto àquilo que fora decidido no processo. Não se conceberia um sistema jurídico sem a existência dessa garantia, em que a tutela jurisdicional obtida não possuiria qualquer estabilidade. É por isso que, para que o jurisdicionado confie na tutela jurisdicional estatal, é obrigatória a existência da garantia da coisa julgada.

2 A SUPERVENIÊNCIA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE APÓS A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 810 DO STF

A tese debatida no Tema 810 do STF também se relaciona ao debate entre a justiça da decisão e a segurança jurídica necessária à sentença.

⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 52.

⁸ Ainda que os conceitos de justiça, do justo e do injusto sejam extrajurídicos, utiliza-se tais expressões para realçar as hipóteses de quando a coisa julgada é desconforme ao direito positivo estatal quanto ao seu conteúdo (mérito).

⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 293.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...*, p. 141.

A questão a ser resolvida dizia respeito à constitucionalidade ou não do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, que previa que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública deveria seguir os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR).

O caso paradigma era relativo a recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, mantendo concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20), assentou que não caberia a aplicação da Lei Federal n.º 11.960/09 quanto aos juros e à correção monetária. O fundamento utilizado pela Corte Federal para afastar tal aplicação foi o de que no julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425 o Supremo Tribunal Federal já teria reconhecido, por arrastamento, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Reconhecida por maioria a existência de repercussão geral da questão, o Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento ao recurso extraordinário interposto, confirmando em parte o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

(i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que

disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presídium o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017.¹¹

Apenas a última tese definida é a que aqui nos interessa, que afastou o uso da TR como índice de correção monetária dos débitos devidos pela Fazenda Pública e passou a considerar o uso do IPCA-E como índice de correção mais adequado fins de recomposição inflacionária.

Nos termos do voto do relator Min. Luiz Fux, o principal argumento para o afastamento da TR para fins de recomposição inflacionária disse respeito à necessidade de preservação da coerência interna entre os julgados da Suprema Corte.

Para ele, se o STF antes já tinha julgado duas ADIs (4.357 e 4.425) no sentido de declarar inconstitucional o uso da correção monetária pela TR entre o período da inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento, não haveria qualquer razão para se manter o uso da TR para o período relativo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. Se a finalidade básica da correção monetária é a de preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação, por adequação lógica, os instrumentos destinados a realizar tal objetivo deveriam ser os mesmos para os dois períodos de condenação da Fazenda Pública: entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública e entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Contra a decisão foram opostos embargos de declaração pela Confederação Nacional dos Servidores Públicos, pela Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário, pelo INSS e por 18 Estados da Federação, além do Distrito Federal. A pretensão era que a Suprema Corte modulasse os efeitos da decisão proferida em sede de recurso extraordinário para que o IPCA-E passasse a ser utilizado como índice de correção apenas a partir da publicação do acórdão ou do trânsito em julgado do recurso extraordinário.

Quando do julgamento dos embargos, o voto do Min. Relator Luiz Fux considerou que a atribuição de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade poderia ocasionar um cenário mais grave do que a própria inconstitucionalidade contida na norma.

¹¹ STF, RE 870.947/SE, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.09.2017.

Segundo o ele, mais uma vez em nome da coerência, se os critérios para correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública foram uniformizados com base em fundamentos análogos a fim de se alcançar coerência, para que esta fosse de fato obtida também seria necessário que ocorresse a mesma racionalidade de modulação dos efeitos ocorrida no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 àquele caso concreto.

Para os provimentos judiciais condenatórios já transitados em julgado, o Min. Relator foi enfático: o acórdão de mérito proferido no extraordinário não deveria alcançar os provimentos judiciais condenatórios que já transitaram em julgado, cujos critérios de pagamento deveriam ser mantidos sob pena de violação à coisa julgada. Assim, foi proposta a seguinte modulação:

1. Em relação aos provimentos judiciais que não transitaram em julgado, fica estabelecido como marco temporal inicial dos efeitos o dia 25/3/2015, consoante o que decidido na questão de ordem formulada nas ADIs 4.357 e 4.425;
 - 1.1. Ausente qualquer modulação temporal de efeitos em relação aos débitos fazendários que, mesmo antes de 25/3/2015, já foram atualizados com base no IPCA-E, como é o caso dos débitos da União Federal;
2. O acórdão embargado não alcança os provimentos judiciais condenatórios que transitaram em julgado, cujos critérios de pagamento serão mantidos.¹²

Entretanto, a tese não pegou. Após pedido de vistas, o Min. Alexandre de Moraes divergiu do voto relator sustentando que eventual modulação de efeitos se afiguraria benéfico apenas ao Estado brasileiro, o que atentaria aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança dos jurisdicionados que já há anos vêm questionando o uso da TR como indexador.

Para ele, a modulação implicaria em risco inverso ao jurisdicionado, eis que ela impediria a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado como válido pela própria Suprema Corte, o IPCA-E:

Entendo que prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. Nesses casos, o

¹² STF, Emb.decl. no RE 870.947/SE, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.10.2019, DJe 03.02.2020, voto do Min. Relator Luiz Fux, p. 17-18.

jurisdicionado: (a) foi indevidamente lesado pelo Poder Público e suportou um desfalque patrimonial; (b) teve o ônus de buscar socorro no Poder Judiciário, com custos adicionais; (c) mesmo vitorioso, teve que executar o valor devido pela sistemática de precatórios; (d) viu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentar a inconstitucionalidade da correção de créditos pela TR; (e) terá o valor de seu crédito corrigido por essa mesma TR, que não recompõe de forma integral o seu patrimônio.

Ora, a modulação de efeitos, nessa hipótese, transmite uma mensagem frustrante para o jurisdicionado: ele tinha razão, o Poder Judiciário reconheceu, mas isso não fez tanta diferença, seu crédito foi liquidado a menor, como preconizado pela norma inconstitucional.

Dessa feita, não vejo como a incidência da TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, na medida em que impede a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado pela própria CORTE como válido.¹³

Segundo o voto divergente, a modulação de efeitos como forma de se tutelar a boa-fé objetiva como mecanismo de não surpresa não se justificaria ao caso concreto, haja vista que a validade do uso da TR como índice de correção sempre foi controversa. Assim, não seria nada inesperada a declaração de inconstitucionalidade prolatada:

Mas essas razões de interesse social não estão presentes no caso. Tanto o art. 100, §12, da CF, na redação dada pela EC 62/2009, quanto o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 (redação da Lei 11.960/2009), vigoram apenas pelo período em que essa CORTE despendeu para concluir pela sua inconstitucionalidade (julgamento de mérito iniciado em junho de 2011, concluído em 2013; e modulação decidida em incidente de QO em 2015). Durante todo esse período - ou mesmo antes, no decurso do processo legislativo - sempre houve forte questionamento da sociedade civil e comunidade jurídica a respeito da validade do uso que a EC 62/2009 e Lei 11.960/2019 fizeram da TR. Assim, não é surpreendente ou inesperado que tenha sido declarado inconstitucional.

Os créditos liquidados em desfavor da Fazenda Pública representam, no mais das vezes, lesões a direitos perpetrados pela Administração há muito tempo, mesmo décadas. O jurisdicionado, que aguarda o reconhecimento e satisfação de seu direito desde muito antes

¹³ STF, Emb.decl. no RE 870.947/SE, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.10.2019, DJe 03.02.2020, voto do Min. Alexandre de Moraes, p. 7.

de 2009, ele é que foi surpreendido pela edição da EC 62/2009 e Lei 11.960/2009, quando viu seu crédito deixar de ser corrigido por índice idôneo (IPCA, como já constava de manuais de cálculo aplicados pelo Poder Judiciário). Os seis anos transcorridos entre 2009 e 2015, se comparados com a escala de tempo que se impõe ao cidadão/administrado para a satisfação do crédito, não se mostra suficiente a justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional.¹⁴

Assim, após longa discussão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acabou por rejeitar todos os embargos opostos, afastando qualquer modulação de efeitos à decisão de inconstitucionalidade anteriormente proferida.

Com essa não modulação, muitos consideraram possível que a declaração de inconstitucionalidade prolatada ao Tema 810 do STF retroagisse a coisas julgadas já formadas, eis que, sendo *ex tunc*, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade proferida sugeriria a retirada da norma do ordenamento jurídico desde o seu nascimento (teoria da nulidade).¹⁵ Por consequência, seria também possível substituir a TR pelo IPCA-E desde a origem da dívida, o que abrangeria, inclusive, os títulos executivos já transitados em julgado.

Esta, por exemplo, é uma das posições do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema.

3 A ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE CORREÇÃO EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

São duas as interpretações predominantes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema da alteração do critério de correção monetária em sede de cumprimento de sentença pela superveniência do Tema 810 do STF.

¹⁴ STF, Emb.decl. no RE 870.947/SE, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.10.2019, DJe 03.02.2020, voto do Min. Alexandre de Moraes, p. 9.

¹⁵ Sobre o tema, Eduardo Talamini esclarece que “a teoria da “nulidade” da norma inconstitucional está especialmente sintonizada com o modelo americano de controle de constitucionalidade, em que qualquer juiz está autorizado a exercê-lo e se afirma que todos têm o direito de descumprir a lei inconstitucional. O sistema austríaco formulado por Kelsen – concentrado e gerador de pronúncias *ex nunc* – sobretudo em feições originárias é integralmente compatível com a tese da ‘anulabilidade’”. TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume II: Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 669-705, p. 670.

A primeira entende pela imutabilidade do índice TR já fixado no título executivo judicial frente à declaração de constitucionalidade superveniente¹⁶ e, a segunda, pela possibilidade de substituição do índice TR pelo índice IPCA-E em cumprimento de sentença, estendendo a aplicação do novo índice para todo o período de existência do crédito exequendo.¹⁷

¹⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0053544-13.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 30.01.2023; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0064772-19.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Renato Braga Bettega, j. 25.07.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0000321-48.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Stewalt Camargo Filho, j. 19.07.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0023821-80.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, j. 28.06.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0023916-13.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Jorge Oliveira Vargas, j. 10.09.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0030680-15.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Renato Braga Bettega, j. 30.08.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0061970-82.2020.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho, j. 20.04.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0056448-11.2019.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Luciano Campos de Albuquerque, j. 12.04.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 4ª Turma Recursal. Agravo de instrumento n.º 0001011-81.2022.8.16.0031. Curitiba, Rel. Juiz de Direito da Turma Recursal dos Juizados Especiais Tiago Gagliano Pinto Alberto Campos de Albuquerque, j. 07.12.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0014892-58.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Maria Aparecida Blanco de Lima, j. 16.08.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0022227-31.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Lidia Matiko Maejima, j. 12.07.2021.

¹⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0030058-96.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Antonio Franco Ferreira da Costa Neto, j. 26.09.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0003945-08.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Marcelo Wallbach Silva, j. 26.09.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0003592-65.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Lilian Romero, j. 15.08.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0001799-91.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, j. 08.08.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0002117-74.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Antonio Franco Ferreira da Costa Neto, j. 01.08.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0000319-78.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Marcelo Wallbach Silva, j. 18.07.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. Apelação cível n.º 0001578-43.2015.8.16.0004. Curitiba, Rel. Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, j. 22.06.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0069785-33.2020.8.16.0000. Curitiba, Rel. Juiz Subst. 2º Grau Alexandre Kozochen, j. 17.05.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0064715-98.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Carlos Mansur Arida, j. 26.04.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0059089-98.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Carlos Mansur Arida, j. 26.04.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0015590-64.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Eugenio Achille

3.1 SOBRE A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DIANTE DO TEMA 810 DO STF

A posição que entende pela imutabilidade da TR como índice de correção sustenta que a existência da garantia da coisa julgada que reveste a sentença exequenda prevalece ao novo entendimento exarado pelo STF no Tema 810. Para ela, alterar o índice de correção em fase de cumprimento de sentença significaria violação direta à coisa julgada já formada, ignorando também a segurança jurídica das relações e a confiança dos jurisdicionados àquilo que já restou decidido na fase de conhecimento.

A decisão de inconstitucionalidade superveniente não reverberaria absolutamente nenhum efeito aos casos em que a TR já foi fixada em sentença como índice de correção, estando todas as questões relativas ao índice de correção já amparadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, nos termos do art. 508 do CPC.

A execução do título judicial já transitado em julgado deveria, portanto, sempre se ater aos termos e limites estabelecidos na sentença, independentemente da nova circunstância da declaração de inconstitucionalidade. Já transitada em julgado a sentença que definiu as balizas da correção monetária do crédito exequendo, seria impossível a fixação de novos parâmetros em sede de cumprimento de sentença, sob pena de violação à coisa julgada já formada:

Como se sabe, não é possível a alteração de sentença transitada em julgado em sede de julgamento de agravo de instrumento interposto em fase de cumprimento de sentença.

A coisa julgada acaba por tornar imutáveis os efeitos da sentença, dando a segurança de que seu direito não poderá mais ser contestado e de que o litígio que envolveu o seu direito não voltará a ser decidido. [...].

Isto porque, a ação que originou o título executivo já transitou em julgado (Ref. mov. 1.4/1.6 – ação principal), não cabendo alteração na forma como fora fixada a correção monetária, sob pena de ofensa à coisa julgada, não sendo possível reabrir o debate em sede de cumprimento de sentença.

Assim sendo, a questão dos acréscimos legais já foi debatida

Grandinetti, j. 16.03.2022; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0049587-38.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Leonel Cunha, j. 06.12.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0025877-86.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Nilson Mizuta, j. 09.08.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0016215-98.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, j. 19.07.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. Embargos de declaração n.º 0041013-65.2017.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Ramon de Medeiros Nogueira, j. 14.06.2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0014885-66.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Stewart Camargo Filho, j. 03.11.2021.

e está protegida pela imutabilidade da coisa julgada material. Impossível revê-la na fase de cumprimento de sentença.¹⁸

A coisa julgada formada ao título executivo judicial, portanto, apenas poderia ser desconstituída nas hipóteses legais e restritivas de ação rescisória.

3.2 SOBRE A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE CORREÇÃO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DIANTE DO TEMA 810/STF

Já para a segunda posição, a declaração de inconstitucionalidade posterior do índice de correção posto em sentença poderia sim atingir os títulos executivos já transitados em julgado.

Em respeito à coerência e integridade do sistema decisório e considerando que não houve qualquer modulação de efeitos ao julgamento do Tema 810 do STF, a declaração de inconstitucionalidade posterior alcançaria os títulos executivos judiciais já transitados em julgado que fixaram o índice inconstitucional.

A não modulação possibilitaria a eficácia retroativa máxima da decisão de inconstitucionalidade, fulminando a eficácia da norma inconstitucional desde a sua origem:

Sobreleva notar a ausência de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º F da Lei nº 9494/97 com a redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009 quando do julgamento dos Embargos de Declaração no RE 870.947/SE.

E, a aplicação do entendimento firmado no Tema 801/STF não viola a coisa julgada, também porque a tese foi firmada pela Suprema Corte, em 20/11/2017, antes do trânsito em julgado do processo de conhecimento (24/05/2019). Isto, considerando que o art. 535, III, § 5º e 7º, do Código de Processo Civil, estabelece ser inexigível “a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal quando a decisão da Corte Suprema for anterior ao trânsito em Federal” julgado da decisão exequenda.

Embora, o dispositivo trate da inexigibilidade do título, o art. 7º do Código de Processo Civil, impõe a igualdade de tratamento entre as partes, de modo que não se pode exigir do credor, com suporte no mesmo art. 535, III, §§ 5º e 7º, do CPC, a aplicação de norma declarada inconstitucional, e sem a necessidade da utilização de ação rescisória para tanto.

¹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0053544-13.2022.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 30.01.2023, p. 3.

Ademais, a aplicação de tese fixada em caráter vinculante não ofende a coisa julgada. [...].

Concluo, tratando-se o caso concreto de condenação imposta à Fazenda Pública, a correção monetária devida após a vigência da Lei nº 11.960/2009, deve ser calculada pelo IPCA-E, em todo período, nos termos do Tema nº 810, do Supremo Tribunal Federal e do Tema 905 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁹

Assim, tendo o Supremo Tribunal Federal a) declarado a inconstitucionalidade da TR; b) considerado que o melhor índice a ser aplicado para o cálculo de correção de débitos contra a Fazenda Pública seria o IPCA-E; e c) não modulado os efeitos da sua declaração; seria lógico que se substituísse a TR pelo IPCA-E mesmo em sentenças já em fase de cumprimento, sem a necessidade do ajuizamento de ação rescisória para tanto.

A declaração de inconstitucionalidade posterior possuiria, portanto, a mesma eficácia da publicação de nova lei que verse sobre correção monetária. Essa interpretação acompanharia aquilo que já consignou o Superior Tribunal de Justiça, de que, além de a correção monetária constituir obrigação de trato sucessivo, “é possível a revisão do capítulo dos consectários legais fixados no título judicial, em fase de liquidação ou cumprimento de sentença, em virtude da alteração operada pela lei nova”.²⁰

Assim, por se tratar de uma obrigação de trato sucessivo, a aplicação de índice de correção monetária diverso daquele previsto no título executivo, adotando aquela que melhor reflete a variação de preços da economia, não ofenderia a coisa julgada.²¹

Do mesmo modo, pela declaração de inconstitucionalidade da TR constituir nova situação jurídica e por ser obrigatório aos Tribunais observarem os precedentes da Suprema Corte (art. 927 do CPC), seria também obrigatório ao julgador aplicar o novo entendimento sobre a questão, não podendo executar uma com índice declaradamente inconstitucional.

Essa conclusão seria um imperativo de justiça e respeito à integridade do sistema decisório brasileiro e à própria força normativa da Constituição, que vedariam a execução de uma sentença inconstitucional ou a não aplicação para o passado de uma decisão cuja eficácia é *ex tunc*.

¹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n.º 0014885-66.2021.8.16.0000. Curitiba, Rel. Des. Stewalt Camargo Filho, j. 03.11.2021, p. 7-10.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.117/PR e REsp 1.111.119/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 2.9.2010, submetido ao Regime dos Recursos Repetitivos.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.771.560/DF, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/10/2020, DJe 13/5/2020.

4 A POSSIBILIDADE DE EFICÁCIA PROSPECTIVA À DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A PRESERVAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

Ambas interpretações possuem equívocos e méritos nas suas concepções. Entretanto, dois fundamentos são os que mais chamam atenção para a questão dos limites de alteração da coisa julgada pela superveniência de nova situação jurídica.

Quanto à primeira posição, o argumento de que todas as questões relativas ao índice de atualização já estariam amparadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não sendo admissível sua modificação em sede de cumprimento de sentença.

Quanto à segunda posição, o argumento de que a não modulação dos efeitos da declaração possibilitaria a eficácia retroativa da decisão, nulificando a norma desde a sua origem e, portanto, possibilitando a correção da dívida pelo novo índice para todo o período de existência do crédito.

Ocorre que, em relação à possível eficácia retroativa do Tema 810 do STF aos processos em sede de cumprimento de sentença, esses argumentos parecem apresentar certa fragilidade.

4.1 DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA À QUESTÃO DA CORREÇÃO

A fragilidade da posição que privilegia a manutenção da TR para fins de correção monetária diz respeito ao argumento de que todas as questões relativas ao índice de atualização já estariam amparadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, nos termos do art. 508 do CPC. Entretanto, esquece-se de uma relevante premissa trazida pela segunda posição sobre o tema, o de que a correção monetária constituiria uma obrigação de trato sucessivo.²²

Na definição de Eduardo Talamini, as obrigações de trato sucessivo dizem respeito a situações que perduram no tempo e, por sua reiteração e homogeneidade, são julgadas em uma única sentença²³. No mesmo sentido, para Teori Zavascki, essa relação jurídica sucessiva nasceria de fatos geradores instantâneos que se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada; surge de um fato instantâneo inserido numa situação permanente.²⁴

²² Embora não se entre no mérito da discussão sobre o adequado enquadramento das obrigações relativas aos consectários legais da condenação como obrigações de trato instantâneo, permanente ou verdadeiramente sucessiva, a correção monetária constituiria uma obrigação que se projeta para o futuro. Portanto, este é o sentido de sucessivo utilizado no trabalho para se referir ao tema da correção.

²³ TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (limites temporais da coisa julgada). **Revista do Advogado**, v. 88, p. 56-63, 2006, p. 59.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de

E, neste sentido, a correção monetária constituiria uma obrigação sucessiva porque se renovaria mensalmente no tempo, dependendo do vencimento de cada parcela da obrigação principal para ser devida.²⁵

Logo, veja-se que não seria possível dizer que a eficácia preclusiva da coisa julgada incidente sobre uma obrigação de trato sucessivo abarcaria circunstâncias supervenientes a ela, como é o caso do Tema 810 do STF, por exemplo.

Isso porque, em regra, a sentença como norma concreta faz juízos sobre fatos já ocorridos em relações que, em tese, não se modificam com o passar do tempo (relações instantâneas).²⁶ Isto é, como uma fotografia²⁷, a sentença operaria efeitos sobre o passado e não sobre o futuro.²⁸ E, em obrigações que se projetam no tempo a lógica continua sendo a mesma: a eficácia preclusiva da coisa julgada abarca tão somente aqueles elementos fáticos e jurídicos sobre os quais primeiramente o julgador estabeleceu o seu juízo de certeza para proferir a decisão.

Note-se, entretanto, que se tais elementos fáticos e jurídicos sobre os quais o julgador estabeleceu seu juízo de certeza se alterarem, resta lógico que aquele comando sentencial primeiramente prolatado deixará de ser eficaz. Ou seja, nessas condições, aquele comando sentencial transitado em julgado poderá não produzir mais efeitos.

Isso não significa dizer que em relações continuativas o efeito preclusivo da coisa julgada não exista. Assim como a própria coisa julgada, ele existe. Entretanto, eventual situação nova, seja fática ou jurídica, extrapola os limites objetivos da coisa julgada já definidos quando da sua formação, não estando eles imunes a situações supervenientes.²⁹

trato continuado em matéria constitucional. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99-100.

²⁵ Ao menos é este o entendimento já consolidado do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo nos EDcl no AgRg no REsp 1.210.516/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 25/9/2015.

²⁶ Conforme Teori Zavascki, “a declaração da certeza e a norma jurídica concreta contidas na sentença são resultado de um juízo que leva em consideração os pressupostos de um específico fenômeno de incidência”. Em: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado em matéria constitucional*. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 98.

²⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada na ação de alimentos*. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 52, p. 5–33, jul., 1991, p. 19-21.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado em matéria constitucional*. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 102.

²⁹ TESEHEINER, José Maria. *Limites temporais da coisa julgada*. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil...**, p. 167.

Se os pressupostos fáticos e jurídicos de uma relação continuativa se alteram no tempo, os limites objetivos da coisa julgada já formada também se alterarão, de modo que, eles apenas permanecerão inalterados até o momento da mudança fática ou jurídica superveniente ao caso.³⁰

Se algo posterior vier a mudar o suporte fático ou jurídico no qual aquele comando sentencial se baseia, tal alteração, pelo fato de não integrar a causa de pedir da ação que já transitou em julgado, certamente influenciará ao caso concreto.

Estando tal alteração fora dos limites objetivos da coisa julgada já formada, será possível nova discussão que leve em conta a alteração jurídica superveniente sem que isso implique em eventual violação à coisa julgada já formada. É essa, por exemplo, a previsão expressa do art. 505, inciso I, do CPC.

Essa alteração dos limites objetivos não significa que o título judicial já transitado em julgado é desconstituído, mas sim que aquela parte da sentença alterada pela nova circunstância perde eficácia.³¹ A observância à nova situação superveniente, portanto, se dá no plano da eficácia temporal da sentença e não no da validade. A sentença anteriormente proferida permanece hígida. Entretanto, os seus efeitos é que se modificam. Não há a desconstituição da coisa julgada anterior pela consideração de um novo suporte jurídico à questão que está sendo decidida, mas tão somente a limitação da sua eficácia pela superveniência de circunstância jurídica posterior.³²

À hipótese do Tema 810 do STF, se entendermos que ele reflete uma efetiva mudança de concepção jurídica, é mais que possível aplicarmos todo o raciocínio exposto como fundamento para a alteração da TR pelo IPCA-E em sede de cumprimento de sentença, sem que isto viole a coisa julgada anterior já formada.

A perda da eficácia da correção mediante TR em fase de cumprimento de sentença nada mais seria que um reflexo próprio do reconhecimento da natureza sucessiva da obrigação de correção, que se protraí no tempo e que, por isso mesmo, é volátil às circunstâncias fáticas e jurídicas que eventualmente ocorrem no mundo da vida.³³

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado em matéria constitucional. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 106.

³¹ E, neste ponto, correta a primeira posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao aduzir que a desconstituição do título executivo já transitado em julgado dependeria de ação rescisória. Todavia, com a relevante e superveniente alteração jurídica não há verdadeiramente uma desconstituição do julgado, mas simplesmente, àquela parte declaradamente inconstitucional, a perda da sua eficácia.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da inconstitucionalidade...**, p. 127.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da inconstitucionalidade...**, p. 120.

Em elementos continuativos, a temporalidade da coisa julgada é inerente à sua própria eficácia. Se eventualmente se alteram as condições jurídicas em que a sentença foi prolatada e se a relação jurídica abarcada por ela está a produzir efeitos para o futuro, os limites daquele comando já revestido pela coisa julgada também se alterarão com base na nova circunstância.³⁴

É por isso que, para elementos que efetivamente são contínuos no tempo e, portanto, se projetam para o futuro, a coisa julgada formada anteriormente pode sim deixar de ser estável para adquirir caráter temporário.

À hipótese de sentenças que contém índice inconstitucional que estão em fase de cumprimento, a adequação desta interpretação está também ligada à exigência de um processo mais econômico, lógico e aberto ao tema dos precedentes.³⁵ Não faria sentido, neste cenário, que a parte interessada, já estando em fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, tivesse que executar sentença que conta com índice declaradamente inconstitucional para que apenas posteriormente pudesse propor ação rescisória ou qualquer outra revisional autônoma para substituição do índice.

O ônus atribuído ao interessado para desconstituir a sentença que contém o índice inconstitucional e ter o seu crédito adequadamente corrigido seria demasiado grande para esse fim, o que tornaria a declaração de inconstitucionalidade da TR totalmente inócua para quem já possui crédito em fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Além de ser indesejável, esse cenário também é desnecessário, sendo plenamente possível, dentro do escopo procedimental do próprio cumprimento

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...**, p. 25-26.

³⁵ Para Teori Zavascki, por exemplo, a perda de eficácia da sentença decorrente da efetiva alteração do estado de direito supervenientemente ocorrida não dependeria nem de ação rescisória e nem de ação revisional autônoma, operando-se de maneira imediata e automática independentemente de novo pronunciamento judicial: “A alteração do status quo tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará imediato direito de usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos que, reconhecida por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior.”. Em: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado em matéria constitucional.** In: ZAVASCKI, Teori Albino **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 106-107.

de sentença, a substituição do índice inconstitucional de correção por novo índice que efetivamente cumpra com a recomposição inflacionária da moeda.

4.2 EFICÁCIA RETROATIVA E MODULAÇÃO DE EFEITOS DO TEMA 810 DO STF

Para a posição que considera a possibilidade de alteração do critério de correção pela superveniência do Tema 810 do STF, a inexistência de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade possibilitaria a substituição da TR pelo IPCA-E para todo o período de atualização do crédito exequendo.

Pela sua eficácia *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade posterior nulificaria todos os efeitos já produzidos pela sentença que fixou o índice de correção monetária inconstitucional (TR), impondo-se que todo o período de existência do crédito objeto de cumprimento de sentença fosse atualizado pelo índice declarado constitucionalmente mais adequado à recomposição inflacionária, o IPCA-E.

Entretanto, reconhecer que é possível a substituição da TR em sede de cumprimento de sentença pela superveniência do Tema 810 do STF não significa admitir que o IPCA-E, índice que melhor refletiria a perda aquisitiva da moeda segundo a decisão, retroagiria para ser aplicado a todo o período de existência do crédito exequendo.

A existência de eficácia normativa *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, em verdade, não opera nenhum efeito retroativo sobre a sentença já transitada em julgado.

A razão principal disso é a de que, até a publicação da decisão de inconstitucionalidade, a coisa julgada material formada esteve validamente produzindo todos os seus efeitos. Eventual retroação para atingir a coisa julgada já formada ignoraria limites mínimos de previsibilidade assegurados na Constituição, o que sugeriria, inclusive, a própria eliminação da garantia.

Por uma razão de segurança jurídica, a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade não é e nem poderia ser absoluta.³⁶ Atribuir tal qualidade à declaração implicaria quebra de expectativa aos jurisdicionados, violando-se os princípios da confiança, boa-fé e segurança jurídica. É por isso que, para Eduardo Talamini, é falsa a impressão de que, não havendo modulação de efeitos na declaração de inconstitucional, nenhuma situação constituída sob a égide da norma inconstitucional poderia ser preservada.³⁷

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Enfoque Crítico, Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 179-224, p. 202.

³⁷ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**.

Além disso, em nenhum momento do julgamento do Tema 810 do STF foi afirmado que a declaração poderia de fato retroagir às sentenças já transitadas em julgado. Conforme Luiz Guilherme Marinoni explica, para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade alcancem a coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal teria de sempre declarar esta excepcionalidade. Exatamente por ser regra, nunca se precisaria declarar que a coisa julgada está excepcionada dos efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade.³⁸

O que parece haver, entretanto, é uma confusão da segunda posição jurisprudencial entre a eficácia decorrente da inconstitucionalidade da norma (eficácia normativa) e o efeito vinculante da decisão que pronunciou a inconstitucionalidade da TR (eficácia executiva).

Embora nominalmente sejam semelhantes, enquanto a eficácia normativa da decisão nasce da própria inconstitucionalidade que está sendo declarada, a eficácia executiva nasce da própria decisão que declara a norma inconstitucional. A eficácia impositiva e obrigatória de se aplicar o precedente a atos judiciais futuros decorreria, portanto, não da inconstitucionalidade em si da norma apreciada, mas da própria decisão que a aprecia.³⁹

Desse modo, mesmo com uma eficácia normativa *ex tunc*, o termo inicial que a decisão de inconstitucionalidade proferida vincularia como precedente seria a data da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 28 da Lei Federal n.º 9.868/1999 *c/c caput* do art. 1.040 do Código de Processo Civil.⁴⁰

2. ed. Enfoque Crítico, Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 115-162, p. 129.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 167.

³⁹ Nas palavras de Teori, “Não se pode confundir, já assinalamos, (a) a nulidade ou a validade da norma com (b) o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade. São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal, ponto que aqui mais interessa. Costuma-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. A afirmação é correta, se se considera que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem. O mesmo se pode dizer em relação à declaração de inconstitucionalidade: a sua eficácia é *ex tunc*, na medida em que se reconhece a validade da norma desde a sua edição. Todavia, quando se trata do efeito vinculante das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que tal efeito não decorre da norma apreciada, mas da sentença que a aprecia. Trata-se de efeito executivo, que também é *ex tunc*, mas que se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da norma examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999).”. Em: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado em matéria constitucional**. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 116-117.

⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia temporal e revisão das sentenças sobre relações jurídicas de**

Este foi o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 733 (RE 730.462/SP), por exemplo, quando decidiu sobre a necessidade de interposição de recurso próprio ou ação rescisória para a reforma ou rescisão de decisões anteriores transitadas em julgado em razão de posterior declaração de inconstitucionalidade, ressaltando-se a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado:

3. A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma no âmbito de ação de controle concentrado (ADI ou ADC) simplesmente reconhece a sua validade ou a sua nulidade, gerando, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (que se pode denominar de eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Todavia, dessa sentença de mérito decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais. [...].

4. É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (= declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera *ex tunc*, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Derivando, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos.⁴¹

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no mesmo sentido, entendendo que seria impossível que a declaração de inconstitucionalidade proferida no Tema 810 do STF possuísse eficácia retroativa sob o argumento de possuir uma eficácia *ex tunc*:

trato continuado em matéria constitucional. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...**, p. 116-117.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 730.462, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/5/2015, DJE divulgado em 8/9/2015 e publicado em 9/9/2015.

Conforme entendimento firmado pelo Pretório Excelso no julgamento do RE 730.462, a declaração de inconstitucionalidade gera duas consequências distintas: manter ou excluir a norma do sistema do direito; e atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais, denominada de eficácia executiva. Com relação a esta última consequência, definiu a Suprema Corte que a eficácia executiva da declaração de inconstitucionalidade tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei n. 9.868/1999), atingindo apenas os atos administrativos e judiciais supervenientes.⁴²

Para Rita Vasconcelos e Rogéria Dotti, entretanto, já nesta oportunidade o Superior Tribunal de Justiça deveria ter se pronunciado a respeito das relações jurídicas de trato continuado, deixando-se claro se, assim como para o Supremo Tribunal Federal, entende que as questões que envolvem relações de trato continuado dispensariam a propositura de ações rescisórias. Ou seja, se teriam aplicação imediata mesmo após o trânsito em julgado da decisão na fase de conhecimento.⁴³

Logo, a premissa sob a qual se sugere a possibilidade de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade do Tema 810 do STF sobre sentenças já transitadas em julgado parece ser frágil por essencialmente duas razões.

Primeiro porque se admitíssemos essa possibilidade estaríamos diante de uma evidente violação à coisa julgada, eis que, até o momento da publicação do acórdão do STF, a sentença anteriormente proferida ainda produzia plena, válida e normalmente todos os seus efeitos.

E, segundo, porque a força impositiva e obrigatória da decisão de inconstitucionalidade não diz respeito à eficácia normativa *ex tunc* ou *nunc* da decisão de inconstitucionalidade, mas sim à sua eficácia executiva, o que impossibilitaria a retroatividade da declaração para o fim de desconstituir os efeitos já produzidos pela sentença anteriormente proferida.

4.3 SÍNTESE

A partir dessas ponderações, há duas conclusões.

A primeira é a de que, pela natureza continuativa dos índices de

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.861.550-DF, Segunda Turma, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 16/06/2020, DJe 04/08/2020.

⁴³ DOTTI, Rogéria; VASCONCELOS, Rita. Título executivo judicial e alteração por lei ou por decisão vinculante dos critérios de correção monetária e juros. In: ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.) **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos, v. 3. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 139-148, p. 145-146.

correção monetária, a TR fixada em decisão já transitada em julgado deve ter a sua eficácia limitada no tempo pela superveniência do Tema 810 do STF.

Entretanto, a aplicação do Tema 810 à sentença exequenda em fase de cumprimento de sentença não importará na aplicação do índice indicado pelo STF como o mais correto para fins de recomposição inflacionária (IPCA-E) para todo o período da dívida. A TR apenas deixará de ser aplicada para recomposição do crédito do caso concreto a partir do momento da publicação da decisão de inconstitucionalidade.

Se fosse possível a aplicação retroativa do IPCA-E para todo o período da dívida, não haveriam dúvidas de que o resultado prático dessa operação seria a desconstituição da coisa julgada já formada na sentença anteriormente proferida, o que apenas poderia ser feito via ação rescisória ou outra medida impugnativa autônoma.

O Tema 810 do STF, portanto, interferirá sobre a relação continuativa apenas para o futuro, não alcançando qualquer efeito pretérito a ela já produzido.

Essa interpretação parece ser a mais adequada para o fim de permitir a realização do direito conforme aquilo já definido pelo Supremo Tribunal Federal e, ao mesmo tempo, proteger a confiança dos jurisdicionados através da afirmação do princípio da segurança jurídica e da garantia constitucional da coisa julgada.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL 113/2021

A publicação da Emenda Constitucional 113/2021 trouxe um elemento adicional à discussão sobre qual o índice de correção monetária a ser utilizado nas condenações da Fazenda Pública.

Nos termos do seu art. 3º, o índice a ser utilizado em substituição aos juros e correção monetária nas dívidas da Fazenda Pública será a Taxa Selic:

Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Conforme estipulado em seu art. 7º, a Taxa Selic apenas passaria a ser aplicada a partir do momento da publicação da EC 113/2021, em 09/12/2021, não possuindo, portanto, qualquer eficácia retroativa. Assim, tanto para

Rita Vasconcelos e Rogéria Dotti⁴⁴ quanto para Ravi Peixoto⁴⁵, a alteração legislativa dotada de eficácia *ex nunc* não poderia alcançar qualquer período anterior a 09/12/2021, data de sua publicação.

Logo, pense-se em um cenário hipotético em que jurisdicionado busca a satisfação de determinado crédito proveniente de uma condenação judicial de natureza administrativa em geral. A sentença fixou a TR como índice de correção relativo a crédito surgido em 01/01/2014 e transitou em julgado em 01/01/2016. Nesse contexto, traçando-se uma linha temporal de aplicação do índice de correção aplicável, é possível imaginarmos que:

[a] da data do surgimento do crédito (01/01/2014) até a data de publicação do pronunciamento judicial que declarou a inconstitucionalidade da TR (20/09/2017), a correção monetária será pela TR, conforme fixado no título executivo judicial transitado em julgado em 01/01/2016;

[b] da data de publicação do pronunciamento judicial que declarou a inconstitucionalidade da TR (20/09/2017) até a data de publicação da EC 113/2021 (09/12/2021), a correção monetária será pelo IPCA-E, nos termos definidos no Tema 810/STF; e, por fim,

[c] a partir da publicação da EC 113/2021, a correção monetária será pela Selic, nos termos do art. 3º da EC 113/2021.

Note-se, portanto, que para um único crédito exequendo será possível que incida à dívida três índices de correção: um decorrente de fixação tida em título judicial transitado em julgado e outros dois decorrentes de duas situações jurídicas supervenientes, a prolação do Tema 810 do STF e a edição da EC 113/2021.

CONCLUSÃO

Em resumo, as duas posições predominantes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema da alteração de índice de correção monetária em títulos judiciais já transitados em julgados em razão de posterior declaração de inconstitucionalidade podem ser aprimoradas de maneira a se encontrar um meio-termo entre a segurança jurídica das relações e a vinculação ao precedente do Supremo Tribunal Federal do Tema 810.

⁴⁴ DOTTI, Rogéria; VASCONCELOS, Rita. Título executivo judicial e alteração por lei ou por decisão vinculante dos critérios de correção monetária e juros. *In*: ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.) **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos..., p. 146-147.

⁴⁵ PEIXOTO, Ravi. A EC 113 e os possíveis problemas de direito intertemporal na aplicação da Selic. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/ravi-peixoto-direito-aplicacao-selic-condenacoes>. Acesso em: 25 fev. 2023.

O elemento que possibilitaria a adequação entre as duas correntes seria o reconhecimento de que a correção monetária é uma obrigação de trato sucessivo, que se protraí no tempo e que, por isso, está sujeita a circunstâncias jurídicas supervenientes.

Entretanto, como se demonstrou nos itens 3 e 4, tal sujeição a fenômenos jurídicos supervenientes não implicariam na possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade superveniente desconstituir os efeitos já produzidos pela sentença inconstitucional. Isto é, não seria possível, pela superveniência do Tema 810 do STF, que o índice declaradamente inconstitucional deixasse de ser utilizado entre o momento de existência do crédito exequendo até a publicação do acórdão que declarou a inconstitucionalidade.

O risco de se admitir a possibilidade de que o Tema 810 do STF retroagisse para todo o período de existência do crédito, culminando na utilização do índice IPCA-E para todo o período, seria o de desconstituir a coisa julgada material existente no título executivo já transitado em julgado, o que evidentemente impactaria à segurança da relação jurídica do caso concreto.

A posição mais adequada a esse tipo de hipótese, portanto, seria a de admitir que a declaração de inconstitucionalidade influa na sentença exequenda em cumprimento de sentença. Entretanto, apenas a partir da data de publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal, sem que a decisão de inconstitucionalidade superveniente desconstitua qualquer efeito pretérito à declaração, ou seja, sem qualquer alcance ao produto da sentença que fixou o índice inconstitucional.

Com isso, ao mesmo tempo, permite-se a realização do direito conforme o precedente definido pelo Supremo Tribunal Federal e a proteção da segurança jurídica dos jurisdicionados, sem qualquer violação à coisa julgada já formada.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DOTTI, Rogéria; VASCONCELOS, Rita. Título executivo judicial e alteração por lei ou por decisão vinculante dos critérios de correção monetária e juros. *In*: ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.) **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos, v. 3. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 139-148.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada na ação de alimentos. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 52, p. 5–33, jul., 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- PEIXOTO, Ravi. A EC 113 e os possíveis problemas de direito intertemporal na aplicação da Selic. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/ravi-peixoto-direito-aplicacao-selic-condenacoes>. Acesso em: 25 fev. 2023.
- TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (limites temporais da coisa julgada). **Revista do Advogado**, v. 88, p. 56-63, 2006.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.
- TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume II: Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 669-705.
- TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada**. 2. ed. Enfoque Crítico, Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 115-162.
- TESEHEINER, José Maria. Limites temporais da coisa julgada. *In*: TESEHEINER, José Maria **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da Coisa Julgada**. 2. ed. Enfoque Crítico, Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 179-224.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

INDEPENDÊNCIA JUDICIAL DOS JUÍZES: CONDICIONANTES EXTERNAS E INTERNAS

Gilberto Kilian dos Anjos⁴⁶, Josmael Rodrigo Camargo⁴⁷

RESUMO

A independência judicial é elemento primordial à função jurisdicional. Verdadeira dimensão de direito fundamental, a independência judicial atua como protetora de outros direitos fundamentais, pois o julgamento independente se apresenta na condição de decidir segundo a consciência e as próprias convicções, não se vinculando a opiniões alheias. Certo, todavia, que a independência do juiz sofre interferência das mais variadas colorações, denominados poderes externos e internos, a elevar pressão sobre a tarefa judicante. De um lado, poderes externos na compreensão do rompimento da ordem democrática, a autoridade da imprensa e o domínio econômico. De outro lado, poderes internos, como o efeito vinculativo e a jurisprudência dominante, bem como a relação vertical (superiores hierárquicos) e horizontal (juízes de plano semelhante) entre magistrados. Objetiva o presente trabalho encontrar a ideia de independência judicial, enquanto dimensão dos direitos fundamentais do juiz, delinear seus contornos e como apontar alguns obstáculos ao julgamento independente.

Palavras-chaves: magistratura; independência funcional; poderes externos; poderes internos.

INTRODUÇÃO

Segundo a doutrina de Montesquieu, necessário se faz a divisão das funções do Estado em três: legislativa, executiva e judiciária. A função do Poder Legislativo é criar leis, a do Poder Executivo é fazer cumprir e administrar as leis, definindo as políticas públicas, e do Poder Judiciário é a solução de

⁴⁶ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre em Direito em Ciência Jurídica pela UNIVALI e dupla titulação pela Universidad de Alicante. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2958844783294827>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-7662-0809>. E-mail: gilbertokilian@icloud.com Artigo escrito em 06/2023

⁴⁷ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre em Direito em Ciência Jurídica pela UNIVALI e dupla titulação pela Universidad de Alicante. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0674912786025414>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5593-1638>. E-mail: josmaelcamargo@hotmail.com Artigo escrito em 06/2023

conflitos de interesses entre os cidadãos, entre cidadãos e o Estados, e entre os órgãos de Estado interpretando e aplicando as leis a fim de solucionar os conflitos levados ao seu conhecimento.

Para alcançar seu escopo de forma imparcial faz-se essencial a independência judicial, que não se confunde com a chamada autonomia decisional.

A independência judicial, no propósito do trabalho, levada a efeito como verdadeiro direito fundamental, traduz a tônica de elemento essencial à magistratura, a afastar as interferências ilegítimas que caracterizariam o jogo antidemocrático.

De outro lado, segundo FACCHINI NETO (2009, p. 124), em citação de Lawrence Friedman, a autonomia decisional consistiria na instituição social na qual o seu desenvolvimento depende somente de sua dinâmica interna.

Em evidência, são acepções diversas. A autonomia decisional, conforme se conclui da noção apresentada, implica a visão de instituição isolada, hermética, sem nenhuma influência de outros poderes na magistratura. Essa posição parece-nos não defensável, visto que a judicatura está sim sujeita a influências, mas isso não lhe retira a qualidade de independente, destacando-se que as interferências devem fluir como legítimas e próprias da democracia. Nas palavras originais de FRIEDMAN (1985, p. 29):

The United States Supreme Court, for example, highly independent – the judges serve for life, and the regime cannot pressure them in any obvious way. The Court can, and often does, defy the government at will. What could be more independent than the decision in *U.S. v. Nixon*, which helped drive a president from office? But independence does not make the court “autonomous”, in the sense of a “social institution, whose development depends on its own internal dynamics”. The court is insulated from the *regime*; but this does not mean that its behavior is not responsive to social forces, either directly, or as filtered through the value systems of judges. At the very least, one cannot infer “autonomy” from structural independence.⁴⁸

⁴⁸ Tradução livre: “A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, altamente independente – os juízes servem por toda a vida, e o regime não pode pressioná-los de qualquer maneira óbvia. O Tribunal pode, e muitas vezes o faz, desafiar o governo à vontade. O que poderia ser mais independente do que a decisão *U.S. v. Nixon*, que ajudou a retirar um presidente do cargo? Mas a independência não faz o tribunal ‘autônomo’, no sentido de uma ‘uma instituição social, cujo desenvolvimento depende de sua própria dinâmica interna’. O tribunal é isolado do regime; mas isso não significa que seu comportamento não é sensível às forças sociais, quer diretamente, quer filtrada através dos sistemas de valores dos juízes. No mínimo, não se pode inferir ‘autonomia’ da independência estrutural”.

Portanto, considerando a definição conceitual ilustrada, a apreciação adiante pautar-se-á no contexto de independência judicial em relação ao influxo de poderes externos e internos que pesam sobre o exercício jurisdicional, próprios do regime democrático à medida que utilizados de modo legítimo, bem como a análise de quando estes mesmos fatores passam a se comportar como elementos prejudiciais ao decidir independente e como os juízes podem se resguardar e, na sua função, fazer valer as garantias constitucionais que lhes são contempladas.

1 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

1.1 CONCEITO DE INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Consoante se extrai do escólio de GUARNIERI, não existe uma definição verdadeira da independência judicial, dado que não há definição verdadeira em geral, não existindo um significado determinado que lhe dê íntima essência. Isso não significa que não se possa realizar uma operação deste tipo, movendo-se internamente por um determinado regime – qual seja, a liberal-democracia –, onde a independência assume contornos muito precisos (1981, p. 103-104).

A explicar sobre os elementos necessários para definir uma magistratura independente, GUARNIERI expõe (1981, p. 104):

In altre parole, si tratta della possibilità di decidere i singoli casi <<secondo coscienza>> e seguendo, almeno in linea di massima, le indicazioni fornite dal sistema normativo, anche se questo può richiedere una certa dose di creatività.⁴⁹

Citando a sua própria obra *The Mighty Problem*, CAPPELLETTI (1999, p. 75) ressalva que a criatividade judicial, como atividade de interpretação do sistema normativo, exige atitude imparcial do juiz, que não deve ser convocado para julgamento *in re sua*, assegurando o direito às partes de serem ouvidas (*fair hearing*), além de ter grau compatível de independência no tocante às pressões externas, notadamente àquelas originárias dos poderes políticos.

Nesse sentido, conforme GUARNIERI, de certa maneira, é o parâmetro de resposta a outro questionamento, cujo teor alinha o referencial de independência judicial, ou seja: “[...] *giudici indipendenti, ma da chi?*” E o esclarecimento se vê na seguinte fórmula: “*Il giudice deve esser indipendente in primo luogo dalle parti in causa*” (1981, p. 105).

⁴⁹ Tradução livre: “Em outras palavras, trata-se da possibilidade de decidir os casos individuais segundo a consciência seguindo, pelos menos em princípio, as indicações fornecidas pelo sistema normativo, embora isso possa exigir uma certa dose de criatividade”.

Reforça a visão, a partir de CAPPELLETTI (1999, p. 75), na medida em que, na função criativa judicial, ocorre a exigência de que o magistrado seja ‘super partes’, não decidindo qualquer relação jurídica ou *status* em que se insira mesmo na condição de partícipe, em conclusão, livre da pressão das partes.

Em especial, GUARNIERI manifesta relevância, nesse aspecto notadamente, em face dos poderes estatais constituídos (1981, p. 105):

Ma ciò non basta una volta che si sia formata e sviluppata l’organizzazione statale moderna e il giudice vi sia stato inserito. L’indipendenza assume in questo caso altri riferimenti: l’esecutivo e l’amministrazione e, in certi casi, anche gli organi legislativi. L’estensione dei punti di riferimento dipende soprattutto dai compiti che la magistratura è chiamata a svolgere nel modello costituzionale, anche se l’esecutivo resta sempre – abbiamo visto come mai – il riferimento principale.⁵⁰

Isso porque, na apreciação de GUARNIERI (1981, p. 106):

Come abbiamo chiarito, l’indipendenza del giudice è uno dei principali strumenti per assicurarne l’imparzialità ed è *condicio sine qua* non per un effettivo potere giudiziario in grado di controbilanciare le altre strutture di governo.⁵¹ (grifo do autor)

A refletir acerca da independência do juiz, CARLIN (2007, p. 123) enuncia a compreensão que:

a total independência da função do Judiciário, em relação a todos, é inerente a um princípio essencial, traduzido no fato de o juiz decidir em consciência e em respeito ao direito, sem nenhuma pressão, direta ou indireta (influências externas e internas), vertical (dos superiores hierárquicos) ou horizontal (outros julgadores).

Em outra dinâmica de abordagem, NALINI assevera que a independência do juiz é um dos traços marcantes do Estado de Direito.

⁵⁰ Tradução livre: “Mas isso não é suficiente, uma vez que é formado e desenvolveu a moderna organização do Estado e o juiz será inserido. A independência assume neste caso outras referências: o Executivo e o Administrativo e, em alguns casos, até mesmo os órgãos legislativos. A extensão dos pontos de referência depende sobretudo das tarefas que a magistratura é chamada a realizar no modelo constitucional, ainda que o Executivo continue a ser – vimos porque – a referência principal”.

⁵¹ Tradução livre: “Como deixamos esclarecido, a independência do tribunal é um dos principais instrumentos para garantir a imparcialidade e é uma condição *sine qua non* para um sistema judiciário eficaz compensar outras estruturas governamentais”.

Prossigue ao dizer que alcançada a independência do Poder, é insuficiente a declaração senão o corolário de garantia ao magistrado da aplicação do direito livre de interferências condicionantes. Finaliza NALINI (2009, p. 46):

O julgador precisa estar inteiramente livre para o exercício de sua missão. Restar ao abrigo de influências que possam afetar o correto desempenho do dever e até mesmo ascender ao seu modo de vida cidadã. As pressões exercidas sobre a *persona iuiz* não afetam exclusivamente o seu mister. Atingem-no como ser humano e podem influenciar até mesmo suas vertentes familiar e cidadã. (grifo do autor)

Ainda, na conceituação de independência dos juízes, compreende ABAD (2008, p. 36):

Por independencia de los jueces entiendo tanto la condición en que éstos se encuentran cuando pueden repeler o rechazar cualquier intromisión o presión externa de los otros poderes del Estado con relación a que las causas judiciales sean resueltas (o no resueltas) en un determinado sentido (independencia externa); como el sustraer la actividad jurisdiccional al control panóptico, formal e informal, de la jerarquía judicial, longa manu del poder político (independencia interna).

É oportuno anotar que o Código de Ética da Magistratura Nacional faz menção à independência, contudo sem articular propriamente um conceito, apenas indicando as exigências e imposições para atingir esse propósito. Sob outro prisma, NALINI frisa que a preocupação com mencionado atributo fez constar no diploma legal a independência em primeiro lugar. NALINI consignou, ainda, que: *“É a qualidade que precede a enunciação dos demais princípios, exatamente por constituir a própria essência da função judicial”* (2009, p. 47).

Na esfera do direito comparado, cabe realçar a definição levada a efeito pela Declaración de Londres sobre la Deontología Judicial, de junho de 2010, aprovada pela Asamblea General de la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ):

La independencia es el derecho reconocido a todos y cada uno de los ciudadanos de una sociedad democrática a disfrutar de un poder judicial independiente (y considerado como tal) de los poderes legislativo y ejecutivo, y que ha sido establecido para salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho.

Em seguida, manifesta que:

Dicha independencia lo conducirá a aplicar el derecho, basándose en los hechos de cada asunto en concreto, sin ceder al miedo a desagradar, ni al deseo de agradar a todas las formas del poder, ya sea el ejecutivo, el parlamentario, el político, el jerárquico, el económico, el mediático o el ejercido por la opinión pública.

Finalizado o esboço da conceituação, doravante, passa-se a tratar do desenvolvimento temporal da independência judicial, resultado da consolidação como predicado essencial para o exercício da judicatura.

1.2 FUNDAMENTOS DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

SAMPAIO enuncia que a independência judicial é primeiro pressuposto para limitar efetivamente os poderes e obter a garantia dos direitos. Em lembrança a Hamilton, aduz acerca de sua confiança no Judiciário com independência a garantir a Constituição e os direitos individuais frente ao mau humor dos governantes e, em determinadas situações, até mesmo do povo em relação a ele próprio (2007, p. 117).

Na perspectiva adotada por IBÁÑEZ, pela projeção e reconhecimento do Estado Constitucional, a jurisdição, como poder judicial, tem como função os direitos fundamentais e deve ser exercida pelo juiz numa condição duplamente garantida, isto é, a manifestação da denominada verdade dos atos e, também, o bom conhecimento e leal aplicabilidade da legalidade. Nesse passo, há a necessidade do dever constitucional de motivação perante as decisões judiciais em ambas as dimensões, a fim de haurir legitimidade suficiente (2012, p. 48).

Igualmente, de acordo com SAMPAIO, ainda em citação a Hamilton, juízes independentes atuam como *bulwarks of a limited constitution*, principalmente a impedir o impulso da maioria inovando de maneira perigosa as regras do jogo, de modo a acarretar “serious oppressions of the minor party of community” (2007, p. 120).

A discorrer sobre o exercício da jurisdição, enfatiza IBÁÑEZ que constitui atividade não política, não representativa, igualmente de pouca participação, de sujeição exclusiva à lei, garantidora de direitos fundamentais e dimensão de contrapoder. Não pelo fato de que o magistrado tenha uma carga política de contraposição fortemente caracterizada, mas porque tutela interesses frente a toda espécie de ingerências, notadamente originárias dos que, mediante possuírem poder, detêm superioridade e, em regra, são os que se inclinam ao abuso (2012, p. 49).

Pertinente à proteção dos direitos das minorias a calcar a independência judicial, GUARNIERI escreve (1981, p. 98-99):

In particolare modo acquista valore la protezione dei diritti delle minoranze a cui in nessun caso – pena la perdita del carattere democratico del regime – deve essere tolta la possibilità di diventare, in un momento successivo, maggioranza. Come strumento per raggiungere questi obiettivi la presenza di un potere giudiziario indipendente è perfettamente compatibile con il carattere democratico di un sistema politico e anzi, a giudicare dall’esperienza storica, si è dimostrato un buon accorgimento – anche se non infallibile – per salvaguardare la democrazia.⁵²

Assim, fundamentalmente, a par das considerações de ABAD, a independência não é privilégio do magistrado. Aponta que (2008, p. 36):

En efecto, la independencia no es un privilegio del magistrado, sino una garantía funcional a la tutela y a la realización de los derechos de los ciudadanos: para la efectividad de los derechos es esencial la independencia del juez de todo poder, externo o interno, legal o de hecho, público o privado, político o económico, oligárquico o de mayoría.

IBÁÑEZ segue o mesmo caminho ao afirmar que não se cuida de reivindicação de privilégio, de corpo ou mesmo de uma casta, a servir de anteparo à impunidade. A independência não afasta a responsabilidade, no entanto, a sua existência é condição para a democracia (1988, p. 32).

NALINI igualmente não destoa ao asseverar que o propósito da independência não é a conferência de privilégios ou prestígios aos magistrados. Ao contrário: “É garantir a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos” (2009, p. 52).

Ainda, em sequência ao raciocínio de IBÁÑEZ, é cabível afirmar que a independência judicial alicerça as bases, permitindo as condições em relação a todas as demais que constituem o estatuto da magistratura. Trata-se, portanto, de ‘metagarantia’ (2012, p. 49). Por conseguinte, não se esgota em si, não é um fim, porém, é meio, conceituação instrumental, a encampar a noção de que o juiz deve atuar na condição de terceiro no julgamento de interesses conflitantes, sendo a lei referencial imprescindível (1988, p. 32).

⁵² Tradução livre: “Em particular maneira adquire valor a proteção dos direitos das minorias para que, em qualquer caso – risco de perder o caráter democrático do regime – a ser privados da oportunidade de se tornar, em uma data posterior, a maioria. Como uma ferramenta para alcançar estes objetivos, a presença de um Poder Judiciário independente é perfeitamente compatível com o caráter democrático de um sistema político e, na verdade, a julgar pela experiência do passado, provou ser um bom primeiro passo – embora não infalível – a salvaguarda da democracia”.

Por outro lado, importa asseverar que a independência assenta alicerce no devido processo legal. Vetor de essencial relevância, conforme OLIVEIRA NETO, o chamado *due process of law* teve a gênese a partir da Carta Magna, em 1215, na Inglaterra. Na feição originária, o devido processo legal tinha contornos com a finalidade de obstar os ataques à supressão da liberdade, ressaltando a fiel observância do aspecto procedimental, no propósito de garantias inerentes ao desenvolvimento processual, *v.g.* contraditório, ampla defesa, juiz natural (2011, 164-165).

No entanto, ao progresso do devido processo legal, observa OLIVEIRA NETO que não apenas bastaria a preservação das garantias processuais, porquanto nada valeriam se violados direitos fundamentais. Assim, o devido processo legal substancial, versão mais atual, não deixa a compreensão anterior, mas se mescla, a conferir avanço sobre o aspecto de regularidade do processo para alcançar o direito em substância, fulcrado na razoabilidade e proporcionalidade no julgamento, objetivando resultado com base na justiça (2011, p. 166-171).

Por conseguinte, a independência judicial toma fundamento no devido processo legal nos planos procedimental e substancial. Na vertente formal, a independência judicial constitui a garantia do magistrado isento e imparcial. Já no plano material, a independência do juiz se distingue à proporção que garante direitos fundamentais, no propósito de justiça, não se deixando guiar por interferências ilegítimas que destoam do regime democrático.

1.3 INDEPENDÊNCIA EXTERNA INSTITUCIONAL E FUNCIONAL

Em introdução ao tema, a independência judicial sofre influências das mais variadas colorações e sintonias. Claro, no entanto, que não se pretende o juiz encastelado, em ambiente hermético e isolado. Na realidade, até mesmo é saudável que os poderes alcancem o juiz, mostrem os seus valores, entretanto, tudo isso numa dimensão legal e democrática. À medida que os poderes se tornam refratários ao regime democrático e à ordem constitucional é que faz sentido falar de independência externa e interna. Nesse tópico será explicada a chamada independência externa, nas vertentes institucional e funcional, e, no próximo tópico, da mesma forma, a interna igualmente em ambas as dimensões.

A independência externa, na apreciação de IBÁÑEZ, é a que protege o poder judicial diante das possíveis interferências invasivas de outros órgãos (2012, p. 49). Em comentário ao assunto, NALINI diz que a independência externa é a independência frente aos demais poderes, ou, ainda, relacionada às exteriorizações da onipresença estatal, bem como em inclusão, também, a questão da independência perante o corpo social (2009, p. 47). Semelhante

significado adota SAMPAIO ao formular que a independência externa diz respeito à autonomia do Poder Judiciário frente às forças exteriores, relacionadas a outros poderes, partidos políticos, imprensa ou a sociedade civil. A proteção direta é o autogoverno judiciário, sendo indiretamente protegida a independência judicial (2007, p. 130).

FACCHINI NETO também se refere à independência externa dizendo que o seu conceito está atrelado à possibilidade dos magistrados exercerem as funções protegidos de condicionamentos e pressões de outros poderes, tanto políticos, quanto econômicos. Refere que essa independência é estudada há mais tempo, e que até poucas décadas era praticamente o único objeto de apreciação de quem se dedicava ao tema (2009, p. 125).

Relevante anotar, também, que o Código de Ética da Magistratura Nacional não deixa de mencionar a noção de independência externa ao preceituar:

Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Desenhado o retrato da independência externa, voltam-se os olhos à vertente institucional e funcional. Segundo a explicação de IBÁÑEZ, para ambas as modalidades de independência – externa e interna – a perspectiva institucional compreende a tutela do marco organizativo, enquanto a dimensão funcional concentra-se na acepção de garantia do exercício concreto da jurisdição (2012, p. 50).

Em foco da independência externa, prossegue IBÁÑEZ, a perspectiva institucional exige, primeiramente, a objetividade no regime de acesso aos cargos da magistratura, de modo que é um pressuposto para a efetiva demonstração do valor de pluralismo constitucional na estrutura do corpo judicial. Em igual fundamento, extrai-se o princípio da inamovibilidade, bem como a irredutibilidade de vencimentos, fatores protetores cuja especificação será realizada em tópicos distintos (2012, p. 50).

Sob outro prisma, conforme IBÁÑEZ, a independência externa na vertente funcional requer a defesa da reserva da jurisdição, no propósito da preservação do seu próprio campo em relação a possíveis extralimitações, especialmente do Legislativo, porém, não somente. Em citação a Guastini, o legislador pode agir invasivamente ao fazer leis singulares para atuação em controvérsias pendentes de julgamento ou já decididas, ao passo que as primeiras não teriam cunho normativo, pela falta de generalidade, e as últimas seriam retroativas em prejuízo à coisa julgada (2012, p. 51).

1.4 INDEPENDÊNCIA INTERNA INSTITUCIONAL E FUNCIONAL

A independência interna na visão de NALINI constitui a que se tem perante o próprio corpo judicial. Isto é, almeja evitar que o magistrado esteja subordinado ao jogo de interesses levado de maneira dissimulada ou escancarada na estrutura judiciária (2009, p. 48).

SAMPAIO entende o significado da independência interna no contexto do juiz frente aos seus pares, relacionados ao de mesmo nível, ou de estatura superior, bem como das entidades e outros órgãos do Poder Judiciário, a não sofrer, portanto, pressões ou influências, afora a consciência e o direito, à oportunidade da decisão ou trâmite dos processos, sendo submetido ao poder de revisão determinado em lei (2007, p. 140-141).

Em posicionamento similar, FACCHINI NETO compreende que a independência interna dimensiona a relação entre o juiz na sua singularidade diante dos superiores hierárquicos, ou seja, o caráter de julgar livremente sem ingerência do poder de controle dos magistrados de grau superior. É claro, todavia, excluída desse contexto a possibilidade de revisão pelo controle jurisdicional pela modalidade recursal (2009, p. 125).

Por sua vez, GUARNIERI conceitua a independência interna nas seguintes palavras (1981, p. 129):

L'indipendenza interna si riferisce invece al singolo giudice all'interno dell'organizzazione giudiziaria – e quindi alla sua indipendenza nei confronti degli altri giudici – ed ha campo d'applicazione in modo particolare nelle magistrature di tipo burocratico dove la presenza di una carriera, che si accompagna di solito ad una gerarchia istituzionale, favorisce l'instaurarsi di rapporti di potere interni all'organizzazione, fra i giudici stessi.⁵³

Na dimensão do plano institucional, IBÁÑEZ esclarece que tem como diretriz albergar a magistratura no que tange a si mesma, enfim, ao juiz em relação a qualquer espécie de condicionamento ou pressão diante da intervenção de outros magistrados em funções de poder político-administrativo, na estrutura judiciária. Trazendo à baila a lição de Calamandrei, mencionado por IBÁÑEZ, cuida-se da prevenção dos 'perigos da carreira', próprios de uma organização

⁵³ Tradução livre: "A independência interna refere-se, em vez de o juiz singular dentro da organização judicial – e, assim, a sua independência dos outros juízes – e tem alcance especialmente na magistratura de tipo burocrático onde a presença de uma carreira, que normalmente acompanha uma hierarquia institucional, favorece o estabelecimento de relações de poder dentro da organização, entre os próprios juízes".

piramidal, hierarquizada e vertical, cuja ascensão satisfaz as expectativas de promoção legítimas, como também manipuláveis (2012, p. 52).

De outro lado, em conformidade com IBÁÑEZ, a independência interna na vertente funcional pretende afastar interferências dos juízes no exercício jurisdicional de outros, nas causas em andamento. Correto que não se está a dizer a interferência quando outro juiz ou tribunal exerça a competência pertinente, em regime regular de instâncias, na etapa processual correspondente. A intervenção não legítima se afigura em plano distinto, em contrariedade aos mencionados paradigmas (2012, p. 55).

2 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL FRENTE A PODERES EXTERNOS.

2.1 ROMPIMENTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA

Em aula inaugural realizada em 1946, depois da guerra, BOBBIO defendeu na palestra 'A pessoa e o Estado' que a democracia se apresentava como a forma de governo fundamentada no respeito à pessoa humana perante toda a faceta totalitarista (2000, p. 16).

No entanto, apesar da democracia ressentir de falhas, BOBBIO esclarece que (2000, p. 19):

A democracia não goza no mundo de ótima saúde, como de resto jamais gozou no passado, mas não está à beira do túmulo. Diga-se o que quiser a este respeito, mas verdade é que nenhum dos regimes democráticos nascidos na Europa após a Segunda Guerra Mundial foi abatido por uma ditadura, como ocorrera após a Primeira. Ao contrário, algumas ditaduras que sobreviveram à catástrofe da guerra transformaram-se em democracias.

E enunciando a diferença entre a democracia e a autocracia, BOBBIO salienta (2000, p. 30):

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraproposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. (grifo do autor)

Não por menos, a ameaça de grande matiz à independência externa, como fator de cunho institucional e funcional, é o rompimento da ordem democrática, haja vista a descaracterização, e mesmo ausência das chamadas regras do jogo.

Assim, nessa vertente, com fundamento no ensinamento transcrito, as decisões deixam de ser coletivas para espelharem os interesses de um círculo diminuto, de modo a impedir que a coletividade participe do processo decisório.

Por conseguinte, consoante GUARNIERI, em citação a Toharia, o regime de viés autoritário incide na independência judicial pela sua limitação da magistratura e usualmente a exclusão de sua apreciação acerca de assuntos relativos ao espaço político. Alerta, igualmente, que o regime autoritário não terá a organização baseada no princípio da separação de poderes, ao passo que o Executivo tem força elevada, e se cerca na tentativa de despolitizar os cidadãos e instituições, controlando a mobilização. Porém, não obstante as manobras para a manutenção do poder, o autoritarismo não incide diretamente na magistratura, mas busca policiá-la, de modo indireto, ao prever a organização do sistema jurídico contraproducente, a atingir a independência dos juízes reflexamente (1981, p. 6-7).

Em pensamento análogo, DALLARI sustenta que as ditaduras de qualquer coloração são refratárias à independência judicial. Isso porque, pela essência, os sistemas totalitários não permitem limitações de natureza alguma, de forma a não aceitar que um ato governamental seja reputado como inconstitucional. Logo, a lei a se impor é a vontade individual ou do grupo dominante, e se respeitam e toleram os juízes e Tribunais ao tempo em que servem para conferir aparência de legalidade aos atos do governo do próprio sistema político em atuação (2010, p. 49).

Em continuidade ao argumento, prossegue DALLARI afirmando que os regimes ditatoriais, violentos, corruptos e intolerantes de maneira invariável e inevitável, apenas permitem a magistratura acovardada, dócil e omissa, que se projeta numa aparência de neutralidade política, ou mesmo tenha se posicionado favoravelmente aos totalitários. Em consequência, não é incomum que referidos regimes inovem com a criação de magistraturas especiais, verdadeiros tribunais de exceção, a arejar a legalidade formal para a prática de abusos (2010, p. 49).

Nem tão distante, o nosso país sofreu os efeitos nefastos da ditadura, por meio do Golpe Militar ocorrido em 31 de março de 1964, data oficial, reverberando no Judiciário a reduzir sensivelmente a independência dos magistrados. Como explana FURMANN (2011, p. 8-9), o conceito de segurança nacional alcançou relevo na ordem jurídica como princípio fundamental, superiormente à legalidade e ao Estado de Direito.

Em conformidade com FURMANN, especificamente em apreciação sobre a atuação do órgão de cúpula do Judiciário durante o período de exceção, o Supremo Tribunal Federal passou inicialmente de uma posição neutra, equidistante perante questões propriamente políticas, para assumir foco de

resistência no que tange a julgamentos considerados pelo Regime Militar como desfavoráveis. Em rápida síntese, a ditadura escancara o desmonte da magistratura ao proclamar o Ato Institucional n. 2, de outubro de 1965, em que se aumentou o número de Ministros do Supremo, restringiu-se o direito de opinião e juízes militares tiveram a competência para o julgamento de causas relacionadas à segurança nacional. À frente, o duro golpe desferido contra o Judiciário ocorreu pelo advento do Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, cujas decorrências foram nefastas ao sistema jurisdicional, já que não mais se tinha a garantia, porque suspensa, do *habeas corpus* para os crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. A finalizar o histórico de agressão ao sistema jurisdicional, basta trazer à memória aposentadoria forçada de três ministros do Supremo Tribunal Federal (Min. Victor Nunes Leal, Min. Hermes Lima e Min. Evandro Lins e Silva), em razão de confronto de decisões com o Governo Militar (2011, p. 9-22).

Portanto, salienta-se que a democracia é conceito chave para a independência do Judiciário, mormente a considerar que os regimes ditatoriais restringem direitos e concentram o poder, de modo a neutralizar aos que se opõem ao governante de plantão, e, assim, aspiram ao retorno de um modelo que as decisões políticas sejam tomadas pelo povo.

2.2 AUTORIDADE DA IMPRENSA

À luz de BONAVIDES, extrai-se a força da imprensa no final século XVIII na propagação das ideias e formação da opinião pública. Com efeito, o periódico entrou em rota de concorrência com o livro na formatação ideológica da sociedade, sendo correto dizer que aproximadamente novecentos jornais em circulação na França, à época da Revolução Francesa, mostraram-se tão subversivos quanto os clássicos de Montesquieu, Rousseau e Sieyès, bem como nada inferiores ao ‘Espírito das Leis’, ‘Contrato Social’ e ‘Que é Terceiro Estado?’ (2004, p. 52-53).

Em evolução da reflexão, BONAVIDES segue afirmando que o jornal sempre teve uma vantagem no que tange ao livro, qual seja, a sua divulgação mais célere, em linguagem praticamente fulminante, “[...] superior ao livro na medida em que fazia pulsar com mais vigor e imediatismo as paixões aquecidas pelo brilho da palavra incendiária” (2004, p. 53).

Não à toa, BONAVIDES traz a recordação de que: “Benjamin Constant, jornalista, fazia Napoleão tremer de ódio”. E mais: a imprensa no Brasil exerceu fortemente a base de sustentação para acontecimentos históricos, como o movimento para a Abolição e, também, o fim do Império (2004, p. 53-54).

Muito embora o papel confrontador da imprensa (e da mídia em geral em tempos da era digital) seja propugnar ventos de mudança, GARAPON

destaca que a Justiça com frequência desloca-se para fora dos Tribunais, de modo a deixar a mídia como palco central dos debates, revelando aos leitores as provas colhidas, inclusive a abraçar a versão de uma das partes, com vistas, ao final, a proceder o julgamento no lugar dos juízes (2001, p. 77).

Chega-se ao ápice, consoante GARAPON, da mídia apresentar testemunhas antes mesmo que fossem ouvidas pela Justiça, ou ainda, reconstituir casos, com as oitivas de todas as pessoas implicadas, sem que houvesse a abertura do processo. Igualmente, o aspecto defensivo se ressalta, à medida que os advogados recorrem à imprensa para explicar e apresentar verdadeira defesa prévia, na tentativa de arrefecer o ânimo acusatório (2001, p. 77-78).

A leitura que se faz na lente de GARAPON é que não há igualdade de armas na mídia. Segundo o doutrinador: “Ela oferece um prêmio àquele que não só conta a melhor história, mas também a conta melhor” (2001, p. 79). Na lógica do espetáculo que se observa na realidade, o processo midiático não contempla a Justiça, resultado de acurada reflexão, e sim produto imediato (2001, p. 82).

No compreender de GARAPON, a mídia preocupa-se mais em intrigas do que se fixar na verdade, principalmente quando o Judiciário lhe contraria a opinião. Por conseguinte, oportunidade em que decisões judiciais se tornam conflitantes com a projeção midiática, ela se encarrega de perpetuar o processo, trazendo a foco detalhes pretensamente novos, muitos dos quais nada servem para mudar os veredictos (2001, p. 83).

Além do mais, esclarece GARAPON que a mídia leva a informação por vezes na qualidade de verdade imediata, manifestada na forma superior à judiciária, como se a enunciação judicial fosse tributária de artifícios e dissimulações processuais (2001, p. 87).

A teor da explanação anterior, NALINI salienta que a independência judicial frente à opinião pública é conquista difícil nesta era. Isso porque invasiva e intensa a perseguição da imprensa diante de fatos que traz a si, de forma a assumir e desempenhar, em alarde, as tarefas que competem à estrutura judicial. É comum a mídia fazer o trabalho de investigação, indiciamento, instrução, julgamento e execução, no entanto, sem ofertar as devidas garantias constitucionais plasmadas na cláusula do devido processo legal. E, perante o julgador que lhe oferecer resistência, contrariando o prognóstico idealizado, por vezes os meios de comunicação conseguem forçar a sua decisão, dificultando a operacionalização da Justiça concreta (2009, p. 55-56).

Nesse aspecto, GRAU afirma com precisão o papel do juiz (2011, p. 292):

A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-

lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei –, mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. (grifo do autor)

A título de desfecho do tópico em estudo, GARAPON aduz que os deslizos cometidos pela mídia não devem fazer esquecer os seus méritos insubstituíveis, valendo trazer à tona a operação *mani pulite* na Itália e, também, o caso *Watergate* nos Estados Unidos (2001, p. 95). Entretanto, é sintomático o poder que exerce a imprensa, e o magistrado deve compreender e se blindar contra as influências negativas que possam agredir direitos fundamentais, sob pena de, ao influxo da pressão popular e midiática, transpor garantias próprias das partes em litígio, bem como se alinhar em preconceitos e prejulgamentos inconcebíveis com a ordem constitucional, cuja posição inclina o Judiciário como fator contramajoritário. Isto é, mesmo que a sociedade julgue de antemão no calor dos fatos, o juiz deverá conceder o veredicto depois de percorrer o devido processo legal e, posteriormente, fazer a reflexão necessária sobre os acontecimentos.

2.3. DOMÍNIO ECONÔMICO

Na realidade atual, decorrência do próprio modelo capitalista em que se funda a sociedade moderna, é corrente a existência de agentes detentores de grande poderio econômico. São agrupamentos empresariais, empresas multinacionais e organizações que desfrutam de bastante influência na estrutura social e transitam com relativa facilidade pela esfera governamental.

Movidos pela dinâmica de lucro, não é incomum que atores econômicos desbordem da transparência e lisura, a fim de buscar junto ao poder estatal vantagens e benefícios dissonantes da legalidade. É o que se observa diuturnamente nos meios de comunicação acerca de inúmeros casos de corrupção que assolam o país.

Afora as situações extremas de flagrante ilegalidade, sintetizadas em atos corruptores, também se vê no relacionamento entre o segmento econômico e a esfera governamental, as influências e *lobbies*, algo não menos pernicioso, considerando que o Estado, de modo geral, guia-se pela impessoalidade.

Trazendo essas considerações ao âmbito da Justiça, tem-se que o Poder Judiciário não é imune ao poderio econômico dos agentes. Ele sofre as mesmas intervenções e influências, cujas linhas de atuação almejam obscurecer a prestação jurisdicional justa.

No tocante à corrupção no Poder Judiciário, cabe salientar que excede absurdamente a recusa da independência judicial, porquanto é se despir não apenas da figura de magistrado, mas também de cidadão honrado comprometido com o bem comum da sociedade e do Estado. Afigura-se, assim, a corrupção como inobservância além da ética judicial, o abandono da própria ética comum arraigada no contexto social. É retrato, portanto, que avilta a jurisdição. Em direcionamento similar, NALINI aduz que: “A Magistratura não pode conviver com a pecha de corrupção. É o poder *menos corrupto* da República” (2009, p. 115, grifo do autor).

Frente às influências, ou também *lobbies*, é de se ter a atenção dos magistrados, eis que não tão agressivos e acintosos quanto aos atos corruptores. Isso porque os juízes não são isolados, muito embora se tenha que a magistratura é tarefa solitária. Há que se mostrar preocupação com as aproximações interessadas, notadamente de agentes completamente alheios às partes e advogados (*v.g.* figuras de renome, detentores de poder e até mesmo do círculo pessoal e profissional do magistrado), porquanto podem ter proveito econômico, direto ou indiretamente, para influenciar o juiz em determinada direção. Nesse sentido, não é despropositado que o magistrado tome por reconhecer tais influências, ao menos considerá-las em hipótese, e, em consequência, filtrá-las, a fim de que não exerçam negativamente sobre o atuar independente.

2.4 MOVIMENTOS SOCIAIS

Resultado da intensificação da desigualdade econômica entre as classes, fruto do abismo que apenas progrediu na evolução do capitalismo, surgem os movimentos sociais no propósito de buscar espaço a fim de fazer valer as suas reivindicações.

Assim é que se observa o aparecimento de vários organismos, cada qual a pleitear aspirações vinculadas a sua finalidade. Ao exemplo do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, cujo objetivo é a reforma agrária, igualmente se vê o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto – MTST, a postular moradia.

No entender de BOAVENTURA SANTOS, as classes populares, cuja base sustenta os movimentos sociais, habituadas a fazer vingar os seus interesses ao atuarem à margem do sistema legal, passaram a compreender que, organizadamente, obteriam resultados pela chamada apropriação, nova significação e utilização estratégica da legalidade (2011, p. 37).

Porém, na atualidade, não obstante a pretensão aludida, da utilização do direito em favor dos excluídos, ainda se vê espaço de pressão para a conquista dos objetivos que, de certa maneira, desborda da legalidade estrita.

Muito embora haja o propósito legítimo de mudança, os movimentos sociais agem numa perspectiva que atinge interesses fortemente enraizados em nossa sociedade, ainda mais levando em consideração a cultura da propriedade privada em nosso ordenamento jurídico, não esquecendo, porém, o avanço da função social.

Em reflexão ao explanado, a magistratura também é alvo desse choque de interesses, não menos quando culmina em violência, tanto campesina, quanto urbana. E no ápice, à oportunidade de centenas de pessoas estarem em luta, no confronto, com força policial, ou pior, diante de capangas armados contratados por proprietários, os juízes são colocados em xeque. Até que ponto, então, o pressionamento pulsando em ritmo de tensão atinge a independência judicial?

O marco para a resposta não é simplista. O juiz se coloca frente ao problema de vidas se lançando em risco por uma causa. Aí reside o grande dilema, porque o julgamento poderá resultar em agravamento da situação, notadamente à hipótese de contrariar os interesses dos que ocupam sem título jurídico, fator conhecido e utilizado pelos movimentos sociais a elevar a temperatura do fogo da panela de pressão.

Nessa perspectiva, não sem antes tentar a resolução do conflito de maneira não adversarial, o magistrado não deve abandonar a independência judicial deixando de julgar, ou, ainda, consentindo que a pressão do caótico conflito lhe tome a convicção. Deverá, assim, julgar consoante às razões que lhe dirigem, fundamentado nos ditames constitucionais. Por conseguinte, justo que se diga, não pode permitir que se torne refém da dicotomia opressor e oprimido, segundo uma visão vulgar e superficial.

3 PODERES INTERNOS E INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS

3.1 INFLUÊNCIA VERTICAL

Conforme GUARNIERI e PEDERZOLI, a organização judiciária inglesa, tradicionalmente, não apresenta uma estrutura hierárquica, sendo o conceito de carreira praticamente desconhecido. A movimentação de nível na jurisdição é possível, de forma natural, e não tão rara, porém o sistema não estimula a progressão. Ao contrário da magistratura continental, o objetivo de fazer carreira não se inclui nas expectativas do magistrado quando ingressa no órgão judicial. De modo geral, ainda que a partir dos anos setenta esse quadro inicia mudança gradual, a favorecer em certa medida a mobilidade interna, entretanto, de maneira limitada, fato é que a magistratura inglesa diversifica-se da francesa e da alemã. Isso porque não parece existir preocupação demasiada com a carreira, visto que o prestígio que a acompanha não está estritamente vinculado às funções desempenhadas (1997, p. 39-40).

Ainda na linha de pensamento de GUARNIERI e PEDERZOLI, a organização judiciária da Europa continental, diversamente da inglesa, revela-se numa estrutura piramidal, em contornos propriamente militares, a evidenciar a influência e o prestígio do magistrado singular a ser distribuído conforme a ordem hierárquica. Deveras, a progressão na carreira se mostra, a rigor, caracterizada por competição individual, alicerçada na combinação de critérios de antiguidade e merecimento (mérito profissional) (1997, p. 42).

Enfatizam GUARNIERI e PEDERZOLI que, nesse viés, há a diferenciação de dois tipos de magistratura: i) burocrática, típica dos países da *civil law*; ii) profissional, própria dos países da *common law*. Nesse direcionamento, característica da magistratura burocrática, como já frisado, é a ordem hierárquica na carreira, cujo mecanismo progressivo se baseia na competição, com fundamento na antiguidade no serviço e análise valorativa de mérito, em ampla margem de discricionariedade do superior hierárquico (1997, p. 54).

Com efeito, sabido que a estrutura judiciária brasileira se organiza nos moldes de países da *civil law*, conclui-se que reflete aspectos da magistratura burocrática. Assim, diante da influência vertical, há de se estudar algumas questões relacionadas, cujas interferências podem afetar a independência judicial.

Na opinião de IBÁÑEZ, é de se evitar o conformismo jurisprudencial, no sentido de não contrariar os órgãos julgadores de cúpula em receio de não reverter em prejuízo do julgador (2012, p. 53). Por correto, o magistrado é livre a acompanhar a jurisprudência do Tribunal, no entanto, sob pena de cercear a própria independência ao julgar, não deve buscar alinhamento no propósito de não ser preterido na carreira, em termos da apreciação pelo vértice hierárquico do chamado mérito funcional. Para tanto, com o objetivo de solucionar tal problema, sugere IBÁÑEZ (2012, p. 53-54):

En realidad se trata de eliminar la carrera, que, como su mismo nombre indica, pone a los jueces a *correr* hacia arriba, en competición por los puestos más cotizados del escalafón. De este régimen, dicen sus defensores, que estimula la profesionalidad, pero no es cierto: estimula el *carrerismo* y el espíritu de sumisión a quien dispone del poder discrecional de nombrar. (grifo do autor)

Igualmente, sob o enfoque de IBÁÑEZ, é de se tomar precaução com a criação de carreira paralela, cuja administração se coloca amplamente discricionária pelos órgãos superiores, na atribuição aos magistrados de encargos extrajudiciais, em caráter de *staff* na estrutura organizacional (2012, p. 54-55). Como em referência anterior, a falta de critérios objetivos para a escolha nos cargos acirra o ambiente de disputa, bem como tem consequência corrosiva à independência judicial, uma vez que cria espaço para influências

recíprocas de toda a ordem entre os que estão no topo da carreira e os demais que seguem na linha descendente.

Por conseguinte, compreende-se que à falta de extinção da carreira, seja afastada a progressão pela valoração meritória, por ausência de critério completamente equânime, a permanecer tão somente a antiguidade como fator para o avanço funcional. Assim se pensa, porquanto o risco à independência judicial se faz sentir tanto na esfera de verticalidade considerada internamente (resultado de pressão dos grupos), quanto, reflexamente, de poderes externos a influenciar a cúpula.

3.2 INFLUÊNCIA HORIZONTAL

Como parâmetro para o desgaste da independência judicial, também merece atenção a influência horizontal. Significa dizer a possibilidade de magistrados do mesmo ou semelhante grau exercerem ou sofrerem interferência recíproca e, em decorrência, prejudicar o julgamento independente.

Obviamente, não se está a cuidar de debates profícuos que abrem a visão e descortinam novas possibilidades, trazendo à tona soluções mais ajustadas aos conflitos judiciais. Definitivamente não é o caso.

Aqui se observa, bem como se mira a preocupação, no que tange à interferência que atinge a independência judicial e perante a qual o magistrado deve colocar a atenção. Apesar de, em tese, não se sentir a ascendência reciprocamente entre juízes em semelhante grau de carreira, algumas situações merecem destaque.

Em primeiro lugar, salienta-se que em regime de substituição, por força de ausência do titular, não deve ele impor forma de julgamento de processos ao substituto. Correto que a unidade pela qual responde o substituto tem andamento próprio, característica de quem a dirige. Nesse aspecto, na realidade, a modificação acarretaria descontinuidade de procedimento. Porém, no viés de conteúdo de julgamento, é injustificável que se ponha linha de decisão. Pensar de maneira diversa é corroborar que um juiz possa decidir pelo outro, algo que foge da natureza da independência judicial.

Noutro direcionamento, a proximidade que existe regularmente na horizontalidade da carreira não deve servir de pretexto para buscar uma uniformidade de opiniões. Isso porque a maioria ocasional pode forçar a esfera minoritária em termos de alinhamento de decisões, propósito que mina além do julgamento independente, a noção de regime democrático e da pluralidade de ideias que permeiam o Judiciário. Com efeito, a aproximação entre os pares serve para um agir dialógico e não para fomentar dissensos, críticas ácidas e contrariedades, cujas consequências deixam de contribuir à prestação jurisdicional.

Logo, o tratamento entre os pares merece primar pela relação de cortesia e respeito ao pensamento e julgamento alheios, de forma a proporcionar a reflexão e o desenvolvimento, consolidando o senso de razoabilidade e prudência tão caros ao ideal de Justiça.

CONCLUSÃO

Ao término do presente trabalho é cabível a adoção de considerações finais a título de conclusão.

Em primeiro plano, a independência se situa na dimensão de direito fundamental. Com alicerce na teoria do filósofo John Locke, a passagem do estado de natureza para o estado civil pressupõe a existência de um magistrado conhecido e imparcial, isto é, investido no poder de resolver os conflitos de interesse. Assim o é, em vista que no estado de natureza todos se mostram parciais, são juízes e executores das próprias vontades. Dessa forma, a necessidade do magistrado é primordial para a preservação dos bens mais relevantes, porquanto ao depender das paixões e desejos inerentes ao ser humano, a sociedade restaria condenada ao conflito permanente, desagregador da convivência harmônica.

No entanto, é claro que para desempenhar essa tarefa, a proteção dos direitos fundamentais, tais como a vida e a liberdade, não deve o juiz estar preso a pressões e interferências de toda a ordem, de maneira a resgatar a prevalência da força, tão repudiada no estado de natureza desenhado pelo filósofo John Locke. Portanto, a independência judicial é um direito fundamental a defender outros direitos fundamentais, isto é, configura-se uma metagarantia de proteção. Ademais, é direito fundamental do magistrado, cuja tarefa é exercida sem submissão, essencial à função da judicatura. Também é direito fundamental dos cidadãos, porque é impensável a prestação jurisdicional honrada, transparente e correta sem que seja assegurada aos juízes a independência judicial.

Noutro vértice, é de se concluir que o juiz servil e submisso é um não-juiz. Isso porque se despiu da principal qualidade ao julgar, ou seja, a vinculação a sua própria consciência. Se for exigível o magistrado acima dos interesses dos litigantes, mostra-se um desserviço à atividade jurisdicional o juiz que de antemão se coloque, mediante influências impertinentes, em favor de pretensão de determinada parte.

Igualmente se diga que a interferência à independência judicial se apresenta em inúmeras fórmulas. Como demonstrado, observam-se poderes externos e internos atuando no exercício da judicatura, e consoante a direção que tomam arranham o exercício independente do julgamento. Todavia,

não obstante toda a sorte de influência, a intensidade que reverbera depende principalmente do juiz que recebe a interferência. Certo que o juiz não é figura isolada da sociedade, convive e interpreta situações das mais variadas espécies. Porém, o que se tem em atenção é a influência perniciosa ao julgamento em plena liberdade de convicção. É a interferência que faz fechar os canais em que a decisão fluiria livremente e, doravante, se atém a limites estreitados, principalmente em benefício de determinada parte.

Por derradeiro, a independência judicial se coaduna com o regime democrático. Nesse pensamento, o julgamento independente atua ao lado da democracia, porquanto é contramajoritário, isto é, alberga o direito muito embora pertencente a minorias. Vale dizer que o direito, independentemente de quem seja o titular, merece ser protegido sempre com a independência, nunca com servidão.

REFERÊNCIAS

- ABAD, José Joaquín Pérez-Beneyto. Independencia del Juez, responsabilidad y democracia. **La Toga**, n. 168, p. 34-51, mar-abril 2008.
- ARNAIZ, A. Saiz (Org.). **Los derechos fundamentales de los jueces**. Madrid: Marcial Pons: 2012. 214 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 511 p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 97 p.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207 p.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 256 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 863 p.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 526 p.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27.958, do Plenário. j. 17 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367-1, do Plenário. j. 13 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, do Plenário. j. 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2023.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8769/o-efeito-vinculante-nas-decisoes-do-supremo-tribunal-federal> Acesso em: 03 jun. 2023.
- CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 219 p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> Acesso em: 10 jun. 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 134 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 166 p.
- FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua Independência – Uma abordagem de direito comparado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 8, jul/set. 2009, p. 121-149.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **Total Justice**. New York: Russel Sage Foundation, 1985. 166 p.
- FURMANN, Ivan. O STF e o regime militar de 1964. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3076, 3 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20557/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964> Acesso em: 05 jun. 2023.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renam, 1999. 272 p.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 384 p.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **La democrazia giudiziaria**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1997. 186 p.
- GUARNIERI, Carlo. **L'indipendenza della magistratura**. Padova: CEDAM, 1981. 235 p.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. En materia de independencia judicial. **Jueces para la Democracia**, n. 4, p. 31-33, set. 1988. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2004%20septiembre%201988.pdf> Acesso em: 10 jun. 2023.
- LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo civil; Ensaio acerca do entendimento humano**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 344 p.
- MELLO, Celso de. **Pronunciamento do Ministro Celso de Mello na Sessão Plenária de 21/08/2013**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pronunciamento-celso-mello.pdf> Acesso em: 08 jun. 2023.

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 4, p. 1-10, ago. 1999. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067> Acesso em: 06 jun. 2023.
- NALINI, José Renato. **Ética da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 205 p.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização [tese]: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal** / Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; orientador, Sérgio de Urquhart Cademartori. - Florianópolis, SC, 2011. 268 p.
- Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ). **Declaración de Londres sobre la Deontología Judicial**. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Red-Europea-de-Consejos-de-Justicia/Informes-RECJ/Declaracion-de-Londres---informe-2009-2010-del-Grupo-de-Trabajo-sobre-Deontologia-Judicial-del-ENCJ>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 504 p.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2007. 360 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 135 p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 928 p.
- STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista de Doutrina TRF4**, n. 9, p. 1-5, nov. 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br> Acesso em: 10 jun. 2023.

APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO DA TUTELA JURISDICIONAL POR MEIO DO DIREITO PROBATÓRIO

Eduardo Augusto Salomão Cambi⁵⁴, Marcos Vinício Tombini Munaro⁵⁵,
Ilton Garcia da Costa⁵⁶

RESUMO

Aperfeiçoa-se a democracia processual por meio do direito probatório, tendo em vista a importância fundamental da prova para a legitimação das decisões judiciais, com foco nos *standards probatórios*, considerados mecanismos de suporte para os julgadores decidirem de forma racional. Pretende-se superar a ideia da íntima e subjetiva convicção do julgador, apontando os *standards probatórios* como uma técnica processual imprescindível para justificar e motivar os enunciados judiciais. Eles contribuem para a ampliação da legitimação das

⁵⁴ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e da Faculdade Assis Gurgaz (FAG). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Desembargador Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/64446292329035065> Orcid: 000-0003-4944-1256.

⁵⁵ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG). Cientista Político. Advogado e Procurador de carreira da Câmara de Vereadores de Quedas do Iguaçu, Estado do Paraná. Cascavel/PR. E-mail: marcosmunaro@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2175781294495402> Orcid: 0000-0001-9518-4866.

⁵⁶ Doutor e Mestre em Direito -PUC-SP, Mestre em Administração - Unibero, Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Avaliador de IES e Curso - MEC INEP e Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, de Projetos da FAPES Fundação de Apoio a Pesquisa do Espírito Santo, ex Membro do Comitê de Área da Fundação de Apoio a Pesquisa do Estado do Paraná - Fundação Araucária, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GpCERTOS - UENP CNPq, - ex Secretário Adjunto de Educação e Diretor Executivo do Instituto de Previdência do Município de Ourinhos SP, ex Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP, ex Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP, ex Diretor de Planejamento e Controles do Banco Crefisul Baq, ex Membro da Diretoria do CONPEDI, ex Membro da Comissão de Análise e Aprovação de Projetos da Lei de Incentivo aos Esportes - Secretaria Esportes do Estado de São Paulo, Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Especialista em Finanças, Matemático, Advogado. Lattes <http://lattes.cnpq.br/0959097128095664> Orcid <https://orcid.org/0000-0002-0093-161X> e-mail iltongcosta@gmail.com ou iltongcosta@uenp.edu.br

decisões judiciais que tendem a se tornar mais justas e tendentes à construção de um processo com maior caráter democrático. Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro uma sistematização legal sobre os *standards* probatórios e as formas de vinculação do julgador a critérios predeterminados de valoração da prova. A deliberação judicial precisa ser validada por meio de um raciocínio criterioso, em que a situação fática seja justificada por meio de razões capazes de aceitar a validade ou a falsidade das hipóteses argumentativas, o que possibilita o mais amplo controle do conteúdo das decisões judiciais e a maior legitimação democrática da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: democracia; direito probatório; decisões judiciais; *standards* probatórios.

INTRODUÇÃO

O estágio atual da sociedade demonstra a necessidade de sistematização legal sobre dos *standards* probatórios e as formas de vinculação do julgador a critérios predeterminados de análise da prova. Deve-se aperfeiçoar as técnicas decisórias, para buscar afastar visões individuais de concepções e valores jurídicos, muitas vezes destoantes de um padrão mínimo. Tal preocupação visa questionar o alcance democrático da tutela jurisdicional, minimizando a possibilidade do arbítrio judicial.

A aplicação do direito, nos casos concretos, gera o ônus da parte interessada demonstrar que a sua situação fática se amolda às regras ou princípios previstos no ordenamento jurídico. Para tanto, as partes do processo judicial dispõem de meios de prova para influenciar no convencimento do órgão julgador. O direito probatório e a legitimação das decisões judiciais são temas que caminham juntos, tendo em vista que a prova serve como forma de justificar o enunciado de conclusão do juiz.

A efetividade da justiça e a plenitude dos direitos fundamentais dependem, não raro, da tutela jurisdicional. Por sua vez, a deliberação judicial depende da melhor e mais correta reconstrução probatória dos fatos jurídicos relevantes e da justa valoração das provas, que servem de fundamentos indispensáveis à justiça da decisão.

Pretende-se abordar as formas de formular os *standards* de prova, implementá-los e torná-los operativos no direito, com o objetivo de coibir subjetivismos e, conseqüentemente, arbitrariedades do órgão julgado. Afinal, a decisão judicial, quando amparada em elementos adequados de prova, externam critérios racionais que ampliam a legitimação democrática dos atos proferidos pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o convencimento judicial desamparado de provas não serve para justificar o ato decisório e, conseqüentemente, não contribui para a democratização da tutela jurisdicional.

Deliberação judicial justa é a que respeita e leva em consideração os argumentos invocados pelas partes. É a que considera a democracia participativa entre todos os sujeitos envolvidos na relação processual. A decisão judicial que não leva a sério os argumentos e as provas produzidas nos autos é nula, por afrontar a democracia material, uma vez que a mera democracia processual formal não serve para legitimar e aperfeiçoar o resultado jurisdicional.

No presente texto, pretende-se discutir a relevância dos *standards* de prova, como técnica processual voltada a coibir subjetivismos do julgador, visto que a decisão judicial quando amparada em elementos concretos de prova, atrelada a critérios racionais do sistema jurídico, amplia a legitimação dos atos proferidos pelo Poder Judiciário, o que fortalece a cidadania e a credibilidade do Estado Democrático de Direito.

1 DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO, TUTELA JURISDICIONAL, PROVA E STANDARDS PROBATÓRIOS

A forma de governo que melhor atende aos interesses do povo é a democracia, por estar baseada na separação dos poderes e no respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão (COSTA e REZENDE, 2019, p. 295-296).

No Brasil, o Estado Democrático de Direito é previsto no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

José Afonso da Silva (2020, p. 128), ao explicar o conceito de democracia, afirma se tratar de “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito

do povo”. Realça, pois, ser um processo de convivência, denotando historicidade, bem como aponta ser relação de poder político e também modo de vida, pois exige respeito e tolerância entre os cidadãos (MACEDO, 2008, p. 182-183).

Democracia é um meio e instrumento para se atingir valores essenciais de convivência humana, o que exige pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, que são enriquecidos a cada momento histórico em que se (re)afirma que o poder deriva da vontade do povo. Não se trata de preceito político abstrato e estático, mas sim uma afirmação de direitos e garantias conquistadas pela população ao longo da história.

Porém, é certo que a concepção de povo varia com o passar do tempo, pois a democracia da época grega é diferente dos tempos modernos; de igual modo, a democracia burguesa capitalista não é igual à democracia popular (AFONSO DA SILVA, 2020, 127-128).

De qualquer modo, democracia é muito mais do que conferir legitimação às decisões tomadas pelos representantes. Está intimamente ligada à história das Constituições, ao organizar, definir limites e determinar a relação dos indivíduos com o Estado. Embora seja inegável a importância da Constituição de 1988 para a formação sólida da base de desenvolvimento da participação popular na fiscalização, controle, formulação de políticas e atos de administração, a dinâmica democrática criou mecanismos necessários para a efetiva e real participação popular. Isso porque a democracia passou a ser baseada na dinâmica democrática de participação popular, denominando-se democracia participativa, na qual o exercício do poder amplia seus fatores de legitimação (MACEDO, 2008, p. 188-191).

A evolução do Estado de Direito consagrou formas novas de democracia representativa, como a universalização do voto e a incessante legitimação dos detentores do Poder. (MORAES, 2018, p. 38-39)

Lenio Luiz Streck (2014, p. 150) aponta estar indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais à noção de Estado Democrático de Direito. Surge, deste liame, o que se pode denominar de *plus normativo*, porque agrega melhores condições de suprir lacunas de etapas anteriores, com o resgate das promessas modernas, tais como justiça social, igualdade e respeito às garantias dos direitos humanos/fundamentais e sociais.

A concepção de democracia deve ser integralmente aplicada ao processo judicial. Afinal, não se pode conceber nenhuma deliberação judicial que não possa ser considerada democrática, a partir da ampla participação dos sujeitos processuais, sob pena de nulidade. Logo, do que adiantaria o juiz oportunizar a manifestação das partes e a produção ampla de provas se ele já formou o seu convencimento? Como se poderia validar uma decisão quando o magistrado não rebate os argumentos relevantes para uma decisão justa?

Para não se compadecer com o arbítrio, o Estado não pode recusar adimplir suas obrigações constitucionais. Precisa promover a cidadania, por meio da garantia à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. O acesso à justiça vai muito além do ajuizamento de ações judiciais. Exige o acesso à ordem jurídica justa, que abrange todas as garantias constitucionais fundamentais (ação, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), que incluem a ampla oportunidade de os litigantes influírem na formação do convencimento judicial. Daí a relevância do direito constitucional à prova, como equivalente sensível dos fatos que servem como faróis que iluminam o caminho do juiz na obscuridade dos acontecimentos pretéritos indispensáveis para a aplicação do direito aos casos concretos. (CARNELUTTI, 2001, p. 56).

A melhor reconstrução possível dos fatos passados contribui para a justa solução da causa (CARNELUTTI, 2001, p. 56). Entretanto, por melhor que sejam as técnicas processuais, é preciso desvincular-se da ideia da busca da verdade baseada na real-correspondência ou no modelo formal-relativo, pois a verdade a ser buscada no processo não pode ser aquela extraída da própria consciência do órgão-julgador (TRINDADE DOS SANTOS e TACCA, 2016, p. 256-257).

As hipóteses fáticas precisam ser confirmadas pelos meios de prova constantes dos autos (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 58). A importância do valor de cada prova deve ser estabelecida pelo magistrado, no contexto do caso concreto. O juiz deve seguir *standards* baseados em critérios racionais e objetivos. Não pode aplicar métodos cognitivos, visando, tão somente, confirmar seus preconceitos ou sua própria compreensão dos enunciados formulados previamente à análise dos fatos, sob pena de incorrer no viés do *confirmation bias*, que representa a negação da dialética processual (TARUFFO, 2014, p. 132-134).

Michele Taruffo (2016, p. 188-189) lembra que com a derrocada do sistema da prova legal ou tarifada, que vigorou por séculos nos ordenamentos processuais da Europa continental, surgiu o sistema do livre convencimento motivado, sob duas concepções: a primeira visõe que o juiz está desvinculado das regras de prova legal e de qualquer critério racional de valoração das provas. Já, para a segunda concepção, na qual também se filia Jordi Ferrer-Beltran (2005, p. 49-67), a ideia seria contrária, pois o juiz possuiria o poder discricionário para valorar a prova. Nesta hipótese, o magistrado precisa seguir as regras da racionalidade, uma vez que liberdade de convencimento e valoração racional das provas são dois aspectos inerentes à atividade persuasiva do juiz. Com efeito, a discricionariedade conferida ao julgador lhe impõe a obrigação de aplicar as regras da razão para obter uma decisão válida e justificável intersubjetivamente.

O direito à prova serve para legitimar o exercício da função jurisdicional e, ao mesmo tempo, é uma fonte de aperfeiçoamento democrático na busca de decisões justas, que ampliem o sentimento social de justiça daqueles que precisam da tutela jurisdicional (CAMBI, 2000, p. 156).

Após a ampla participação das partes envolvidas no diálogo processual, caberá ao julgador, por meio de análise mental, verificar quais são os argumentos com maior coerência e integridade, para, então, formular o convencimento racional apto a resolução do conflito (CAMBI, 2014 a, p. 19).

Na valoração da prova, é relevante salientar a definição de *standard* de prova que significa apurar a quantidade de prova necessária para proferir um enunciado judicial suficiente para confirmar a hipótese fática sustentada no processo. Considerar-se-á suficientemente legítima a decisão judicial que seja confirmada por meio de um padrão racional e objetivo, esperado para aquele tipo de *standard* probatório (VÁZQUEZ, 2013).

A teoria do *standards* de prova precisa ser melhor desenvolvida. Isto para evitar o desenvolvimento epistemológico de concepções incompletas, que deixem de abordar os graus de suficiência probatória necessários para cada etapa do procedimento e para cada espécie de processo jurisdicional. A falta de teoria é replicada para a legislação, fazendo surgir lacunas no ordenamento jurídico que se traduzem na ausência ou na insegurança dos *standards* de prova, o que desafia a construção de técnicas processuais capazes de adequar os padrões processuais aos de direito material, limitar possíveis arbitrariedades judiciais e gerar um mecanismo de controle eficiente das decisões probatórias (FERRER-BELTRÁN, 2021 a, p.241).

Segundo Jordi Ferrer Beltrán (2021 a, p. 61-73), existem 3 (três) momentos da atividade probatória no direito: a) formação do conjunto de elementos do juízo; b) a valoração destes elementos; c) a tomada de decisão. O primeiro deles dispõe sobre o controle de racionalidade das deliberações judiciais e se realiza posteriormente ao da motivação; ao decidir quais os fatos estão provados, exige-se a justificação do porquê declararam-se comprovados e qual foi o apoio empírico de embasamento da decisão judicial. Dessa forma, pode-se controlar se houve a concessão de um peso excessivo a provas de confiabilidade questionável.

O segundo momento da atividade probatória revela que a atividade da prova está baseada em diversos valores ou objetivos: o principal deles é a apuração da verdade, por meio da valoração da prova.

O terceiro e último momento da atividade probatória é a valoração da prova que permitirá outorgar um grau de confirmação que não é absoluto, mas permitirá a conclusão baseada nos meios disponíveis a depender do *standard* de prova utilizado (variável conforme o direito material; por exemplo,

normalmente mais elevado para a condenação criminal, e menos rigoroso no julgamento de uma causa de natureza patrimonial).

As formas de gerir a escolha das provas e de proceder com a sua valoração são manifestações de poder (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 28). Todavia, como qualquer outra decisão, a teoria da prova também exige que sejam motivadas as escolhas, pois há nexos entre lógica da prova, carga motivacional, deveres do julgador e peso probatório (FERRAJOLI, 2001, p. 44).

Ademais, deve-se levar em conta, na formação do conjunto de elementos probatórios, que a justificação da decisão depende do conjunto dos meios disponíveis ao juízo, uma vez que a justificação será sobre os fatos provados e formados pelas argumentações e iniciativas realizadas no curso processual (FERRER-BELTRÁN, 2021 a, p. 77-78).

A concepção racionalista da prova decorre do método da corroboração e da refutação das hipóteses fáticas para se obter a valoração da prova, fortalecendo os mecanismos recursais, caso se mostre necessária a revisão em instâncias superiores (FERRER-BELTRÁN, 2021 a, p. 79-88).

Embora exista uma ausência de critérios, tanto legislativos quanto judiciais e literários, prévia e abstratamente definidos para a valoração racional da prova, é certo que o juízo fático não é livre e deve observar critérios objetivos e racionais, desde os aspectos constitucionais até os convencionalmente pactuados (art. 190/CPC), para que se possa aperfeiçoar o controle da decisão judicial (VASCONCELOS, 2018, p. 716).

Para alcançar uma decisão justa, o juiz deve cuidar do exame dos fatos controversos, pertinentes e juridicamente relevantes. A justiça da decisão é produto da dialética e da colaboração entre as partes, juiz e todos aqueles que participam do processo (testemunha, peritos, *amici curiae* e etc.). Sem a devida cooperação processual fica mais complexa a tarefa de recompor o quebra-cabeças representativo dos acontecimentos pretéritos colocados à julgamento (CAMBI, 2001, p. 43).

Nesse contexto, os *standards* probatórios possuem as seguintes funções para o direito processual: a) orientação da conduta dos sujeitos processuais; b) servir de parâmetro objetivo para a identificação das hipóteses fáticas e para a avaliação das provas produzidas; c) distribuição de riscos; d) controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes (PEIXOTO, 2021, p. 612-613).

O modelo republicano pressupõe a participação do jurisdicionado com vista a influir nas escolhas do órgão julgador. Os argumentos e as provas relevantes, construídos por diálogos e debates ativos no processo judicial, devem ser levados em conta na promoção da tutela jurisdicional. Compete ao juiz apresentar de forma clara os motivos e fundamentos que o levaram

a optar por uma determinada interpretação e aplicação do direito, ao invés de outras, ao se debruçar sobre a análise das questões fática com a utilização das técnicas processuais desenvolvidas pelo direito probatório.

Com efeito, pode-se elencar 3 (três) critérios para uma decisão ser considerada justa: a) a correta escolha e a interpretação adequada da regra e/ou do princípio jurídica; b) a melhor reconstrução possível dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes; c) a observância do devido processo ético e legal necessário para atingir o resultado decisório (CAMBI, 2014 b, p. 365).

Não há como negar os avanços trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015. Cabe, contudo, à jurisprudência e à literatura desenvolver técnicas processuais voltadas a melhorar a conexão entre a realidade da vida e a tutela jurisdicional, com a busca de pontos de equilíbrio entre a independência e a devida liberdade do julgador com a efetivação das garantias constitucionais e com a democracia processual.

Quanto a tensão entre liberdade e democracia, Antônio Cesar Bochenek, Ilton Garcia da Costa e Rogério Cangussu Dantas Cachichi (2021, p. 1-20) apontam que se exige cuidados acurados para evitar a lesão a direitos fundamentais a partir da regra da maioria, apontando que as leis não são sempre originadas de medidas isonômicas e equilibradas.

O respeito aos direitos fundamentais inclui a obediência a preceitos éticos, que primam pelo cuidado das pessoas mais vulneráveis (como as crianças e adolescentes, as mulheres vítimas de violência familiar e doméstica, os idosos, os deficientes, os migrantes, os encarcerados, os negros marginalizados etc). Sem a preocupação com as minorias, o Direito deixa de ser um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, e passa a ser um instrumento de opressão dos economicamente mais fortes e privilegiados.

Dentre as normas fundamentais do processo civil, o CPC/2015 se preocupa em ordenar, disciplinar e interpretar o direito processual conforme os valores e as normas estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º). Também enfatiza que todos os sujeitos do processo devem comportar-se segundo a boa-fé objetiva (art. 5º) e que devam cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Além disso, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve atender aos fins sociais, às exigências do bem comum, à promoção da dignidade humana e à observância da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Diante dessas e de outras normas fundamentais, pode-se concluir que o novo Código de Processo Civil privilegiou e contribuiu para um processo mais democrático, pois o processo só será devido quando houver cooperação entre os sujeitos, participação efetiva das partes, contraditório pleno e ampla defesa capazes de influir no entendimento final do órgão julgador. Em outras palavras,

a democracia processual civil é alcançada a partir da possibilidade dos cidadãos de intervirem efetivamente, pelos meios e técnicas processuais disponíveis, na formação do entendimento judicial (ANDREASSA, 2021, p. 143).

Dessa forma, a prova serve para legitimar a deliberação judicial, sob a ótica da inclusão de critérios probatórios mínimos para análise do magistrado, na medida em que visa o aperfeiçoamento do processo civil democrático, pela criteriosa aplicação e interpretação dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a democratização do processo civil confere maior importância à atuação ética e efetiva das partes, com o diálogo permanente com o órgão jurisdicional, para se encontrar a decisão mais justa e adequada aos casos concretos, além de ser um modo de coibir abusos, restringir o autoritarismo e amplificar os espaços de comunicação nas relações processuais (ANDREASSA, 2021, p. 75).

O direito probatório é mecanismo essencial para fundamentar e demonstrar as alegações, tornando eficaz o contraditório efetivo e em paridade entre as partes. Há sintonia entre o direito à prova e o processo justo, por meio das oportunidades iguais aos litigantes no processo judicial, por força do modelo colaborativo entre os sujeitos processuais, da conformidade das regras processuais com as garantias constitucionais e da preocupação com a legitimação da decisão judicial (CERQUEIRA, 2014, p. 71-72).

Não se duvida que a prova serve como meio de ampliação da legitimação das decisões judiciais, especialmente quando se enfatiza a necessidade de aperfeiçoar o desenvolvimento de critérios objetivos, racionais e adequados à tutela dos direitos materiais. Os *standards* probatórios servem como suporte para os julgadores decidirem de forma coerente, íntegra e estável, ao se afastarem da visão solipsista que admitia a ideia da íntima e subjetiva convicção do juiz. São *standards* probatórios mecanismos imprescindíveis para avaliar as hipóteses fáticas e justificar/motivar os enunciados judiciais. Conferem maior legitimidade à tutela jurisdicional, já que contribuem para tornar mais democrático o processo judicial e mais acessível aos cidadãos à justiça das decisões (FERRER-BELTRÁN, 2021 a, 2021b, 2017, 2005, 2007).

As provas possuem funções internas e externas ao processo judicial. Interna, pois, servem como instrumento para a preparação do processo, permitindo discussões e participação na formação do convencimento dos fatos que irão gerar o julgamento da causa, pois objetivam à reconstrução dos fatos mais próximos da realidade. Externa, porque, quanto melhor a prova produzida, maior a amplitude de justiça, ao passo que a adequada e efetiva produção e valoração probatória contribui para o aperfeiçoamento da atividade judicante, o que gera a legitimação social do exercício da atividade jurisdicional, posto que não há decisão justa quando se distorcem ou ignoram

os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes para a resolução dos casos concretos (CAMBI, 2014, p. 30).

Como o direito probatório é essencial para o fortalecimento da democracia e da legitimação da atuação do Estado-juiz, o desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e literário dos *standards* de prova são indispensáveis ao exercício da cidadania. Definir com clareza os *standards* probatórios viabiliza uma valoração racional da prova e, conseqüentemente, possibilita a fiscalização pelas partes e pela sociedade da valoração judicial realizada (FERRER-BELTRÁN, 2021 a, p-217-218). Logo, o conhecimento prévio dos *standards* de prova também é um fator de ampliação da confiança dos cidadãos no sistema de justiça.

CONCLUSÃO

A democracia deve se fazer presente e se enraizar na família, na sociedade, na comunidade e no Poder Público. O aperfeiçoamento do sistema de justiça passa pelo desenvolvimento de técnicas processuais adequadas à promoção dos direitos e garantias fundamentais. Os institutos processuais, compreendidos à luz da Constituição e dos Tratados de Direitos Humanos, podem ampliar o exercício da cidadania.

A ampliação da participação democrática contribui para a melhor interpretação e aplicação das regras/princípios processuais. Aliás, não se poderia assegurar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva sem respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Objetivando a plena participação democrática, não meramente formal, mas sim material, de todos os sujeitos envolvidos no processo e preocupados com a justiça da decisão, destaca-se o instituto dos *standards* probatórios, por possuírem diversas funções voltadas ao aperfeiçoamento do direito processual, com destaque para a orientação da conduta dos sujeitos processuais, a identificação das hipóteses fáticas e a avaliação das provas produzidas, a distribuição de riscos e o controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos.

Os *standards* de prova são mecanismos democráticos, uma vez que servem para impedir o exercício arbitrário do poder judicial, ao estruturar um modelo objetivo de controle da valoração dos argumentos e dos meios de prova.

Um sistema processual sem critérios de julgamento está mais propício às instabilidades, incoerências e falta de integridade, que são fatores que contribuem para a perpetuação de privilégios, desigualdades e injustiças.

Cabe ao legislador, aos Tribunais e à literatura jurídica o aperfeiçoamento das técnicas processuais. A formatação de critérios técnicos e científicos para

a avaliação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes favore a justiça das decisões, bem como amplia a legitimação social da tutela jurisdicional.

As provas e a verdade no direito devem surgir após um debate processual democrático, que, ao final, permita ao julgador acolher ou rejeitar determinados argumentos capazes de influir na resolução do caso concreto. A deliberação judicial, ao fim e ao cabo, é validada por meio de argumentos e provas que justificam um raciocínio que considera a realidade fática, optando pela hipótese que melhor se ajuste às circunstâncias debatidas e demonstradas no processo. Não há de prevalecer as narrativas processuais, mas os fatos que foram comprovados e que assumem relevância na decisão das questões jurídicas controvertidas.

No Congresso Nacional, discute-se meios de aprimorar o Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015). Nesse sentido, o Projeto de Lei Ordinária nº 01/2022 (em anexo) objetiva acrescentar, no artigo 489, §1º, o inciso VII, para o fim de também considerar não fundamentada, a decisão judicial que “julgar sem fazer o devido cotejo da prova encartada no processo com o resultado adotado pelo julgador”.

Não se pode falar em direito fundamental à prova se, após o meio probatório ser admitido e produzido nos autos, ignora-se o devido valor que deve ser dada à prova. Com efeito, a efetiva modificação pretendida no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil tem a virtude de contribuir para o debate do aperfeiçoamento das técnicas processuais por meio do direito probatório.

É certo que o juiz não está adstrito aos argumentos e às provas produzidas pelas partes (art. 370/CPC), nem está impedido de aplicar regras da experiência comum (art. 375/CPC) ou técnicas processuais que efetivem às garantias e dos direitos fundamentais (v.g., arts. 1º, 8º e 139, inc. IV, CPC). O magistrado, em conjunto com as partes e os demais sujeitos processuais, são corresponsáveis pela justiça da decisão.

Ampliar a *accountability* é uma forma de conferir transparência e controle social às decisões judiciais. O desenvolvimento de *standards* probatórios e de meios de aperfeiçoamento da fundamentação se insere, pois, na necessária evolução do Direito Processual como um ramo jurídico voltado à minimização das injustiças, defesa dos direitos humanos-sociais e proteção da dignidade dos seres humanos, especialmente os mais vulneráveis.

A responsabilidade pela concretização do Estado Democrático de Direito vai muito além da exigência de juízes tecnicamente preparados para a valoração das provas, porque envolve o estímulo à cultura dos valores éticos, do respeito ao próximo, do exercício da cidadania responsável e da utilização do direito como meio democrático de promoção da justiça, não como instrumento de opressão.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. Salvador: Juspodivm e Malheiros, 2020.
- ANDREASSA, João Victor Nardo. **Processo civil democrático: Código de processo civil de 2015 e o combate ao protagonismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOCHENEK, Antônio César; COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Democracia e Constitucionalismo: Uma Tensão Capaz de Afastar a Presunção de Constitucionalidade das Leis?. Revista FAPAD - Revista da Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito, Curitiba (PR), v. 1, p. e 031, 2021. Disponível em: <https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/31> . Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2023.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 jun. 2023
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. . Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais (Exegese do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015).. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, p. 125-158, 2019.
- CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Imprensa: Curitiba, Juruá, 2014 a.
- CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014 b.
- CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um Processo. 2. ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.
- CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. Fundamentos da decisão no Novo CPC: o contraditório forte e os precedentes. Jundiaí: Paco Editorial: 2014.
- COSTA, Ilton Garcia da; ANDREASSA, João V. N.; CAMBI, Eduardo A. S. Amicus Curiae Como Amigo da Democracia Processual na Produção de Padrões Decisórios que Tratam de Direitos Humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 36, p. 276-300, 2022.
- COSTA, Ilton Garcia da. Paz e serviços públicos. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 8, p. 1879-1892, 2022
- COSTA, Ilton Garcia; REZENDE, Rita de Cássia. Liberdade, igualdade e democracia: o trabalho humano como liberdade e suas implicações para a democracia. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 18, n. 01, p. 272 - 299, dec. 2019. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3218>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- COSTA, Ilton Garcia. **Prova Pericial na Justiça do Trabalho. Justiça do Trabalho**, Porto Alegre RS BR, v. 214, n.214, p. 32-55, 2001
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoración Racional da Prova. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed.

São Paulo: editora JusPodivm, 2021 a.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021 b.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova e verdade no direito. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prueba y Verdad en el Derecho. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FONTES, Francisco Lucas de Lima et al. Da democracia participativa à desdemocratização no Brasil: instituições de participação em crise. *Research, Societ y and Development*, v. 1 1, n. 5, 2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/28534/24774>. Acesso em: 25 abr. 2023.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 44, abr. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 24 abr. 2023.

MEDEIROS, Pedro. Uma introdução à teoria da democracia. Curitiba: InterSaberes, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Motivação e fundamentação das decisões judiciais. *In: III Congresso Internacional de Ciência, Tecnologia e Inovação e XVII Encontro Anual de Iniciação Científica da UNIPAR*, 2018, Umuarama. *Anais do III Congresso Internacional de Ciência, Tecnologia e Inovação e XVII Encontro Anual de Iniciação Científica da UNIPAR*. Umuarama, 2018.

PEIXOTO, Ravi. 2021. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. maio a agosto de 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569>. Acesso em: 01 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2018.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Júnior; TACCA, Adriano. A verdade no Novo CPC: por uma construção hermenêutica. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. v.2. n.1. jan/jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/463>. Acesso em: 01 jul. 2023.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (Universidade Federal de Santa Maria)**. v. 13, n. 2 / 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

VÁZQUEZ, Carmem (Org.). Estándares de prueba y prueba científica. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Anexo I - PROJETO DE LEI ORDINÁRIA Nº 01/2023

Disciplina critério essencial para inclusão em deliberações judiciais, para o fim de ser feito o cotejo entre a prova inserida no processo e o resultado adotado pelo julgador; altera a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta lei disciplina critério essencial para inclusão em deliberações judiciais, para o fim de ser feito o cotejo entre a prova inserida no processo e o resultado adotado pelo julgador, alterando a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

Art. 2º - O art. 489, §1º, da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 489.
.....
.....
§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
(...)
VII – julgar sem fazer o devido cotejo da prova encartada no processo com o resultado adotado pelo julgador.
.....
.....

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Este projeto tem por objetivo aprimorar as deliberações judiciais apresentando critério mínimo de análise da prova inserida no processo, com vista a implementá-lo e torná-lo operativos no direito, visando coibir a arbitrariedade ou o subjetivismo do julgador, visto que a decisão judicial quando amparada em elementos robustos de prova, atrelada a critérios racionais do sistema, amplia a legitimação dos atos proferidos pelo Poder Judiciário, fortalecendo o preceito fundamental da democracia.

Tal medida se justifica em função da relevante função e enfoque fundamental da prova, como meio de dar maior sustentabilidade racional e jurídica na definição e tomada de decisão, assim, por consequência, haverá

uma maior força e legitimação das decisões judiciais que tendem a se tornar mais justas e tendentes à construção de um processo com maior caráter democrático, razão pela qual conto com o apoio dos nobres Parlamentares para discussão e aprovação deste projeto.

Sala das Sessões, em Brasília/DF, 30 de junho de 2023.

O NOVO SISBAJUD E SUAS FUNCIONALIDADES: O USO DA FERRAMENTA NA PRÁTICA CÍVEL FORENSE

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos⁵⁷, Paulo Guilherme Mazini⁵⁸,
Nicolle Ribeiro Moreno⁵⁹

RESUMO

Este artigo apresenta as inovações e ferramentas trazidas pelo Sisbajud, em especial a Teimosinha, modalidade de reiteração de ordens de penhora; e a possibilidade de obtenção de cópias dos extratos bancários e das faturas de cartão de crédito. Além de apresentar as ferramentas, sopesa-se seu uso junto aos limites jurídico-constitucionais inerentes, bem como sugere-se hipóteses de utilização na prática cível forense. Ao final, apresenta-se sugestões de aprimoramento, bem como a atualização jurisprudencial sobre a ferramenta junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: sisbajud; sistemas de busca patrimonial; penhora; funcionalidades; teimosinha.

INTRODUÇÃO

O processo civil⁶⁰ concede à parte na busca pelo direito material, nos casos de pretensão resistida, dois tipos de tutela: uma de accertamento ou

⁵⁷ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Especialista em Direito Processual Civil pela UEPG, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. mediadora certificada pelo ICFML (Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP; e do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Pesquisa nas áreas de Direito Processual Civil e Direito Civil, com ênfase em Direito das Famílias e Sucessões. Advogada. E-mail: ritavasconcelos@unibrasil.com.br

⁵⁸ Doutorando em Direito Processual Civil (USP). Mestre em Direito (UFPR). Especialista em Direito Processual Civil (IBEJ). Professor de Processo Civil do Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado (PPGD-UFPR). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: pgmazini@uol.com.br

⁵⁹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. E-mail: nicolleribeiro@outlook.com Advogada.

⁶⁰ THEODORO Jr., Humberto. **Processo de Execução e Cumprimento de Sentença**. E-book. Disponível em: Minha Biblioteca, 30th edição. Grupo GEN, 2020. P. 01.

definição e outra de realização ou satisfação. A primeira acontece por intermédio da sentença, ato processual apto a tutelar o direito postulado pela parte autora e certificá-la, que declara a real situação do objeto da lide. A segunda, é a chamada tutela executiva, a partir da qual o Poder Judiciário faz efetivar o direito material reconhecido na sentença com a finalidade de realizar no plano fático uma prestação que deveria ter sido efetuada pelo devedor, numa atividade de sub-rogação de vontade (em substituição a ele) voltada a expropriar – os chamados atos expropriatórios –, utilizando o seu acervo patrimonial para tanto, de modo forçado ou, eventualmente, impondo medidas de coerção indireta nas hipóteses de prestações de fazer ou não fazer.⁶¹

A tutela executiva pressupõe a existência de título executivo⁶², documento que positiva a existência de obrigação certa, líquida e exigível⁶³, autorizando o início da prática de atos jurisdicionais executivos. Os títulos executivos podem ser judiciais⁶⁴, cujo cumprimento dar-se-á por cumprimento de sentença, bem como extrajudiciais⁶⁵, hipóteses na quais os atos executivos serão realizados por meio de processo de execução, salvo na hipótese de o credor optar por positivar o título através de sentença, promovendo-se demanda em fase cognitiva que, se acolhido o pedido formulado na petição inicial, os atos executivos serão realizados por meio de cumprimento de sentença.

Os atos executivos não são automaticamente realizados, demandando que o exequente realize pesquisa patrimonial por conta própria ou solicite ao juízo em que tramita a execução judicial que realize busca junto aos sistemas de pesquisa conveniados com objetivo de encontrar bens passíveis de penhora.

Os sistemas eletrônicos conveniados aos tribunais são, em regra, desenvolvidos ou autorizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁶⁶ Tais sistemas servem para otimizar a tutela satisfativa, já que possibilitam, por exemplo, o acesso aos ativos financeiros, às declarações de imposto de renda, aos veículos automotores em nome do devedor, dentre outras possibilidades.

Entre os diversos sistemas à disposição dos credores para busca patrimonial, existe o chamado Sisbajud - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, disponibilizado pelo CNJ no ano de 2021. Esta tecnologia possui

⁶¹ Art. 536 do Código de Processo Civil – CPC.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 819.

⁶³ Art. 783 do CPC.

⁶⁴ Rol disposto no art. 515 do CPC.

⁶⁵ Rol disposto no art. 784 do CPC.

⁶⁶ “O CNJ é um órgão do Poder Judiciário que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.” **QUEM SOMOS, Portal CNJ**, 2022. Disponível em: <https://wwwh.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/Acesso em: 05 jan. 2022>.

diversas ferramentas que podem – e devem – ser utilizados pelos credores de títulos executivos na prática forense, com a finalidade de otimizar a efetividade jurisdicional. À vista disto, este artigo tem como objetivo apresentar as principais funcionalidades existentes dentro do Sisbajud, assim como, delimitar, de modo concomitante, as balizas constitucionais e legais da aplicação de tais ferramentas para que seja possível satisfazer o crédito judicial ou extrajudicial, sem violar as regras e princípios⁶⁷ que regem a tutela satisfativa.

Para a consecução desse fim, optou-se por uma pesquisa exploratória, com o uso do método dedutivo, em que serão analisadas a doutrina e a jurisprudência relevante na matéria. Além disso, utilizou-se pesquisa empírica nas visitas de campo junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para aferir como funciona o Sisbajud, bem como nos processos-modelo escolhidos para materializar o sistema.

Afora desta parte introdutória, o artigo apresenta uma discussão dos resultados, explorando os principais pontos que podem ser aprimorados pelo CNJ e, logo após, as considerações finais.

1 SISBAJUD: COMO FUNCIONA O NOVO SISTEMA

O Sisbajud é fruto de um gradual aprimoramento dos meios de penhora de ativos na história da persecução patrimonial no Brasil. Trata-se de um sistema que engloba as diversas modificações realizadas ao longo da história da penhora sobre dinheiro no país.

A penhora sobre dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicado em instituição financeira, é prioritária, segundo o disposto no art. 835, caput, I, e § 1º, do CPC (correspondente ao art. 655, I, do Código de Processo Civil de 1973). Para viabilizar a prioridade, atualmente, é necessário que seja utilizada a tecnologia disponível, tal qual o Sisbajud.

Este sistema eletrônico é fruto do Convênio n. 001/2008⁶⁸ entabulado entre o Banco Central do Brasil e o CNJ. A tecnologia possui diversas funcionalidades e, dentro delas, o envio de ordens judiciais de constrição com a finalidade de possibilitar a penhora de ativos financeiros em todas as contas

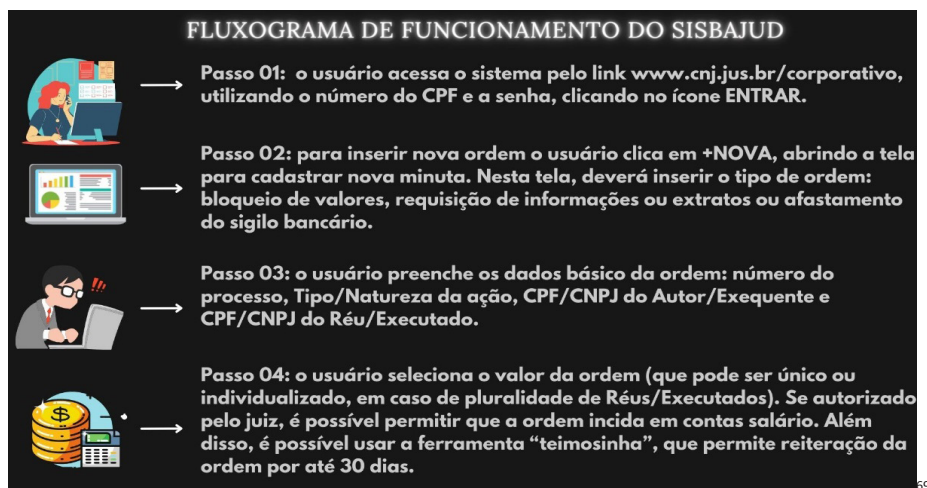
⁶⁷ “Ronald Dworkin e Robert Alexy defendem uma separação forte entre regras e princípios em função da diferente estrutura lógica das espécies normativas.”. SACRAMENTO, Bruno. **A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista Direito GV, v. 15, n. 2, 2019, e1917. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917>. Acesso em 02 de abril de 2022.

⁶⁸ CONVÊNIO N. 001/2008. **Portal CNJ**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/transparenciacnj/acordos-termos-e-convenios/convenios/convenio-n-0012008/>. Acesso em: 24 out. 2021.

bancárias vinculadas ao nome do devedor/executado, através de consulta realizada pelo Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF).

O sistema é usualmente operado pelos servidores dos cartórios e gabinetes lotados nos diversos tribunais pátrios, por meio de autorização do juiz realizada na própria tecnologia. Nas pesquisas empíricas desenvolvidas neste trabalho, foi possível constatar que o sistema é muito simples de ser utilizado e, a despeito de exigir certa atenção do servidor que estiver preenchendo as informações, inexistente óbice maior para ser operado. Trata-se de um sistema intuitivo, que faz com que a pessoa que estiver operando consiga movimentar sem complexidades, demandando apenas atenção no preenchimento dos dados determinados pelo próprio sistema.

Ilustrando o funcionamento sistema, apresenta-se a tabela de elaboração própria que demonstra as etapas pelas quais o usuário passa para inserir a ordem no Sisbajud:



Verificou-se, que o sistema, no que concerne à facilidade de utilização, é extremamente bem desenvolvido, assim como se presta a materializar os objetivos do CNJ ao desenvolvê-lo. Para mais, constatou-se que os usuários que o operam diariamente apenas devem estar atentos às informações que estão incluindo, uma vez realizado o trabalho com atenção, a tecnologia irá servir aos fins que se presta.

⁶⁹ Tabela elaborada pelos autores.

2 FERRAMENTAS DO SISBAJUD

As ferramentas de busca patrimonial, são disponibilizadas ou autorizadas pelo CNJ, como o Sisbajud, o Renajud e o Infojud. As funcionalidades ou funções, por seu turno, são instrumentos desenvolvidos dentro de tais sistemas como, por exemplo, a Teimosinha, que é uma funcionalidade desenvolvida dentro do Sisbajud. Para fins de melhor didática, neste tópico, escolheu-se condensar a descrição das funcionalidades às análises realizadas, com sugestões de uso. Além do mais, sopesou-se as balizas que devem ser utilizadas pelo julgador para que, de um lado, não haja violação aos princípios constitucionais que pautam o devido processo constitucional e, de outro, possibilite a tutela satisfativa integral ou o auxílio na consecução desta.

2.1 TEIMOSINHA

A reiteração automática de ordens de bloqueio⁷⁰ alcunhada⁷¹ por toda comunidade jurídica como Teimosinha, pode ser considerada a grande inovação no campo de pesquisa patrimonial disponibilizada pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ) no ano de 2021. A funcionalidade apresentada em fevereiro de 2021 pelo CNJ⁷², permite que as ordens de bloqueios autorizadas pelos juízes sejam repetidas pelo sistema de forma automática até que o valor total da dívida por processo seja concluído, pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Até então⁷³ o juiz emitia uma ordem de rastreamento de bens para nas contas dos devedores, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas e, caso não fossem encontrados ativos financeiros, o juiz deveria ficar renovando essa ordem sistematicamente.

A Teimosinha surge, então, com o propósito de eliminar essa renovação, realizando a busca de ativos pelo prazo de 30 (trinta) dias, sem necessidade de intervenção humana.

⁷⁰ SISBAJUD - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá**, 2021. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/sisbajud.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁷¹ Neste trabalho adotou-se como nomenclatura de modo uníssono a denominação Teimosinha, comumente utilizada entre os operadores do Direito.

⁷² JUSTIÇA AMPLIA BLOQUEIO DE VALORES PARA QUITAR DÍVIDAS. **Portal CNJ**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-amplia-bloqueio-de-valores-para-quitar-dividas/>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁷³ Idem.

2.1.1 O funcionamento das ordens

A ordem pode ser conceituada como o envio de um pedido judicial às instituições financeiras em que o executado possui vínculo jurídico para o fim de realizar a constrição do valor determinado na decisão. Cada ordem possui um dia determinado e um horário. Estes dados não são isonômicos em todos os bancos, cada banco cumpre em um determinado horário, nos dias subsequentes ao envio da ordem pelo Sisbajud.

É a partir deste conceito que os tópicos seguintes devem ser compreendidos, já que até mesmo as críticas ao funcionamento do sistema serão fundamentadas utilizando esta conceituação.

2.1.2 A pluralidade das ordens e o mito da reiteração

O Sisbajud emite 10 (dez) ordens em dias aleatórios ao longo de até 30 (trinta) dias – prazo máximo da reiteração -, sem necessidade de intervenção humana na reiteração. O prazo é inserido pelo operador do sistema no momento da inclusão da ordem, sendo possível a escolha de 1 (um) a 30 (trinta) dias de reiteração. A reiteração é, portanto, a emissão automática de ordens em dias aleatórios. Logo, não há uma busca ininterrupta nas contas do executado, como o nome pode presumir.

Em suma, o Sisbajud apenas aumentou as tentativas em que o executado é submetido à pesquisa, em uma ampliação do número de ordens enviadas pelo sistema, o que acarreta, na prática, que o executado receba em suas contas dez ordens aleatórias em dias diferentes durante o prazo. No entanto, ainda há possibilidade de movimentar voluptuosos valores via *pix*, por exemplo, e não haveria informação junto ao Sisbajud – necessário assentar que o *pix* apareceria na hipótese de requisição de cópias dos extratos bancários, que em seguida será estudada.

2.1.3 A ferramenta na prática: pesquisa de campo junto ao tribunal de justiça do paraná

Com a finalidade de materializar as informações contidas no Manual do Sisbajud, assim como aferir na prática o efetivo funcionamento do sistema, realizou-se pesquisa empírica junto ao Tribunal de Justiça do Paraná. Averiguou-se como as ordens que utilizavam a Teimosinha eram emitidas.

Alguns processos-modelo foram destacados para que a análise fosse realizada e, inobstante a natureza pública dos processos compulsados, por excesso de cautela, optou-se por omitir o número dos autos, assim como

os demais dados das partes envolvidas, já que a análise é objetiva, não demandando qualquer identificação das partes. A única identificação será a dos protocolos, que não fazem menção às partes envolvidas.

Na pesquisa, inicialmente foram emitidos dois protocolos: 2022000170318 e 20220000532674. O prazo inserido foi de 30 (trinta) dias – período de reiteração máximo permitido pelo Sisbajud. Transcorrido o período de 30 dias, os resultados dos protocolos foram encaminhados. Cumpre mencionar que os dias e horários pesquisados foram incluídos na tabela adiante colacionada. O terceiro protocolo - Protocolo 20210007875202 - foi solicitado posteriormente com a finalidade comparativa, porque as duas ordens realizadas no dia 28 de janeiro de 2022 foram idênticas, em relação aos resultados e datas de cumprimento:

Protocolo 2021000787520 ²	Protocolo 20220001703181	Protocolo 20220000532674
Data - 23/11/2021 14:16	Data - 28/01/2022 17:54	Data - 28/01/2022 17:59 ¹
Data das ordens	Data das ordens	Data das ordens
23/11/2021 - 14:16	28/01/2022 - 17:54	28/01/2022 - 17:59
25/11/2021 - 06:47	01/02/2022 - 06:42	01/02/2022 - 06:42
29/11/2021 - 07:08	03/02/2022 - 06:41	03/02/2022 - 06:41
01/12/2021 - 06:33	07/02/2022 - 07:07	07/02/2022 - 07:07
03/12/2021 - 06:46	09/02/2022 - 06:53	09/02/2022 - 06:53
07/12/2021 - 07:10	11/02/2022 - 10:18	11/02/2022 - 10:18
09/12/2021 - 06:43	15/02/2022 - 07:43	15/02/2022 - 07:43
13/12/2021 - 06:54	17/02/2022 - 08:10	17/02/2022 - 08:10
15/12/2021 - 06:40	21/02/2022 - 13:18	21/02/2022 - 13:18
17/12/2021 - 06:00	23/02/2022 - 07:49	23/02/2022 - 07:49
21/12/2021 - 06:09	25/02/2022 - 06:48	25/02/2022 - 06:48

O primeiro resultado aferido na pesquisa foi que a primeira ordem ocorreu no exato momento em que o usuário protocolou o pedido, por este motivo, a data e horário do protocolo coincidem com a primeira ordem. Notou-se que as duas ordens protocoladas (Protocolos 2022000170318 e 20220000532674) no mesmo dia (28/01/2022) - com ressalva das primeiras ordens que foram emitidas no exato momento em que o servidor as inseriu no sistema -, todas as demais reiterações ocorreram em horário idêntico.

O segundo foi que – como anteriormente abordado -, a Teimosinha emite dez ordens em dias aleatórios, usualmente pela manhã (apenas duas ordens foram realizadas no período vespertino), durante o prazo de trinta dias. Igualmente, conferiu intervalo mínimo de dois dias entre as ordem e máximo

de seis dias, ou seja, após protocolada a ordem no sistema, embora não haja ordem cronológica, há um período máximo entre as ordens.

Em relação ao cumprimento das ordens, descobriu-se que, malgrado a maioria dos bancos cumpriram a ordem no mesmo dia (24 horas) em que o Sisbajud enviou a ordem, alguns, como o ITAÚ UNIBANCO S.A., por exemplo, chegou a demorar mais de seis dias para enviar resposta ao sistema. O problema ocorreu na ordem protocolada 20220001703178, na qual o Sisbajud encaminhou a ordem de busca em 25/02/2022 às 06:48 e recebeu a resposta do ITAÚ UNIBANCO S.A apenas em 02/03/2022 às 20:42, após seis dias do envio.

Constatou-se também que outros bancos realizaram o cumprimento apenas após três dias, no entanto, a demora ocorreu pelo fato de as ordens terem sido enviadas na sexta-feira (28/01/2022) e cumpridas apenas na segunda-feira (31/01/2022), quando há expediente bancário.

Os resultados do envio das ordens não foram satisfativos, em nenhum dos três protocolos analisados houve êxito na satisfação do crédito em questão. Apenas em um dos casos foi penhorado valor irrisório de R\$0,03 no Protocolo 20220000532449. Apesar de o valor ter sido irrisório, foi interessante perceber que a próxima ordem encaminhada já debitou o R\$0,03 penhorado anteriormente, sem necessidade de qualquer intervenção humana. Exemplificando: a primeira ordem foi protocolada em 28/01/2022 no valor de R\$ 8.449,55. Em 31/01/2022 a ordem foi cumprida pelo ITAÚ UNIBANCO S.A, bloqueando o valor de R\$0,03. A próxima ordem, enviada 01/02/2022 já considerou o bloqueio e foi emitida no valor de R\$ 8.449,52.

Oportuno ressaltar que um dos problemas verificados nos sistemas de penhora em dinheiro pretéritos ao Sisbajud era a frequente penhora excessiva, que demandava peticionamentos urgentes e decisões judiciais céleres. A Teimosinha readéqua o valor da ordem a depender das respostas obtidas, solucionando o problema até então enfrentado.

Conclui-se que a ferramenta realiza o envio de dez ordens de bloqueio às instituições bancárias se programada na modalidade de reiteração pelo prazo máximo de dez dias. Não se verificou, nos casos analisados, nenhuma penhora em valor relevante para satisfazer os créditos exequendos.

Percebeu-se ainda que há demora no cumprimento das ordens encaminhadas por determinadas instituições bancárias, algumas em decorrência dos finais de semana em que não há expediente bancário, outras não há justificativa. Além do mais, constatou-se que a primeira ordem enviada pode informar o devedor que poderão ocorrer mais nove ordens ao longo daquele mês, vez que, se penhorado qualquer valor, a instituição bancária irá comunicar o devedor.

Por fim, verificou-se também que o uso da funcionalidade não pode ser obstado pelos magistrados sob o fundamento de que esta seria tão lenta quanto o antigo Bacenjud, como ocorreu nos autos 0012078-95.2016.8.07.0001 em trâmite perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.⁷⁴ A motivação do indeferimento do uso da funcionalidade foi o de que a operacionalização se torna tão demorada quanto uma busca individual por dia de reiteração. Não foi o que se viu, a busca amplia em dez vezes a quantidade de chances que o credor possui de encontrar algum valor em contas bancárias do devedor.

2.1.4 A utilização da teimosinha na prática forense

A Teimosinha pode ser utilizada na prática forense em diversos momentos processuais, reiterando que não há qualquer vedação seja constitucional seja legal para que os magistrados indefiram o pedido. A uma porque a utilização na modalidade de reiteração automática demanda o mesmo trabalho que a utilização na modalidade usual, como já assentado. A duas pelo fato de o devedor responder com todos os seus bens, presentes e futuros, ressalvados alguns bens que são protegidos, como é o caso dos bens impenhoráveis.⁷⁵ Assente-se que, em se tratando de bens impenhoráveis o ônus da prova⁷⁶ (art. 854, §3º, I, do CPC), recai sobre o devedor, ou seja, não haveria qualquer óbice ao deferimento desta medida, mas sim um contraditório diferido. Ademais, o deferimento da medida observa o disposto no art. 835, do CPC, que disciplina a ordem de preferência da penhora e, no inciso I, assenta que o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira e sua penhora (art. 835, §1º, do CPC) devem ser prioritários.⁷⁷

Destarte, inexistente justificativa no ordenamento jurídico que obste a utilização da funcionalidade de reiteração, passível, inclusive, na hipótese de indeferimento, de interposição de recurso de agravo de instrumento quando proferida a decisão em cumprimento de sentença, nos termos do art. 1015, parágrafo único, do CPC.

⁷⁴ JURISPRUDÊNCIA. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2022. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>, Acesso em: 17 abr. 2022.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640959>. Acesso em: 06 abr. 2022. p 73.

⁷⁶ SÁ, Renato Montans D. **Manual de direito processual civil**. Editora Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617470>. Acesso em: 06 abr. 2022. p.1532.

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim. A. **Novo CPC para Advogados**, 2. ed. Grupo GEN, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981716>. Acesso em: 06 abr. 2022. p 186.

No que diz respeito às possibilidades de utilização prática da funcionalidade, em rol exemplificativo, é possível citar diversos momentos processuais em que a Teimosinha pode ser requerida pelos operados do Direito na prática forense.

O primeiro deles, por óbvio, é na hipótese de o prazo para pagamento voluntário ter transcorrido sem o pagamento, ou seja, no início do cumprimento de sentença, assim como nos atos executórios do processo de execução.

Um segundo momento consistiria em utilizá-la nas tutelas provisórias, tanto na satisfativa como cautelar, em relação às satisfativas, pense-se na hipótese de o executado em um processo de execução estar se desfazendo de todos os seus bens, seria possível o deferimento da medida para, antes da citação, realizar o bloqueio de tais valores. Inclusive, esta hipótese poderia se encaixar como medida acautelatória, haja vista que igualmente garantiu o resultado útil do processo. Isso já ocorreu na prática, o juízo da 7ª Vara Cível do Foro Regional I de Santana do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos 1011109-59.2021.8.26.0001 autorizou o arresto e bloqueio online de ativos financeiros ainda em sede de ação de conhecimento, utilizando a Teimosinha como medida acautelatória.

Outra hipótese interessante de utilização que ainda não foi ventilada pelos operadores do direito seria a utilização da Teimosinha para satisfação dos créditos decorrentes de condenação aos ônus processuais. Nos Juizados Especiais, consoante ao disposto no art. 51, inciso I, da Lei 9.099/95, o processo será extinto quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências. Extinto o processo, o autor deverá arcar com o pagamento das custas do processo. Neste caso, os cartórios emitem boleto de custas e encaminham ao autor. Pense-se na hipótese de inadimplemento, além do protesto, por que não utilizar a Teimosinha para o pagamento destes valores? O título é dotado de todos os pressupostos de exigibilidade, liquidez e certeza, não havendo óbice para utilização da Teimosinha para pagamento destes valores nesta hipótese.

Outra oportunidade de utilização é o pagamento de custas processuais remanescentes, na hipótese de inadimplemento seria possível que o cartório formulasse, nos próprios autos, pedido de utilização da Teimosinha para pagamento destes valores.

Em suma, são diversas as possibilidades de utilização da ferramenta, o rol exemplificativo ora formulados apenas se presta a título exemplificativo, a criatividade dos advogados será de grande valia, considerando que, como já visto, a funcionalidade permite diversas utilizações, bastando criatividade e motivação legal.

2.1.5 A jurisprudência e a teimosinha: tribunal de justiça do estado do paraná

O Tribunal de Justiça do Paraná, até o momento, pouco explorou a abrangência da funcionalidade. Em consulta ao sítio eletrônico do TJPR⁷⁸, até abril de 2022, verificou-se a existência de apenas dez decisões que versam sobre a Teimosinha. Compulsando as dez decisões proferidas até a presente foi possível constatar os seguintes resultados:

- a) em duas delas houve a perda superveniente do objeto⁷⁹, sendo uma delas pelo fato de o órgão julgador de primeiro grau ter exercido juízo de retratação⁸⁰;
- b) em apenas uma decisão o recurso foi improvido sob o fundamento de que não é possível utilizar a Teimosinha para obter ordem penhora reiterada em verba oriunda de aposentadoria e pensão⁸¹;
- c) em seis decisões⁸² houve o provimento dos recursos interpostos após indeferimento no juízo de primeiro grau de pedido da utilização da Teimosinha;
- d) em uma ação, a última analisada, defendeu a possibilidade da utilização da Teimosinha na constrição de bens, como medida acautelatória, antes da citação dos executados, desde que, para tanto, haja a demonstração de preenchimento dos requisitos para tanto.⁸³

⁷⁸ JURISPRUDÊNCIA. Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR, 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

⁷⁹ TJPR - 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0002128-06.2021.8.16.9000 - Andirá - Rel.: JUÍZA DE DIREITO DA TURMA RECURSAL DOS JUÍZAADOS ESPECIAIS MARIA ROSELI GUIESSMANN - J. 13.08.2021.

⁸⁰ TJPR - 12ª C. Cível - 0072741-85.2021.8.16.0000 - Marechal Cândido Rondon - Rel. DESEMBARGADORA IVANISE MARIA TRATZ MARTINS - J. 10.12.2021.

⁸¹ TJPR - 1ª C. Cível - 0054121-25.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR RUY CUNHA SOBRINHO - J. 30.11.2021.

⁸² TJPR - 14ª C. Cível - 0049855-92.2021.8.16.0000 - Arapongas - Rel.: DESEMBARGADOR JOSE HIPOLITO XAVIER DA SILVA - J. 13.11.2021.; TJPR - 15ª C. Cível - 0051500-55.2021.8.16.0000 - Foz do Iguaçu - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS GABARDO - J. 04.12.2021; TJPR - 15ª C. Cível - 0059077-84.2021.8.16.0000 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS GABARDO - J. 04.12.2021; TJPR - 15ª C. Cível - 0055929-65.2021.8.16.0000 - Maringá - Rel.: DESEMBARGADOR HAYTON LEE SWAIN FILHO - J. 14.12.2021; TJPR - 17ª C. Cível - 0059121-06.2021.8.16.0000 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU HAMILTON RAFAEL MARINS SCHWARTZ - J. 14.12.2021; TJPR - 15ª C. Cível - 0056192-97.2021.8.16.0000 - Pinhão - Rel.: DESEMBARGADOR HAMILTON MUSSI CORREA - J. 14.12.2021.

⁸³ TJPR - 13ª C. Cível - 0044714-92.2021.8.16.0000 - Maringá - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ CAMACHO SANTOS - J. 28.01.2022.

Da análise das decisões e acórdãos acima citados, pôde-se concluir que o TJPR ainda não adentrou ao tema para o fim de fixar teses, delimitar a utilização do sistema, o que faz com reste prejudicada uma possível análise jurisprudencial aprofundada. Contudo, uma das decisões merece destaque e pode servir de fundamento para futuros pedidos de utilização da Teimosinha como medida acautelatória. A decisão é última analisada, denominada “d”, de relatoria do Desembargador José Camacho Santos. A decisão analisada foi proferida em um agravo de instrumento interposto após indeferimento do pedido de tentativa de bloqueio com o uso da Teimosinha. Para elucidar a questão decidida, faz-se necessário explicar que, na origem, tratava-se de processo de execução de título extrajudicial no qual, após diversas tentativas de citação, houve deferimento de *arresto*. Diversas foram as diligências realizadas, como busca junto ao Bacenjud, Infojud, CNIB e ofício à bolsa de valores BM&F-BOVESPA, BACEN, CETIP e CVM (mov. 208.1) e ao Sisbajud. Realizou-se ainda busca junto ao Sisbajud, todas as tentativas foram inócuas.

No julgamento do recurso, o Relator destacou que o *arresto* e demais atos constritivos somente são possíveis após a citação ou se demonstrado perigo de dano de difícil ou impossível reparação, pela parte exequente, o que não foi verificado na hipótese. O recurso manteve a decisão agravada. Da análise do julgado, é possível extrair que ao pleitear o uso da Teimosinha como medida acautelatória, o peticionante deve se atentar aos parâmetros fixados naquela decisão, porque foi caracterizada como medida excepcional, que demanda fundamentação no mesmo sentido.

2.1.6 Resultados práticos da teimosinha: um ano da funcionalidade

O Portal Conjur⁸⁴, citando dados disponibilizados pelo Painel Estatístico do Sisbajud⁸⁵, apresentou informação de que o Sisbajud registrou aumento de 21% (vinte e um por cento) nos depósitos judiciais destinados ao pagamento de credores nos feitos em trâmite no Poder Judiciário. O aumento de um quinto é notável e justificável pelas razões acima demonstradas, vez que o número de ordens foi ampliado em dez vezes, ou seja, o aumento de 21% (vinte e um por cento) é fruto das outras dez oportunidades em que houve reiteração da ordem.

A matéria ainda apresentou o aumento número de depósitos judiciais ainda reproduziu entrevista concedida pelo juiz auxiliar da Presidência do CNJ

⁸⁴ UM ANO DE SISBAJUD: DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA PAGAMENTO DE CREDORES CRESCERAM 21%. **Portal Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr08/depositos-judiciais-cresceram-21-instalacao-sisbajud>, acesso em: 17 abr. 2022.

⁸⁵ PAINEL ESTATÍSTICO DO SISBAJUD. **Portal CNJ**, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Adriano da Silva que, dentre outras coisas, afirmou que: “A Teimosinha gera naturalmente uma maior quantidade de bloqueios de valores porque uma mesma ordem de bloqueio se repete a cada 48 horas”. A informação fornecida pelo magistrado não corrobora as conclusões apresentadas neste trabalho, já que, como visto, a reiteração não segue ordem cronológica, ao revés, não possível delinear de modo efetivo o algoritmo. Fala-se isto porque, caso a informação corroborasse a pesquisa empírica, em trinta dias, teriam ocorrido quinze ordens (a cada 48 horas), o que não foi verificado.

O Sisbajud emitiu dez ordens de reiteração no período de trinta dias, mas não foi possível afirmar quando irá ocorrer – o que de certo modo é ótimo para os credores, vez que o devedor não poderá saber quando ocorrerá a próxima ordem -, salvo a primeira ordem, já que esta ocorre assim que o servidor insere a ordem junto ao Sisbajud.

Esclarecida a incorreção inserta na matéria e, voltando aos resultados apresentados, faz-se imperioso mencionar a representação em números destes 21%: em 2021, os valores penhorados somaram R\$ 18,9 bilhões e, comparando com 2020, verifica-se significativo aumento, já que ao longo do ano inteiro de 2020 foram recuperados apenas R\$ 15,7 bilhões.⁸⁶ A matéria⁸⁷ analisada ainda esclarece que grande parte dos valores obtidos foi destinado à quitação de dívidas decorrentes de processos da Justiça trabalhista.

2.2 FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

Em que pese a Teimosinha ter sido a ferramenta mais comentada e comemorada dentre as funcionalidades, existem diversas outras ferramentas desenvolvidas dentro do Sisbajud que podem representar significativo avanço e otimização dos princípios da duração razoável do processo e da eficiência da prestação jurisdicional, um dos casos é a possibilidade de obtenção de cópias das faturas de cartão de crédito.

A utilização dos cartões de crédito como meio de pagamento é crescente. Somente no Brasil, segundo levantamento do Banco Central, os cartões de crédito em uso no país chegaram a 123 milhões em 2019.⁸⁸ Muitas pessoas, por exemplo, utilizam o limite como forma de postergar o pagamento de todas as suas compras, bem como de realizar um planejamento financeiro em um só local.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ CARTÕES DE CRÉDITO EM USO NO PAÍS CHEGARAM A 123 MILHÕES EM 2019. Agência Brasil, 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/cartoes-decredito-em-uso-no-pais-chegaram-123-milhoes-em-2019>. Acesso em: 30 mar. 2022.

O Sisbajud, prestigiando a nova realidade, implantou funcionalidade que possibilita a obtenção de cópias das faturas de cartão de crédito dos executados/devedores. Esta funcionalidade pode ser utilizada em diversos momentos processuais, não apenas na execução ou no cumprimento de sentença propriamente ditos. Uma das ocasiões é logo no início da marcha processual, na hipótese de o autor pleitear a concessão da gratuidade judiciária. O usual pedido de apresentação de documentos probatórios poderia ser substituído pela utilização desta funcionalidade, por exemplo. O juiz pode, na hipótese de dúvida, determinar que sejam requisitadas as últimas doze faturas de cartão de crédito do autor para o fim de comprovar a dita hipossuficiência financeira. Embora tenha-se mencionado o pedido logo no início do processo, nada impede que seja a requisição realizada em outros momentos da marcha processual, já que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.⁸⁹

A funcionalidade ainda pode ser aproveitada nos casos de fraude à execução ou fraude contra credores com objetivo de levantar provas – em caso de dúvida – acerca do desfazimento do patrimônio, tal qual na hipótese da obtenção de cópia dos extratos das faturas do cartão de crédito. Note-se que na primeira hipótese, o ônus da prova é sempre do credor, com fundamento na Súmula 375/STJ⁹⁰, que afirma que sem o registro da penhora ou prova da má-fé do adquirente, não há que se falar em fraude à execução.⁹¹

Deste modo, averiguou-se que é possível fundamentar a utilização da funcionalidade para que o juiz verifique, por meio das faturas, se o devedor está ou não se desfazendo de seu patrimônio com o objetivo de reduzir-se a insolvência. A prova, em casos como este, é difícil, diabólica, que pode ser conceituada como a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio sendo capaz de permitir tal demonstração.⁹²

Outra utilização seria no campo das tutelas nas tutelas provisórias. Uma das hipóteses é como providência acautelatória, que pode ser proveniente

⁸⁹ BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil** - volume único*, p. 94.

⁹⁰ AgRg no AREsp 48.147/RN, Rel. Ministro Sidnei Beneti, terceira turma, julgado em 7/2/2012, DJe 24/2/2012.

⁹¹ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**, 6. ed. Grupo GEN, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765>. Acesso em: 06 abr. 2022. p. 865.

⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 31. São Paulo: Dialética, 2005. p. 12.

de medidas nominadas ou inominadas (poder geral de cautela).⁹³ Ora, por vezes, a medida acautelatória pode parecer exacerbada ou desprovida de amparo probatório. Nestas situações, o credor poderia, por exemplo, solicitar ao juízo o bloqueio do cartão de crédito do devedor como medida cautelar, fundamentando que o devedor estaria se desfazendo de seu patrimônio, uma típica tutela de arresto. Diante disto, poderia o juiz, em caso de dúvida, determinar que seja realizada busca junto ao Sisbajud a fim de verificar se as alegações do credor são verossímeis.

Um quarto exemplo seria a utilização nas ações de alimentos, campo de vasta ocultação patrimonial com o objetivo de redução do valor das pensões. A ferramenta poderia ser utilizada para aferir a efetiva situação financeira do devedor de alimentos, como amparo probatório. A ideia deste quarto exemplo de utilização é justamente aferir faticamente se o devedor de alimentos que recebe determinada quantia deve ou não pagar um valor maior ou menor referente aos alimentos devidos.

Pense-se ainda a hipótese de uma ação de interdição do pródigo, promovida com fundamento nos arts. art. 747 do CPC e 1.767, V, do CC, seria possível aferir de plano a existência de desfazimento ou não do patrimônio. Em sede de ação de produção antecipada de provas, a funcionalidade aqui pode evitar a propositura de diversas das demandas acima referidas. Imagine-se: quem poderia propor uma demanda de interdição de um pretense pródigo se ele não está se desfazendo do patrimônio? Sequer haveria interesse processual.

Outra hipótese no campo da antecipação probatória poderia ser os referidos casos de fraude à execução e fraude contra credores, se não há fraude, não há interesse processual, logo, a funcionalidade possui aptidão para evitar uma demanda desnecessária junto ao Poder Judiciário.

As hipóteses ora mencionadas são um rol exemplificativo daquilo que se pode realizar na prática forense. Os advogados devem ser criativos, já que a funcionalidade possui uma infinidade de possibilidades de utilização, sendo o papel deste artigo apenas realizar a divulgação desta.

2.2.1 Direitos fundamentais em conflito. Parâmetros de restrição aos direitos em conflito

De outro lado, é necessário que se observem certos parâmetros para que não haja restrição desproporcional aos direitos fundamentais do

⁹³ MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina. **Processo Cautelar**: Estudos Avançados. Editora Manole, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446645>. Acesso em: 01 abr. 2022. p. 37.

executado/réu com a decretação desta medida. Os direitos fundamentais em incidência neste caso são sigilo bancário, sigilo financeiro, privacidade *lato sensu* e, em contrapartida, o direito à tutela integral e satisfativa e quiçá ao direito de ação (que se traduz na completude de todos os atos necessários a obtenção da tutela satisfativa). Será necessário realizar adequação harmônica destes direitos aparentemente em conflito.

A adequação harmônica de direitos fundamentais, por meio de sopesamento, deve ser realizada pelos magistrados quando do recebimento de tais pedidos. Há conflito entre direitos fundamentais que podem – e devem – ser enfrentados por uma decisão devidamente motivada, consoante ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Luis Roberto Barroso, em voto proferido em sede de RE 635.659⁹⁴, cujo objeto é a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, apresentou os limites às restrições dos direitos fundamentais, segundo ele, para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional, ou seja, observar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Segundo Barroso⁹⁵, citando Robert Alexy, o teste da proporcionalidade passa por três etapas de subprincípios que tornam legítimas a restrição realizada. A primeira delas é a verificação se a medida é (i) adequada aos fins que se presta, ou seja, se a restrição adota irá atingir a finalidade objetivada; a segunda (ii) é se a restrição é necessária, necessidade que deve ser entendida como a aferição de funcionalidade da medida; e a terceira é a conferência do proveito da medida restritiva, a partir da análise da (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Em resumo, antes de deferir a medida, deve o magistrado verificar se a medida é adequada, necessária e haverá mais a ganhar do que se perder com o deferimento, em relação ao último requisito, deve-se aferir se haverá maior ou menor efetividade processual.

Em relação ao direito ao sigilo de dados, é necessário ressaltar que a Lei Complementar 105/2001⁹⁶ já disciplina a questão. O art. 1º, §1º, inciso VI considera as administradoras de cartões de crédito como instituições financeiras e o §3º, inciso IV aduz que não constitui violação do dever de sigilo as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se

⁹⁴ RE 635659 RG. Repercussão Geral – Admissibilidade (Tema 506). Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 08/12/2011. Publicação: 09/03/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ THEODORO Jr., Humberto. **Lei de execução fiscal**. Editora Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547207991>. Acesso em: 01 abr. 2022. p 9.

para fins estranhos à lide. Portanto, a legislação pátria já abarca a possibilidade de o Poder Judiciário requisitar informações sem, contudo, incorrer em violação ao dever de sigilo de informações bancárias.

A questão posta, então, é garantir o caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide, nos termos do art. 3º, da Lei Complementar 105/2001.

Como a medida é adequada e necessária, apenas seria imperioso observar este sigilo. O Projudi, por exemplo, sistema de processo eletrônico adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, já possui funcionalidades que permitem a colocação de sigilo processual.

Com isso, o único óbice ao deferimento da medida seria o sigilo processual, é possível superá-lo se o magistrado, ao deferir a medida, determinar que as faturas de cartão de crédito possam apenas serem visualizadas pelas partes, como já ocorre quando há pesquisa junto ao Infojud, por exemplo.

Recomenda-se que, ao realizar este pedido ao órgão julgador, os advogados utilizem os parâmetros ora mencionados para fundamentar o deferimento, vez que, como dito, não há razão legal ou constitucional que corrobore com o indeferimento, sendo ônus daquele que formula o pedido calcar o pedido nestes requisitos.

2.3 EXTRATOS BANCÁRIOS

A última funcionalidade escolhida é a que permite ter acesso simultâneo aos extratos bancários do devedor. As possibilidades de utilização são muito similares àquelas acima mencionadas em relação às cópias dos cartões de crédito. Diante disto, para que evitar tautologia, em relação às possibilidades de utilização remete-se ao leitor ao tópico anterior e, no presente, analisar-se-á se a obtenção de extratos bancários configura ou não quebra de sigilo bancário passível de violar entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A questão ora analisa é pauta pelo fato de o STJ, em sede de REsp 1.951.176⁹⁷, ter proibido a quebra do sigilo bancário para a satisfação de um direito patrimonial disponível, tal como o adimplemento de obrigação pecuniária, de caráter eminentemente privado, principalmente na hipótese de existirem outros meios idôneos para satisfazer a pretensão. Para o relator, ministro Marco Aurélio Bellizze, a quebra de sigilo bancário destinada visando

⁹⁷ É INCABÍVEL A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA, DECIDE TERCEIRA TURMA. **Portal CNJ**, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06122021-E-incabivel-a-quebra-desigilo-bancario-como-medida-executiva-atipica--decide-Terceira-Turma.aspx>. Acesso em: 18 abr. 2022.

apenas a satisfação do crédito exequendo visando à tutela de um direito patrimonial disponível (privado) significa mitigar de modo desproporcional o direito fundamental, que decorre dos direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição) e do sigilo de dados (art. 5º, inciso XII), sendo o uso descabido como medida atípica. O acórdão citado ainda aduz, em interpretação legal aparentemente equivocada, que o art. 10 da LC 105/2001 tipificou como crime a quebra de sigilo bancário que não se destine a apuração de qualquer ilícito criminal (art. 1º, parágrafo 4º), bem como no caso de infrações administrativas (art. 7º) e de procedimento administrativo fiscal (art. 6º).⁹⁸

Como já dito, o art. 1º, §1º, inciso VI considera as administradoras de cartões de crédito como instituições financeiras e o §3º, inciso IV aduz que não constitui violação do dever de sigilo as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide. Note-se que, uma vez observados os parâmetros delineados de sigilo, é plenamente possível pugnar pelas cópias dos extratos bancários. A LC 105/2001 autoriza o pedido de informações, de modo que o Superior Tribunal de Justiça deve rever este entendimento, pelas razões ora mencionadas.

Assevere-se ainda que os advogados, ao formularem o pedido de cópias dos extratos bancários, podem usar como argumento o disposto na LC 105/2001, requerendo, de plano, que o sigilo das informações seja mantido.

Inexiste, portanto, qualquer razão de ordem legal ou constitucional para que o órgão julgador indefira os pedidos neste sentido, haja vista que a legislação pátria corrobora com o uso da tecnologia.

3 PRINCIPAIS CRÍTICAS. SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO AO SISBAJUD

A primeira crítica que deve ser empreendida ao Sisbajud diz respeito à Teimosinha, funcionalidade acima explorada e que, no entendimento do senso comum, poderia ser interpretada como uma ordem ininterrupta. Apesar de a funcionalidade ter ampliado o envio de ordens, é possível ainda melhorar como, por exemplo, implementar uma ordem única que dure o prazo de trinta dias. Esta melhoria funcionaria assim na prática: o SISBAJUD encaminharia uma única ordem de monitoramento pelo prazo inicial de 30 dias (após testes é possível ampliar o lapso temporal) e, após a busca ininterrupta nos trinta dias, a instituição bancária devolve a resposta, com ou sem penhora. Note-se que haveria economia de dados, já que a ordem única representaria a reiteração

⁹⁸ Idem.

que se viu na Teimosinha, sem o mesmo dispêndio de tempo e envio de dez ordens aleatórias que não se sabe se serão ou não efetivas.

Uma violação de ordem formal até então ocultada é o disposto no art. 854, §§ 2º e 3º, do CPC⁹⁹, segundo o qual, após tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente e, no prazo de cinco dias, deverá comprovar eventual impenhorabilidade ou indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. O Sisbajud não possui nenhum comando que permite ao operador a realização da intimação disposta no citado dispositivo legal, ou seja, apenas após transcorrido o prazo total da reiteração – sem manifestação voluntária do executado –, seria possível observar o comando de tais dispositivos legais. Pense-se na hipótese de uma das dez ordens encaminhadas lograr êxito, melhor, na hipótese de a primeira ordem ser parcialmente positiva, o operador será ter acesso após a última ordem, ou seja, após o prazo de trinta dias.

O último ponto a ser melhorado é o prazo de resposta das instituições bancárias, não é possível que ocorra, como se viu com o ITAÚ UNIBANCO S.A, a demora de seis dias entre o envio da ordem e a resposta da instituição. A tecnologia se presta a reduzir a morosidade do Poder Judiciário, não podendo essa corroborar a inefetividade da Justiça. Deve, portanto, o Conselho Nacional de Justiça exercer função fiscalizatória neste sentido, para que as instituições bancárias sejam compelidas a enviar com agilidade as respostas, preferencialmente, no prazo de 24 horas, contados do recebimento da ordem.

Essas são as principais considerações acerca do trabalho ora desenvolvido, em que pese tenham sido formuladas as presentes críticas, no geral, o Sisbajud se mostra muito eficiente e representa importante ferramenta no auxílio da busca pela tutela satisfativa célere e efetiva.

4 ATUALIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ SOBRE A TEIMOSINHA

Este trabalho foi elaborado entre o final de 2021 e o início de 2022, tendo sido finalizado nos idos de junho de 2022. De lá para cá, adveio interessante julgamento no Superior Tribunal de Justiça sobre a “Teimosinha”, em sede de Recurso Especial.¹⁰⁰ Diante disto, se fez necessário elaborar o presente tópico com o objetivo de proceder uma atualização jurisprudencial sobre a referida funcionalidade.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim A. **Comentários ao código de processo civil – volume XVII (arts. 824 a 875)**: da execução por quantia certa. Editora Saraiva, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600212/>. Acesso em: 14 abr. 2022. p 311

¹⁰⁰ REsp n. 2.034.208/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2022, DJe de 31/1/2023.

Nos tópicos anteriores, foi discutida a (i)legalidade da utilização da “Teimosinha”. Com felicidade, a conclusão exarada neste trabalho foi a mesma emitida pela Corte Cidadã: a funcionalidade é legal e visa aumentar a efetividade das decisões judiciais e aperfeiçoar a prestação jurisdicional, notadamente no âmbito das execuções.

Falou-se também que, por si só, não há ilegalidade, haja vista que a funcionalidade busca concretizar o contido nos arts. 797, caput, e 835, I, do CPC, os quais estabelecem, respectivamente, que a execução se desenvolve em benefício do exequente, e que a penhora em dinheiro é prioritária na busca pela satisfação do crédito.

Para tanto, há necessidade de verificar a adequação da medida em cada caso concreto, haja vista que é possível existir meio menor gravosos de dar satisfação ao crédito exequendo, na esteira do que dispõe o art. 805 do CPC.

Em resumo, o julgado concluiu que não existe óbice legal na utilização da funcionalidade, fixando igualmente que não é possível limitar a reiteração da emissão de ordens em abstrato, fazendo-se necessária análise das circunstâncias do caso concreto para tanto, por decorrência do princípio da menor onerosidade da execução.

Assim, denota-se que legalidade da funcionalidade foi corroborada pelo STJ, inexistindo impedimento para utilização desta no caso concreto, ressalvada a necessidade de observância de promover a execução por meios menos gravosos ao devedor de satisfação do crédito (art. 805 do CPC).

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, apresentou-se o Sisbajud, destacando a facilidade da utilização do sistema na prática forense. Para mais, analisou-se as funcionalidades do Sisbajud, que são possibilidades de utilização da ferramenta insertas no sistema.

A Teimosinha foi a funcionalidade mais analisada. Mostrou-se como funciona o envio das ordens às instituições bancárias e a reiteração, fundamentando na empírica junto ao Tribunal de Justiça do Paraná. Destacou-se que o novo sistema realiza o envio de dez ordens às instituições financeiras de modo aleatório e usualmente pela manhã, assim como que algumas instituições bancárias estão demorando mais que outras para responder às ordens encaminhadas. Em relação aos resultados, nos três protocolos analisados, os resultados foram infrutíferos e em apenas um deles houve penhora de R\$ 0,03 (três centavos). Compulsou-se também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a funcionalidade. Logo após,

sugeriu-se hipóteses de utilização da funcionalidade na prática forense, em rol exemplificativo.

Ao final, informou-se os resultados práticos da funcionalidade após um ano de implantação pelo CNJ.

Em seguida, o trabalho analisou mais duas funcionalidades do Sisbajud, quais sejam a possibilidade de obtenção de cópias das faturas de cartão de crédito, bem como dos extratos bancários. Neste ponto da pesquisa, falou-se sobre as possibilidades de utilização na prática forense e as balizas constitucionais e legais de utilização das funcionalidades. Conclui-se que inexistente óbice seja legal seja constitucional ao deferimento da medida, desde que seja observado o sigilo das informações apenas às partes envolvidas.

Foram apresentadas também algumas críticas ao Sisbajud, fundamentadas em sugestões de aprimoramento. Constatou-se que, embora a tecnologia tenha ampliado o envio de ordens, é possível implementar uma ordem única que dure o prazo de trinta dias. Foi também sugerido o envio de uma única ordem de monitoramento pelo prazo inicial de 30 dias e, após a busca ininterrupta nos trinta dias, a instituição bancária devolve a resposta, com ou sem penhora. Demonstrou-se ainda a violação de ordem formal do disposto no art. 854, §§ 2º e 3º, do CPC, segundo o qual, após tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente e, no prazo de cinco dias, deverá comprovar eventual impenhorabilidade ou indisponibilidade excessiva de ativos financeiros

Por fim, ressaltou-se a demora no envio das respostas às ordens encaminhadas pelas instituições bancárias, sugerindo que o Conselho Nacional de Justiça exerça função fiscalizatória para que elas sejam compelidas a enviar com agilidade as respostas, preferencialmente, no prazo de 24 horas contados do recebimento da ordem.

Finalmente, apresentou-se atualização jurisprudencial emitida recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça que, felizmente, atestou que a utilização da funcionalidade é lícita, desde que observado o princípio da menor onerosidade da execução.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**, 6. ed. Grupo GEN, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765>. Acesso em: 06 abr. 2022. p. 865.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 94 e 819.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 31. São Paulo: Dialética, 2005. p.12.
- CARTÕES DE CRÉDITO EM USO NO PAÍS CHEGARAM A 123 MILHÕES EM 2019. Agência Brasil, 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/cartoes-decredito-em-uso-no-pais-chegaram-123-milhoes-em-2019> Acesso em: 30 mar. 2022.
- CONVÊNIO N. 001/2008. Portal CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/transparenciacnj/acordos-terminos-e-convenios/convenios/convenio-n-0012008/>. Acesso em: 24 out. 2021.
- É INCABÍVEL A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA, DECIDE TERCEIRA TURMA. Portal CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltpp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06122021-E-incabivel-a-quebra-desigilo-bancario-como-medida-executiva-atipica--decide-Terceira-Turma.aspx>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- JURISPRUDÊNCIA. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2022. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>, Acesso em: 17 abr. 2022.
- JURISPRUDÊNCIA. Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR, 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2022.
- JUSTIÇA AMPLIA BLOQUEIO DE VALORES PARA QUITAR DÍVIDAS. Portal CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-amplia-bloqueio-de-valores-para-uitar-dividas/>. Acesso em: 14 dez. 2021.
- MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina. **Processo Cautelar: Estudos Avançados**. Editora Manole, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446645>. Acesso em: 01 abr. 2022. P. 37.
- NEVES, Daniel Amorim A. **Comentários ao código de processo civil – volume XVII (arts. 824 a 875)**: da execução por quantia certa. Editora Saraiva, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600212/>. Acesso em: 14 abr. 2022. p. 311.
- NEVES, Daniel Amorim. A. **Novo CPC para Advogados**, 2. ed. Grupo GEN, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981716>. Acesso em: 06 abr. 2022.
- PAINEL ESTATÍSTICO DO SISBAJUD. Portal CNJ, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- RE 635659 RG. Repercussão Geral – Admissibilidade (Tema 506). Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 08/12/2011. Publicação: 09/03/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 08 abr. 2021.
- SÁ, Renato Montans D. **Manual de direito processual civil**. Editora Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617470>. Acesso em: 06 abr. 2022. p 1532
- SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019, e1917. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917>. Acesso em: 02 abr. 2022.
- SISBAJUD - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, 2021. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/sisbajud.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765>.

minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640959. Acesso em: 06 abr. 2022.

HEODORO Jr., Humberto. **Lei de execução fiscal**. Editora Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547207991>. Acesso em: 01 abr. 2022.

THEODORO Jr., Humberto. **Processo de Execução e Cumprimento de Sentença**. *E-book*. Disponível em: Minha Biblioteca, 30th edição. Grupo GEN, 2020.

UM ANO DE SISBAJUD: DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA PAGAMENTO DE CREDORES CRESCERAM 21%. Portal Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr08/depositos-judiciais-cresceram-21-instalacao-sisbajud>, acesso em: 17 abr. 2022.

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A ADOÇÃO DE UM MODELO DE EFICIÊNCIA: REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 NO CONTINGENTE PROCESSUAL BRASILEIRO

Bruno Fernando Gasparotto¹⁰¹, Robson Luís Zorzanello¹⁰²

RESUMO

A estrutura do Poder Judiciário, como originariamente estabelecida na Constituição Federal de 1988, não satisfaz o ambicioso propósito de entregar prestação jurisdicional na proporção em que esse Poder veio a ser demandado. A superação do cenário de morosidade da jurisdição passou a ser requisitada por atores nacionais e internacionais. Resultou, em 2004, na aprovação Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, cuja matriz ideológica é centrada na eficiência, na celeridade, na gestão e na uniformização. Este estudo busca analisar se, passados quase vinte anos da reforma, houve resultados em termos de redução do contingente processual brasileiro, ou seja, se as pretendidas celeridade e eficiência foram alcançadas. Pelo método dedutivo, após o levantamento bibliográfico e a coleta de dados, concluiu-se que a Emenda logrou aumentar a produtividade judicial e refletiu a redução no volume de casos pendentes, com potencial de crescente impacto à medida em que precedentes forem fixados.

Palavras-chave: reforma do judiciário; princípio da eficiência; gestão; litigiosidade; contingente processual.

¹⁰¹ Mestrando em Direito, Regulações e Inovações pelo Centro Universitário Univel. Especialista em Ciências Penais pela Anhanguera e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Univel. Professor de Processo Civil, Direito Civil, Mediação, Conciliação e Arbitragem no Centro Universitário Univel. Analista Judiciário do TJPR lotado no 3º Juizado Especial Cível, Criminal e Fazenda Pública de Cascavel-PR. Endereço currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8928141890717524>. E-mail: brunofernandogasparotto@gmail.com ORCID: 0009-0009-2884-062X.

¹⁰² Mestrando em Direito, Regulações e Inovações pelo Centro Universitário Univel. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Univel. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Técnico Judiciário do TJPR lotado no 3º Juizado Especial Cível, Criminal e Fazenda Pública de Cascavel-PR. Endereço currículo Lattes: Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5708676962316680>. E-mail: rzorzanello@hotmail.com ORCID: 0009-0001-5796-149X.

INTRODUÇÃO

Em 8 de dezembro de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que implementou a “Reforma do Judiciário” brasileiro. Dela resultaram, dentre outras inovações, a criação: do Conselho Nacional de Justiça (CNJ - art. 103-B, CF); das súmulas com efeito vinculante (art. 103-A, CF); do efeito vinculante do controle de constitucionalidade concentrado em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública (art. 102, §2º, CF); da exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (art. 102, §3º, CF). A “razoável duração do processo” passou a ser prevista como garantia na Constituição (art. 5º, LXXVIII). Seguiram-se a ela reformas nas regras processuais infraconstitucionais, pelas quais se implantou, por exemplo, um sistema de vinculação dos magistrados a precedentes (art. 927, CPC15). A referida emenda passou a ser discutida no Congresso ainda no início da década de 1990 e foi influenciada, conforme aponta a doutrina, pelo Documento 319S, do Banco Mundial.

De início, este artigo fará uma breve exposição do contexto que ensejou a crescente demanda pela atuação do Poder Judiciário na configuração do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Na sequência, será feita abordagem acerca da inserção do princípio da eficiência e de um modelo efficientista em nosso ordenamento público, que inspirou a Reforma do Poder Judiciário e as ferramentas aceleradoras dos julgamentos dela decorrentes. Ao final, buscar-se-á, a partir de estatísticas recentes obtidas dos órgãos públicos, analisar se houve impacto quantitativo da Reforma no contingente de processos do país.

O estudo foi feito pelo método dedutivo, com análises bibliográficas, levantando-se conceitos e ideias gerais provenientes da doutrina e de bancos de dados oficiais sobre o tema, para se alcançarem conclusões particulares e mais específicas.

1 O PROJETO COMPROMISSÓRIO BRASILEIRO E A ELEVADA LITIGIOSIDADE

A teoria da tripartição dos poderes apregoa e a Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 2º) determina a convivência independente e harmônica entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No entanto, um breve olhar ao passado revela que a distribuição das forças entre os Poderes nos estados modernos não se dá de forma isonômica. No plano fático é comum observar, em dados momentos, a preponderância na atuação de um ou outro.

Ao longo da maior parte do século XX o modelo de organização dos Estados, especialmente na América Latina, esteve baseado no fortalecimento do Poder Executivo e da sua burocracia. Em razão do formalismo jurídico

que predominava naquela época os juízes estiveram inicialmente limitados à aplicação da lei. Além disso, com a ascensão dos regimes autoritários a atuação judicial foi inibida entre as décadas de 1960 e 1980, para que não houvesse interferência nas ações repressivas dos militares.¹⁰³

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, notoriamente conhecida como Constituição Cidadã. Ela instaurou o Estado Democrático de Direito, um constitucionalismo dirigente, compromissório, e passou não só a orientar um projeto de país repleto de direitos individuais e sociais com o *status* de fundamentais, mas a ter força normativa, reconhecida como norma vinculante, de hierarquia superior.

O Judiciário passou a ter a sua importância acentuada. O novo rol de direito civis, políticos, econômicos, sociais e culturais criou expectativas nos cidadãos de os verem efetivados; o descumprimento desses direitos passou a permitir que se buscasse judicialmente a concretização deles. Assim, “o sistema judicial é convocado a substituir o sistema da administração pública, que deveria ter realizado as prestações sociais”.¹⁰⁴

Tem-se, portanto, no contexto de um Estado providência, um quadro de instauração de novos direitos positivados, de eficácia imediata, de execução estatal obrigatória, garantidos por vários instrumentos processuais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandados de segurança, de injunção). Simultaneamente, a realidade é de um Estado que pouco consegue concretizar e materializar daquilo que formalmente fora assegurado.

O próprio acesso à Justiça também se tornou um direito constitucionalizado. Passou a ser condição para a efetividade dos demais direitos, pois se não há a possibilidade de reivindicar direitos de cidadania ao Estado a garantia formal deles se torna insuficiente.¹⁰⁵ As ondas de acesso à justiça confeririam aos cidadãos condições para a realização da democracia material.¹⁰⁶

Também após a promulgação da Constituição de 1988 passou-se a desenvolver um entendimento mais amplo e profundo do controle de

¹⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21.

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Obra citada, p. 26.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 11.

¹⁰⁶ Em “O Acesso à justiça” Mauro Capeletti dispôs sobre três ondas de superação aos entraves para o cidadão acessar o Poder Judiciário. A primeira delas trata da concessão da assistência judiciária gratuita aos mais necessitados e sem condições de contratar advogados. A segunda trata da representatividade simultânea dos direitos de várias pessoas nos direitos difusos e coletivos. A última trata da instrumentalidade das formas processuais (simplificação e busca por efetiva solução) e dos métodos alternativos de solução dos conflitos.

legalidade, apostando-se na constitucionalização das leis como estratégia hermenêutica para maior efetivação dos direitos.¹⁰⁷

Em consequência dessa nova estrutura de Estado o Judiciário deixou de ser mero aplicador da norma legal para desempenhar função interpretativa e incorporar ao direito um caráter transformador da realidade. Se o Estado liberal clássico pretendia a proteção, o Estado social a promoção, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito busca a transformação.¹⁰⁸

Conforme Streck, “torna-se necessário enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário para – no limite, em face da incompetência dos demais Poderes – contribuir para a concretização dos direitos fundamentais”.¹⁰⁹ Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que a judicialização é contingencial.¹¹⁰

Pode-se afirmar, assim, que a redemocratização, a amplificação do rol de direitos fundamentais, das ferramentas de acesso à justiça e de interpretação e de controle de constitucionalidade judicial dos atos do Executivo e do Legislativo acabaram por aumentar a demanda por Justiça e a litigiosidade nas últimas décadas.

Como consequência, a morosidade na entrega da tutela jurisdicional passou a ser uma problemática a ser solucionada. Constitui entrave não só aos direitos dos cidadãos, mas um obstáculo ao desenvolvimento econômico.

A judicialização dos conflitos implica custos ao país. Um Judiciário que demora a solucioná-los constitui empecilho a investimentos e trava a construção de um ambiente de negócios.

A superação desse cenário passou a ser requisitada por atores tanto nacionais e quanto internacionais, e deu ensejo, ainda na década de 1990, à formulação de uma proposta de Reforma do Judiciário, implementada finalmente em 2004, cuja matriz ideológica é centrada na eficiência, na celeridade, na gestão e na uniformização da tutela jurisdicional.

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Obra citada, p. 22.

¹⁰⁸ MORAIS, José Luís Bolzan de. O fim da Geografia Institucional do Estado: a “crise” do Estado de Direito! In: MORAIS, José Luís Bolzan de (org.). **Estado e Constituição: o fim do estado de direito**. Florianópolis: Tirant Lo Branch, 2018, p. 20.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016. p. 723.

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: (...)**. Obra citada, p. 724.

Em seu Plano de Gestão Estratégica, publicado em setembro de 2022, tão logo assumiu a Presidência do STF, a Ministra Rosa Weber reconhece que o Tribunal exerce seu múnus em um contexto complexo, permeado por mutações contínuas e exponenciais, “o que demanda alta capacidade de adaptação para que o Tribunal entregue aos cidadãos brasileiros a prestação jurisdicional de sua competência, de forma célere e efetiva”.¹¹¹

Portanto, a preocupação com a solução rápida e efetiva das demandas é presente, senão permanente. Ela precisa estar alinhada, conforme o referido Plano de gestão, à geração de valores à sociedade, “observando perspectivas relacionadas a nossos recursos humanos-sociais, naturais e econômicos, a fim de garantir desenvolvimento contínuo para subsidiar a prestação jurisdicional eficiente a longo prazo”.¹¹²

A seguir, demonstrar-se-á como se deu a incorporação formal da eficiência como princípio norteador da atuação jurisdicional do Estado Brasileiro.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E A ADOÇÃO DE UM MODELO DE EFICIÊNCIA

Em sua redação original o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 previa como princípios gerais da administração pública, apenas, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. A eficiência foi introduzida, como quinto princípio, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, conhecida como “Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado”, cujos escopos eram a instauração de um modelo gerencial e a diminuição da burocracia públicas.

Diferentemente dos outros princípios administrativos, positivados após longo período de amadurecimento na doutrina, na jurisprudência e nas práticas estatais, a eficiência não gozou, em um primeiro momento, de respaldo científico ou cultural enquanto categoria jurídica.¹¹³

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plano estratégico da gestão 2022/2023 Ministra Rosa Weber**, 1. ed., Brasília, set./2022. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2022_2023-Rosa_Weber.pdf. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 16.

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plano estratégico da gestão 2022/2023 Ministra Rosa Weber**, obra citada, p. 16.

¹¹³ GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 3.

Por ter sido incorporada ao ordenamento a partir da proposição de economistas e de administradores, marcada por um ideário neoliberal em torno da Emenda nº 19, fora vista de forma crítica por parte da doutrina tradicional. Mello, por exemplo, recusou o seu caráter jurídico ao asseverar que “há nada a dizer sobre ele [princípio da eficiência]. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37”.¹¹⁴ Para o autor, o princípio seria mera faceta de outro mais amplo, o da “boa administração”, do Direito italiano.

Para Di Pietro o princípio se apresenta sob dois aspectos. Pode tanto se referir à forma de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.¹¹⁵

O princípio da eficiência traz em si quatro atributos: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade. Em resumo, o primeiro atributo advém das ciências administrativas e pode ser entendido como um sistema de busca permanente por maior eficiência em relação aos rendimentos e os processos ou meios. A produtividade remete ao trabalho para a geração de um bem econômico. A economicidade tem o sentido de adquirir a maior quantidade de riqueza com o mínimo de dispêndio de energia, ou seja, laborar no menos custoso tempo, lugar e modo. É por isso que a celeridade pode ser inserida na economicidade, uma vez que se refere à relação entre o tempo e o resultado econômico a serem obtidos.¹¹⁶

O artigo 37, *caput*, da Constituição da República estabelece que os cinco princípios nele inseridos são aplicáveis a toda a administração direta e indireta, de quaisquer dos Poderes. Por evidente, o Judiciário também se submete a eles e, portanto, deve entregar eficiência em sua atuação.

Acontece que a conformação estrutural do Judiciário estabelecida pelo constituinte originário, como visto no tópico anterior, não satisfaz o ambicioso propósito de entregar prestação jurisdicional na medida, na proporção e no tempo em que vinha sendo demandado diante do amplo rol de pactos compromissórios estabelecido.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 92.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

¹¹⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Obra citada, p. 8.

Segundo Rosa e Aroso Linhares, o sistema jurídico brasileiro é visto por muitos como um dos fatores impeditivos do crescimento econômico, um obstáculo ao bem-estar do mercado, considerado ineficiente na garantia dos dogmas liberais, como a propriedade privada e o mercado.¹¹⁷ “Atribui-se ao sistema jurídico a responsabilidade pela estagnação econômica, ou – ao menos – responsabiliza-se o mesmo por ser um dos causadores da estagnação”.¹¹⁸ Por isso, passou-se a exigir a redefinição dele de acordo com a nova ordem mundial. Disso decorreu uma movimentação, inclusive extra estatal, ensejadora da reforma pela Emenda nº 45.

Neste ponto, oportuno destacar a importância dos indicadores e dos *standards* como fontes normativas, cujas influências nas estruturas jurídicas estatais formais são, por vezes, negligenciadas pelos profissionais do Direito.

Frydman dedica-se ao estudo de como atores econômicos, como bancos, agências de *rating* e de classificação, que nem sempre operam de maneira isenta (não ideológica) e científica, atuam na construção de indicadores, de modo a “influenciar, e até controlar, não somente o funcionamento da instituição judiciária de um país, mas potencialmente o conjunto da sua política judiciária”.¹¹⁹

O autor explana como governos, tanto os mais à direita como os mais à esquerda, foram seduzidos por normas técnicas, métodos de organização de empresas, mecanismos de harmonização concorrencial e de competição na execução de serviços e de atos soberanos. Cita como exemplo desse fenômeno a utilização das normas de concorrência administrativa e das políticas de avaliação sobre as justças dos países do Leste Europeu como condição de ingresso na União Europeia.¹²⁰

“O modelo europeu prevê especialmente a generalização, em todos os Estados, de conselhos superiores da justiça ou da magistratura, agências independentes de gerenciamento da administração judiciária”.¹²¹ Essas agências preveem a transferência da gestão financeira para as próprias jurisdições,

¹¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 61.

¹¹⁸ PEREIRA, Julia Lafayette. *Implicações do Discurso Eficientista Neoliberal no Movimento de Ampliação do Acesso à Justiça: a experiência dos Juizados Especiais Federais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo - RS, p. 169. 2013, p. 67-68.

¹¹⁹ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 77.

¹²⁰ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Obra citada, p. 69.

¹²¹ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Obra citada, p. 70-71.

o aumento dos rendimentos pela maior produtividade dos magistrados e a racionalização e a disciplinarização da atividade judiciária pela pilotagem, indicadores e pelo *benchmarking*.

Conforme se verá, o CNJ foi criado, no Brasil, com finalidades e atribuições muito semelhantes às do modelo europeu.

A crítica usualmente feita à incorporação desses parâmetros administrativos e de culto à eficiência é que se chocam com a cultura jurisdicional ligada à independência da Justiça e às garantias constitucionais.

Saldanha, Oliveira e Boschatto observam que o processo de globalização econômica promoveu o desmantelamento contínuo do Estado em relação aos seus conteúdos, o que enseja a relativização de direitos e garantias como parte do fenômeno que Ferrajoli denominou de “desconstitucionalização”. Advertem que a reforma de Estado em relação ao Poder Judiciário terá por consequência “a revisão de posições judiciais mais protetivas, no sentido compromissório, em prol de adequações mais propícias aos fluxos do mercado globalizado e edificado pelo paradigma neoliberal”.¹²²

O controle da produtividade e a permanente avaliação dos juízes sob indicadores ameaça a independência dos magistrados e contradiz o princípio da autonomia. O direito de recorrer, por exemplo, embora uma garantia fundamental, pode ser visto como indesejável a uma justiça célere, daí porque, pode ser por vezes arbitrariamente mitigado em prol da velocidade e dos rendimentos.

Vemos como a lógica empresarial pode, sem substituir as regras de direito e de processo, mas sobrepondo-se a elas, cumprindo com os objetivos de racionalização administrativa, impor-se às garantias jurídicas do Estado de Direito sob o pretexto de reforçar a sua eficiência.¹²³

Nessa perspectiva, há quem denuncie como negativa a influência exercida pelo Banco Mundial na promulgação da Emenda Constitucional nº 45. O Documento Técnico 319S intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma”, de 1996, do Banco Mundial, é exemplo de que o Judiciário brasileiro não foi excluído da influência paranormativa desse órgão de fomento.¹²⁴

¹²² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de; BOSCHATTO, Muriele de Conto. Critérios para a superação adequada dos provimentos judiciais no direito brasileiro a partir da crítica hermenêutica do direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 18, n. 28, p. 155-173, jul./dez. 2020, p. 156.

¹²³ FRYDMAN, Benoît. *O fim do Estado de Direito*: governar por *standards* e indicadores. Obra citada, p. 72.

¹²⁴ PEREIRA, Julia Lafayette. *Implicações do Discurso Eficientista Neoliberal no Movimento de*

Extrai-se do documento que as instituições públicas latino-americanas não têm respondido de forma eficiente às mudanças do cenário global. Ele refere que o engajamento – tanto por parte dos governos, como por parte do Banco (mediante incentivos) – deve estar orientado ao desenvolvimento de instituições que “possam assegurar maior eficiência, autonomia funcional e qualidade dos serviços prestados”.¹²⁵

Os relatórios de autoria do banco avaliam a lei geral de acordo com os interesses privados. Assim, os indicadores comparativos procuram identificar as vantagens para os destinatários (investidores) e o contencioso é considerado um entrave e um custo. Nesse contexto, a busca pela informalização da justiça é uma opção que merece atenção.¹²⁶

Em nível global, o Banco Mundial construiu um sistema muito mais elaborado de pilotagem pelos indicadores. Todo mundo, ou quase, conhece, a partir de então, a sua famosa classificação ‘Doing Business’, que classifica o conjunto dos Estados do Mundo em função de sua atratividade para os investidores. Se a classificação constitui, segundo os observadores, um parâmetro não negligenciável na decisão dos investidores institucionais e dos fornecedores de créditos, produz, sobretudo, efeitos regulatórios sobre os próprios Estados. Estes são instados a melhorar sua posição na classificação pela execução de reformas adequadas, para favorecer e melhor proteger os ditos investimentos. Recentemente, o banco acrescentou à sua classificação um novo instrumento, a ‘reform simulator’, que permite antecipar os ganhos ou perdas que esta ou aquela reforma poderia provar, em relação a nota de um Estado e, conseqüentemente, da posição na classificação.¹²⁷

O Documento Técnico 319S tinha por escopo expresso condensar as diferentes experiências da América Latina e do Caribe e orientar reformas do Judiciário. Nele, o Banco Mundial se declara “novo participante na reforma do Judiciário” e assevera que as suas experiências “têm claramente demonstrado a necessidade de definir os elementos de um programa global de reforma do judiciário o qual pode ser adaptado às situações específicas de cada país”.¹²⁸

Ampliação do Acesso à Justiça: a experiência dos Juizados Especiais Federais. Obra citada, p. 80.

¹²⁵ DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe:** elementos para reforma – documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Tradução Sandro Eduardo Sardá, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 7.

¹²⁶ PEREIRA, Julia Lafayette. **Implicações do Discurso Eficientista Neoliberal no Movimento de Ampliação do Acesso à Justiça:** a experiência dos Juizados Especiais Federais. Obra citada, p. 65.

¹²⁷ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito:** governar por standards e indicadores. Obra citada, p. 75-76.

¹²⁸ DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe:** elementos para reforma

Recomenda o relatório que a reforma dos Judiciários devem ter por elementos básicos, dentre outros: medidas para assegurar a independência daquele poder por meio de seu orçamento, da nomeações de juízes e de um sistema disciplinar que aprimore a administração das cortes; gerenciamento adequado de processos; reformas processuais; mecanismos alternativos de resolução de conflitos; ampliação do acesso à justiça; redefinição do ensino jurídico e programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes.¹²⁹

Como se percebe do cotejo entre essa pauta de recomendações e a Emenda Constitucional nº 45, boa parte daquela cartilha acabou por ser adotada e implementada no Brasil.

O CNJ foi instalado em 2004, incumbido do aperfeiçoamento da gestão, do planejamento e do controle de atos administrativos do Poder Judiciário. Cumpre, assim, boa parte das pretensões do Banco Mundial. Padronizou os processos de seleção de novos juízes, as regras de promoção na carreira da magistratura. É um órgão responsável por promover políticas uniformizadoras da atuação jurisdicional; tem poder normativo, correccional e disciplinar. Estimulou a informatização do Judiciário e a digitalização dos processos. Concentra informações sobre a produtividade de cada unidade judiciária; elabora e divulga estudos e relatórios periódicos sobre as atividades delas. A partir desses estudos e relatórios, estipula metas, *rankings* e sistemas de premiações (Prêmio CNJ, categorias Diamante, Ouro e Prata, por exemplo, que substituiu o Selo Justiça em Números).¹³⁰

Como forma de também atender aos anseios da Reforma inspirada na celeridade e na eficiência, significativas modificações nas regras infraconstitucionais sobre processos foram implementadas recentemente.

A Lei nº 11.276/2006 introduziu no Código de Processo Civil de 1973, então vigente, instrumentos de aceleração processual e obstáculos ao recebimento de recursos. Por exemplo, inseriu a possibilidade de indeferimento da petição inicial sem a citação da parte contrária quando já houvesse outra semelhante no mesmo Juízo; previu a possibilidade de não se receber apelação de sentença em conformidade com Súmula do STJ ou do STF e permitiu julgamentos de recursos por amostragem pelo STJ.

Em 2015 foi promulgado o Novo Código de Processo Civil (CPC2015), que substituiu a lei anterior e dedicou grande ênfase aos métodos alternativos de resolução de conflitos, com seção específica para a mediação e a conciliação.

– documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Obra citada, p. 8.

¹²⁹ DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma – documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Obra citada, p. 8.

¹³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Prêmio CNJ de Qualidade**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/premio-cnj-de-qualidade>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Também se destaca aquele Código por ter regulado de maneira minuciosa a vinculação dos magistrados ao sistema de precedentes.

O CPC2015 apresentou em seu artigo 927 um rol que denomina ser de precedentes de observação obrigatória pelos juízes e tribunais. O artigo 489, §1º, VI, diz ser nula a decisão que deixar de seguir precedente indicado pela parte sem a realização de distinção ou superação do entendimento. No artigo 988, IV, previu-se o uso da ação de reclamação para garantir a efetividade de decisão proferida em julgamento de casos repetitivos.

Tal sistema de precedentalização também não escapa de contundentes críticas da doutrina, pelo choque com a cultura do *civil law* do direito brasileiro, como também pelo viés economicista que o inspirou.

Streck e Abboud observam que no sistema da *common law* os precedentes decorrem naturalmente da tradição, prescindem do reconhecimento por força de lei, como se pretender realizar no Brasil. Questionam, ainda, o tratamento das súmulas jurisprudenciais e vinculantes como precedentes, haja vista que não dialogam com quaisquer circunstâncias de fato e os enunciados delas seriam meras abstrações.¹³¹

Para Saldanha, Oliveira e Boschatto a exportação de modelos jurídicos de países considerados desenvolvidos é uma forma sutil de extorsão para a participação desses países no mercado internacional. Pontuam que os agentes de exportação dos modelos (FMI, Banco Mundial, OMC) promovem a dispersão de técnicas de associação ao *common law* usando como argumento o prestígio, pois “a falta de cultura de Estado de Direito no país receptor justificaria a emulação”,¹³²

Sob determinada perspectiva, os precedentes possuem uma tendência sedutora de serem incorporados por países periféricos, por advirem de países tidos como ideais éticos em certa mentalidade.¹³³ Interessa saber, passados quase vinte anos da promulgação da referida reforma, se a despeito das controvérsias relacionadas a ela e às reformas processuais que se seguiram, houve resultados em termos de redução do contingente processual nos tribunais brasileiros, ou seja, se as pretendidas celeridade e eficiência foram ou não em alguma medida alcançadas.

¹³¹ STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹³² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de; BOSCHATTO, Muriele de Conto. **Critérios para a superação adequada dos provimentos judiciais no direito brasileiro a partir da crítica hermenêutica do direito.** Obra citada, p. 160-161.

¹³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de; BOSCHATTO, Muriele de Conto. **Critérios para a superação adequada dos provimentos judiciais no direito brasileiro a partir da crítica hermenêutica do direito.** Obra citada, p. 162.

3 O CONTINGENTE PROCESSUAL BRASILEIRO E REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Quando da publicação do Documento Técnico 319S, em 1996, o Banco Mundial destacou que, no Brasil, “em 1990, mais de 40 milhões de processos foram ajuizados nas Cortes de 1ª Instância, mas apenas 58% dos processos foram julgados no final desse período”.¹³⁴

Passados mais de trinta anos, os números contrastam significativamente.

Segundo o Relatório Justiça em Números de 2022, do CNJ, estudo que tem por base indicadores do ano anterior, foram ajuizados 27,7 milhões de processos no Judiciário brasileiro em 2021 e foram baixados 26,9 milhões naquele mesmo período.¹³⁵ Isso representa um índice de solução de 97,7%. Inclusive, a Meta nº 1 do CNJ consiste em julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente, excluídos os suspensos e sobrestados no ano corrente. Como se percebe, ela ficou próxima de ser atingida.

A despeito disso, a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda contabilizou o expressivo número de 80.129.206 (oitenta milhões, cento e vinte e nove mil e duzentos e seis) processos em tramitação nos tribunais e nas varas do Brasil no dia 31 de março de 2022, o que significa, em média, que para cada três brasileiros vivos, há uma ação em tramitação no país.¹³⁶

Tal volume de acervo processual significa que, mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 10 meses de trabalho para zerar o estoque. Esse indicador é denominado “Tempo de Giro do Acervo”.¹³⁷

Também conforme o Relatório Justiça em Números de 2022, o ano de 2017 foi o primeiro da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009. Em 2018, pela primeira vez, houve redução no volume de casos pendentes, fato que se repetiu por ainda mais dois anos, em

¹³⁴ DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma – documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Obra citada, p. 8.

¹³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022, p. 105.

¹³⁶ CREPALDI, Tiago; GOES, Severino. **Justiça brasileira alcança marca de 80 milhões de processos em tramitação**. Conjur, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/poder-decide-faz>. Acesso em: 26 jun. 2023.

¹³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022, p. 106.

2019 e 2020, acumulando uma redução de 3,6 milhões entre 2017 e 2020. Ao longo dos anos de 2015 a 2021, os pendentes líquidos (pendentes excluídos os suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório) acumularam redução na ordem de -7,8%. Durante o ano de 2021 registrou-se, também, crescimento acumulado de 12,1% da produtividade em 13 anos.¹³⁸

É possível atribuir a melhoria nos números a uma série de fatores, muitos deles relacionados às ferramentas implementadas pela Emenda Constitucional nº 45.

Como visto anteriormente, a partir da Emenda as questões constitucionais levadas ao STF nos recursos extraordinários devem possuir repercussão geral para que sejam analisadas. Em outras palavras, devem ser relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, bem como transcenderem os interesses das partes envolvidas. O mecanismo foi regulamentado pela Lei 11.418/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973. A matéria é hoje tratada pela Lei 13.105/2015 (CPC2015).

Interessa observar que, segundo divulgado pelo STF em notícia em seu site, em 15 anos, a aplicação da repercussão geral permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil naquele Tribunal.¹³⁹ Uma queda de mais de 90% no contingente recursal.

No ano 2023 (precisamente até 28 de junho), na gestão da Ministra Rosa Maria Weber, o STF recebeu 38.300 (trinta e oito mil e trezentos processos), mas logrou baixar 36.320 (trinta e seis mil trezentos e vinte) processos.¹⁴⁰ Isso representa um descontingenciamento de 94,8% no ano.

O rol de precedentes estabelecidos por lei (art. 927, do CPC) também tem o potencial de permitir o julgamento simultâneo e massivo de ações com idêntica questão de fundo.

Desde sua incorporação ao ordenamento jurídico, foram publicadas 58 (cinquenta e oito) Súmulas Vinculantes. E, de acordo com o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, desde 2005 até aquela data foram selecionados 4.084 (quatro mil e oitenta e quatro) temas de repercussão geral para julgamento em todos os Tribunais brasileiros, dos quais 2.757 (dois mil setecentos e cinquenta e sete) já foram julgados. Pelo STF foram afetados

¹³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. Obra citada, p. 104-106.

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Em 15 anos, aplicação da Repercussão Geral no STF permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil. Publicado em 25/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487736&ori=1>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta**. Painéis estatísticos. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 28 jun. 2023.

1.243 (um mil duzentos e quarenta e três) temas de repercussão geral, tendo sido julgados 1.076 (um mil e setenta e sei). Portanto, 167 (cento e sessenta e sete) aguardam julgamento. Já pelo STJ foram afetados para julgamento 1.321 (um mil trezentos e vinte e um) incidentes; desses 906 (novecentos e seis) foram julgados e 415 (quatrocentos e quinze) estão pendentes. O número total de processos sobrestados vinculados aos temas de repercussão geral atualmente é de 1.712.963 (um milhão setecentos e doze mil novecentos e sessenta e três) em todo o País.¹⁴¹ Portanto, o julgamento desses precedentes pendentes conduzirá, progressivamente, à redução do contingente de processos no país aos milhares.

CONCLUSÃO

A formatação do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, com a configuração que lhe foi dada pela Constituição Federal de 1988, ampliou significativamente o rol de direitos dos cidadãos, conferiu-lhes ferramentas ampliadas de acesso à justiça, estabeleceu um sistema complexo de controle de constitucionalidade de atos legislativos e administrativos. Com isso, observou-se o aumento da demanda pelo Poder Judiciário e da litigiosidade no país, os quais não foram satisfatoriamente respondidos.

Pressões por uma reforma do Judiciário, que lhe imprimisse eficiência e lhe conferisse celeridade, advieram de setores da economia e de organismos internacionais, como o Banco Mundial, que elaborou, em 1996, estudos com recomendações específicas de reestruturação desse Poder para os países da América Latina e do Caribe (Documento Técnico 319S).

Após anos de tramitação, e acatando boa parte das diretrizes postas naquele Documento, foi promulgada, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu a razoável duração dos processos como direito fundamental, criou órgão central de gestão e de administração Judiciária (CNJ) e uma série de ferramentas processuais de uniformização e padronização de julgamentos, bem como óbices ao seguimento de recursos. Essa reforma constitucional foi seguida de outras no campo legal, a exemplo daquela que levou à promulgação o Código de Processo Civil de 2015, marcado por importar um sistema de precedentes parecido com o da *common law*, mas forjado pela lei. O viés efficientista e as influências estrangeiras desse contexto não escaparam de críticas por parte da doutrina.

¹⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 28 jun. 2023.

O enfoque dado a este artigo foi analisar se, sob o aspecto quantitativo, a Reforma Judiciária implementada em 2004 refletiu no contingente de processos e alcançou alguns dos resultados por ela pretendidos.

A conclusão a que se chegou a partir da análise dos relatórios e dos números levantados pelos órgãos oficiais, é de que houve aumento de produtividade dos magistrados, o acervo processual do país vem reduzindo, inclusive de forma muito significativa nos Tribunais Superiores, e o potencial de redução do contingente processual é crescente, pois à medida em que forem sendo decididos os casos selecionados como precedentes vinculantes, permitirão o julgamento simultâneo de milhões de ações idênticas.

REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília, 2023. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opencvodoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymou=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 28 jun. 2023.
- CREPALDI, Tiago; GOES, Severino. **Justiça brasileira alcança marca de 80 milhões de processos em tramitação**. Conjur, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/poder-decide-faz>. Acesso em: 28 jun. 2023.
- DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma** – documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Tradução Sandro Eduardo Sardá, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia> Acesso em: 28 jun. 2023.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. O fim da Geografia Institucional do Estado: a “crise” do Estado de Direito! In: MORAIS, José Luís Bolzan de (org.). **Estado e Constituição: o fim do estado de direito**. Florianópolis: Tirant Lo Branch, 2018.
- PEREIRA, Julia Lafayette. **Implicações do Discurso Eficientista Neoliberal no Movimento de Ampliação do Acesso à Justiça: a experiênciadados Juizados Especiais Federais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo - RS, p. 169, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de; BOSCHATTO, Muriele de Conto. Critérios para a superação adequada dos provimentos judiciais no direito brasileiro a partir da crítica hermenêutica do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 18, n. 28, p. 155-173, jul./dez. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Em 15 anos, aplicação da Repercussão Geral no STF permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil.** Publicado em 25 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487736&ori=1>. Acesso em: 28 jun. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plano estratégico da gestão 2022/2023 Ministra Rosa Weber**, 1ª Edição, Brasília. Disponível em: https://ww.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Planejamento%20Estrat%C3%A9gico/PE_Gestao_2022_2023-Rosa_Weber.pdf. Acesso em: 28 jun. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta.** Painéis estatísticos. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 28 jun. 2023.

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER E OS NOVOS DESAFIOS DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 147-B DO CÓDIGO PENAL

Lilian Cristina Pinheiro Goto¹⁴², Alessandro Dorigon¹⁴³, Bruna Tozzi Ito¹⁴⁴, Pedro Henrique Horacio Vieira¹⁴⁵, José Laurindo de Souza Netto¹⁴⁶

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a nova alteração trazida pela Lei n.º 14.188 de 2021, tecendo um recorte temporal entre a data de sua criação até o primeiro semestre do ano de 2023. Para tanto, o estudo realizado abordou a criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), apontando seus principais pontos e conceituando a violência doméstica e seus tipos, com enfoque na violência psicológica da mulher. Mas se a Lei Maria da Penha já abordava a violência psicológica da mulher no art. 7º, inc. II, qual a mudança que efetivamente é trazida com a inclusão do artigo 147-B do Código Penal? E tais mudanças têm demonstrado resultados mais efetivos desde a data de sua criação até o limite temporal proposto? O método utilizado foi o dedutivo, com uma abordagem quali-quantitativa e pesquisa bibliográfica e documental, cujo objetivo se volta à geração de novos *insights* e ampliação de debates sobre o tema.

Palavras-chave: Maria da Penha; violência psicológica; violência doméstica; sinal vermelho; artigo 147-b do código penal.

1 LEI MARIA DA PENHA

1.1 BREVE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LEI

O ambiente de relacionamento familiar decorreu de processos históricos que inegavelmente refletiram em diversas culturas sociais.

¹⁴² Mestra em direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR), Pós-Graduada em Direitos Humanos, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Formação de Novos Gestores, MBA em ESG, Extensão em Governança Corporativa, em FACS 3.0 e em Neuropsicologia, Cognição e Emoção, Servidora do Tribunal do Paraná – TJPR, membro do comitê de gestão por competências do TJPR, conciliadora e mediadora judicial.

¹⁴³ Mestre em direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR); Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Paranaense (UNIPAR); Advogado.

¹⁴⁴ Discente em direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

¹⁴⁵ Discente em direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

¹⁴⁶ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre e Doutor pela UFPR.

Na Grécia Antiga, por exemplo, as mulheres eram desprovidas de direitos jurídicos e educação formal, segundo Vrissimtzis (2002):

[...] o homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o ‘clube masculino mais exclusivista de todos os tempos’. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder absoluto sobre a mulher (VRISSIMTZIS, 2002, p. 38).

Com a Revolução Industrial e a consolidação do sistema capitalista, as mulheres passaram a representar grande parcela da força de trabalho nas fábricas, o que aprofundou ainda mais as disparidades sociais e entre gêneros, afetando diretamente as mulheres. A transição feminina de espaços privados para espaços públicos culminou em uma nova mentalidade das mulheres, que perceberam sua capacidade de trabalhar em espaços que antes eram ocupados por uma parcela predominantemente masculina. Este período de reflexão deu maior entusiasmo ao crescimento do movimento feminista, definido como “um conjunto de noções que define a relação entre os sexos, como uma relação de assimetria, construída social e culturalmente, e na qual o feminismo é o lugar e o atributo da inferioridade” (GREGORI, 1993, p. 15).

No Brasil, o início da década de 80 foi evidenciado pela forte mobilização das mulheres a respeito da temática da violência contra a mulher. Sua articulação em movimentos próprios, somada a uma intensa busca por parcerias com o Estado, para a resolução dessas dificuldades, resultou em uma série de conquistas ao longo dos anos. Uma delas foi a aprovação da Lei n.º 11.340/2006, que entrou em vigência no dia 22 de setembro de 2006, visando proteger a integridade física da mulher no âmbito doméstico e familiar.

A Lei n.º 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada em 7 de agosto de 2006, alterando o Código Penal e a Lei de Execução Penal, de forma a engendrar mecanismos para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8.º da Constituição Federal, referente à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher.

Seu nome foi dado em homenagem a farmacêutica cearense, Maria da Penha, que sofreu constantes agressões e duas tentativas de assassinato pelo marido. A primeira se deu com o uso de uma espingarda, enquanto a segunda, por eletrocussão. Após muito sofrimento Maria da Penha teve coragem para denunciar seu agressor, mas infelizmente se deparou com um cenário de incredulidade e falta de apoio legal por parte da justiça brasileira, já que haviam brechas para que a defesa do agressor alegasse irregularidades no processo e o mantivesse em liberdade, enquanto aguardava julgamento.

Foi somente após a publicação de seu livro, narrando a violência sofrida por ela e pelas três filhas, em 1994, que Maria conseguiu apoio. O CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) e do CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) encaminharam seu caso para a OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos) no ano de 1998 e, em 2002, o caso foi julgado e o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo com que o Brasil assumisse o compromisso de reformar suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

1.2 PRINCIPAIS ASPECTOS E FINALIDADE

A Lei Maria da Penha criou o juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, com o objetivo de trazer um atendimento mais célere, com resoluções de ações cíveis e criminais em uma mesma vara. Em seu artigo 7.º enumerou algumas das formas de violência que as mulheres podem sofrer, sendo elas: física, **psicológica**, sexual, patrimonial, moral ou sexual. Preceitua o inciso II do artigo 7.º que:

Art. 7.º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

A Lei Maria da Penha proibiu a aplicação da lei dos juizados à violência doméstica, trazendo medidas protetivas de urgência, para garantia de proteção à mulher, como, por exemplo, exigir que o agressor não viva mais na mesma casa que a vítima.

Contudo, os efeitos da norma não se limitaram apenas ao ambiente doméstico e familiar, podendo ocorrer em qualquer relação íntima de afeto, enquadrando os casos de agressão contra a mulher ao delito, mesmo que sem a convivência do casal na mesma residência, não havendo a necessidade de que a vítima ainda esteja em um relacionamento com o agressor, já que poderá

ser aplicada também após o término do relacionamento, quando geralmente há a inconformidade do parceiro(a) em aceitar o fim do relacionamento.

O crime de lesão corporal leve previsto no Código Penal já trazia a prerrogativa de ser objeto de apuração e processo, com assistência psicológica e jurídica à vítima. Contudo, verifica-se que a maior finalidade da Lei Maria da Penha foi elaborar mudanças efetivas no processamento desses crimes, permitindo maior proteção e amparo pelo judiciário e facilitando a proteção à mulher, como a decretação da prisão preventiva do acusado. De acordo com os dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) (2015), a Lei Maria da Penha diminuiu em aproximadamente 10% a projeção de aumento na taxa de homicídios domésticos no país. Todavia, embora os dados coletados em 2015 apresentassem significativa diminuição nas taxas de homicídios domésticos no país, ao que tudo indica, a violência contra as mulheres no Brasil permaneceu, carecendo da aplicação de novas medidas.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica é um tópico ainda muito delicado, considerando que os indivíduos envolvidos, geralmente dentro do ambiente familiar, possuem vínculo emocional muito forte, o que dificulta ainda mais a resolução destes conflitos. Insta mencionar que mesmo após a procura de amparo, algumas vítimas sentem culpa diante da violência sofrida e muitas desistem de dar prosseguimento ao processo, reatando o vínculo afetivo com o ofensor.

3 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

3.1 CONCEITO E MOTIVAÇÃO

A violência psicológica teve sua definição conceituada no art. 7.º, inciso II, da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha), mas como não permitia que o agressor fosse afastado do lar com base apenas nela, já que para tanto carecia de demonstração da violação física da vítima, foi sancionada a Lei n.º 14.188/21, em busca de dar maior efetividade ao delito de violência psicológica, tornando possível, com fulcro em seu art. 147-B, o afastamento imediato do agressor em relação a vítima se constatado risco à sua integridade psicológica.

À luz da nova Lei 14.188 de 2021, portanto, violência psicológica contra a mulher consubstancia-se em qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima, ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição

contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

Com a alteração trazida pelo art. 147-B do Código Penal, incluiu-se o programa “Sinal Vermelho” como forma de amparar mulheres em situação de violência, possibilitando uma maior integração entre o Poder Executivo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos de segurança pública e entidades privadas participantes do programa, bem como ampliando o canal de proteção e amparo às vítimas.

Para a Organização Mundial de Saúde (1998), a violência psicológica ou mental inclui: ofensa verbal de forma repetida, reclusão ou privação de recursos materiais, financeiros e pessoais. Para algumas mulheres, as ofensas constantes e a tirania constituem uma agressão emocional tão grave quanto as físicas, porque abalam a autoestima, segurança e confiança em si mesma. Um único episódio de violência física pode intensificar o impacto e significado da violência psicológica. Para as mulheres, o pior da violência psicológica não é a violência em si, mas a tortura mental e convivência com o medo e terror. Por isso, este tipo de violência deve ser analisado como um grave problema de saúde pública e, como tal, merece espaço de discussão, ampliação da prevenção e criação de políticas públicas específicas para o seu enfrentamento.

A violência psicológica pode ser definida como as desvalorizações, críticas, humilhações, gestos de ameaça, condutas de restrição contra a vida pública, e condutas destrutivas frente a objetos de valor econômico ou afetivo – inclusive de animais de estimação (ROVINSKI, 1994), com a finalidade de desestabilizar e ferir a vítima.

Profissionais que realizam a linha de frente no atendimento às vítimas comumente se deparam com situações de violência doméstica. Em geral são situações que se antecederam de modo silencioso e quase imperceptível. O autor da violência, em suas primeiras manifestações, não inicia com as agressões físicas, mas age primeiramente no cerceamento da liberdade individual da vítima, avançando para o constrangimento e humilhação.

De acordo com Miller (2002, p.16), o agressor, antes de “poder ferir fisicamente sua companheira, precisa baixar a sua autoestima de tal forma que ela tolere as agressões”.

No que diz respeito a intenção do agressor e o objetivo que ele busca alcançar, Góngora (2015, p. 79-82), observa quatro tipos de violência emocional: 1) indício precursor das agressões; 2) limitar à mulher o acesso a recursos; 3) deteriorar a imagem de competência intelectual e emocional da vítima; 4) fazer sentir sua suposta superioridade intelectual ou emocional de maneira hostil. As diferentes formas de agressão e violência variam acerca do contexto

e das partes envolvidas. Entretanto, a psiquiatra e escritora francesa Marie-France Hirigoyen (2006), acredita que na maior parte do tempo elas coexistem.

No primeiro tipo de abuso emocional, percebido como indício precursor das agressões, a intenção do agressor consiste em disparar a resposta de medo e submissão da vítima. A antecipação de um golpe, ressalta Hirigoyen (2006), pode fazer tão mal ao psiquismo quanto o golpe efetivamente deferido. Espécies desse tipo de violência são as ameaças de golpear ou matar a vítima ou os filhos, ou de sequestrá-los, assim como ameaça de suicídio.

No segundo tipo, o agressor busca limitar à mulher o acesso a recursos, de forma a impedir a vítima de sentir que dispõe de pessoas com as quais mantenha relações de amizade, que lhe permitam acesso a visões diferentes da vida de casal e que possam ajudá-la. Ao isolar a mulher, o agressor faz com que a atenção dela fique unicamente voltada à ele (HIRIGOYEN, 2006, p. 31-32). No entanto, a limitação de acesso pode dizer respeito também, a recursos materiais que permitam a mulher autonomia e a sensação de ter alguma coisa – questão valorizada por nossa cultura de consumo. Exemplos disso, são a proibição de contato com amigos e familiares, a limitação de locomoção (tentar controlar os lugares em que ela vai ou deixa de ir, o controle financeiro, a tomada unilateral de decisões e a proibição de trabalho (GÓNGORA, 2015, p. 79-82).

O terceiro tipo, apresenta-se com o intuito de deteriorar a imagem de competência intelectual e emocional da vítima, de modo a insultá-la, chamá-la de louca ou idiota, lhe dizer que é feia e que por isso ninguém irá querê-la. O agressor irá culpabilizar a vítima pelos problemas dele, dela, e inclusive da sua própria violência, poderá acusá-la de incompetência sexual e de que ela nada sabe fazer. As críticas não se dirigem às condutas, mas sim à pessoa. Com este cenário, o agressor tem a intenção de que a vítima deixe de confiar no que pensa, faz, sente e até mesmo em sua capacidade de amar e ser amada (GÓNGORA, 2015, p. 79-82).

No quarto tipo, aponta-se os atos em que o agressor faz sentir sua suposta superioridade intelectual ou emocional, de maneira hostil, com a intenção de degradar a imagem da vítima. Um bom exemplo, é a falta de atenção emocional, uma vez que transmite a ideia de que a vítima não é merecedora de atenção. As vezes não há de fato o desinteresse, somente a intenção de causar dano à vítima, utilizando-se da distância emocional, quando o agressor percebe que isso é o que ela mais teme (GÓNGORA, 2015, p. 79-82).

3.2 DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE AMBIENTES DE MAIOR INCIDÊNCIA

No ano de 2014, o Sistema de Informação de Agravos de notificação (Sinan) – responsável por registrar atendimentos do Sistema Único de Saúde

(SUS) no campo das violências – arrolou, somente naquele ano, uma média de 405 mulheres por dia demandando atendimento em uma unidade de saúde, por violência sofrida. Muito embora, a violência física represente quase a metade dos atendimentos, é possível observar o considerável número de atendimentos relacionados à violência psicológica, que se dá por 23%, correspondendo a 45.485 atendimentos em todo o país (WAISELFISZ, 2015).

Inclui-se no relatório da pesquisa, o número de atendimentos de mulheres vítimas de violência em unidades de saúde, com a indicação do agressor, no ano de 2014. É notável que a maioria dos agressores retratados é composta por cônjuges (28.768 casos), ex-cônjuges (10.081 casos), namorados (5.386 casos) e ex-namorados (2.922 casos). Ainda assim, não há como ignorar o alto índice de agressões perpetradas pela mãe (10.381 casos). (WAISELFISZ, 2015).

Dados colhidos pela Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), no ano de 2013, de base domiciliar e realizada em parceria entre o Ministério de Saúde e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificaram que 3,7 milhões de pessoas, com 18 anos de idade ou mais, disseram ter sofrido agressão de alguém conhecido, representando 2,5% da população nessa faixa etária. O número de vítimas do sexo feminino – 2,4 milhões ou 3,1% - chega a ser quase o dobro dos quantitativos masculinos – 1,3 milhões ou 1,8% (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 55).

No tocante a relação com a vítima mulher, elucidou-se que a grande maioria é formada por parceiros (22,6%) e ex-parceiros (12,5%). A seguir, destacam-se as violências cometidas por pai e mãe (2,9%) e padrasto e madrasta (0,6%) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 59).

Quanto ao tipo de violência sofrida pelas mulheres por pessoas conhecidas, o maior número verificado foi de violência psicológica. Foram relatadas 1.164.159 incidências desse tipo de violência (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 59).

Foi apontado também, que em relação aos locais das agressões, a residência é o local em que mais ocorre violência não letal para ambos os sexos; substancialmente superior para o sexo feminino (71,9%) contra acerca do sexo masculino (50,4%). Em segundo lugar, a rua é considerada local de ocorrência de 15,9% das violências atendidas, no caso feminino, contra 30,6% dos atendimentos masculinos (WAISELFISZ, p. 50).

A agência de notícias do IBGE divulgou em 2021 a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) referente ao ano de 2019, apresentando dados novos sobre o quadro de violência psicológica no Brasil. Conforme os dados apresentados, verificou-se que no período de apenas um ano (2019), 29,1 milhões de pessoas, de 18 anos ou mais, sofreram violência psicológica, física ou sexual no Brasil, sendo o percentual de mulheres maior (19,4%) do que o dos homens (17,0%).

A PNS estimou que 17,4% da população (ou 27,6 milhões de pessoas) sofreram violência psicológica, 4,1% (6,6 milhões) sofreram violência física e 0,8% (1,2 milhão) sofreram violência sexual, sendo que a maior parte dos agressores eram pessoas conhecidas das vítimas que, em sua maioria, eram compostas de mulheres. A pesquisa também demonstrou que a violência era mais comum entre jovens de 18 a 29 anos (27,0%), pretas (20,6%) e pardas (19,3%) e que 8,9% das mulheres com 18 anos ou mais no Brasil já haviam sofrido violência sexual em algum momento das suas vidas.

A prevalência da violência foi de 22,5% entre as pessoas com rendimento de até 1/4 do salário-mínimo e de 16,9% para aquelas com rendimento acima de 5 salários-mínimos. Cerca de 3,5 milhões de pessoas (ou 12,0% das vítimas) deixaram de realizar atividades habituais em decorrência da violência sofrida. A prevalência feminina (15,4%) representou mais que o dobro da masculina (7,6%). A pesquisa também investigou as consequências para a saúde das vítimas de violência psicológica, física ou sexual, classificando-as como psicológicas (medo, tristeza, desânimo, dificuldades para dormir, ansiedade, depressão ou outras consequências psicológicas); físicas (hematomas, corte, fraturas, queimaduras ou outras lesões físicas ou ferimentos); e sexuais (doença sexualmente transmissível ou gravidez indesejada).

A PNS demonstrou que 2,3 milhões de vítimas procuraram atendimento de saúde, sendo 13,2% homens e 16,9% mulheres. Por cor ou raça, os percentuais foram de 17,5% das pessoas brancas, 14,8% das pardas e 13,4% das pretas.

Com relação especificamente à violência psicológica verificou-se que ela foi relatada por 17,4% da população e 18,6% das mulheres. Além disso, 27,6 milhões de pessoas de 18 anos ou mais disseram sofrer agressão psicológica nos 12 meses anteriores à entrevista. Verificou-se também que, na violência psicológica, o percentual de mulheres vitimadas permaneceu maior (18,6%) que o dos homens (16,0%), incluindo jovens de 18 a 29 anos (25,3%) e a prevalência das pessoas pretas (19,3%) e pardas (18,3%), superando a das brancas (15,9%). O grupo com menor rendimento (até 1/4 do salário-mínimo) tinha a maior taxa de vítimas (21,1%), ante o grupo acima dos 5 salários-mínimos (16,2%).

Os dados revelaram ainda que cerca de 59,1% das vítimas de violência psicológica foram ofendidas, humilhadas ou ridicularizadas na frente de outras pessoas, e a taxa das mulheres (61,3%) superava a dos homens (56,2%). Alguém ter gritado com ou xingado foi indicado por 76,4% das vítimas, também com a prevalência das mulheres (79,2%) superando a dos homens (72,8%). Já os agressores mais citados foram: cônjuge, companheiro(a), parceiro(a) ou namorado(a) (inclusive ex-cônjuge, ex-companheiro(a), ex-parceiro(a) ou ex-namorado(a)), em 24,5% das respostas. Neste índice, a taxa de mulheres é mais que o dobro (32%) da de homens (14,7%). (IBGE, 2019)

Dos dados apresentados, verifica-se que há a predominância feminina na posição de vítimas dos três tipos de violência, seja física, psicológica ou sexual, sendo em sua grande maioria jovens de 18 a 29 anos, pretas e pardas, com menor rendimento (até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo) em que os agressores são, em sua maioria, pessoas próximas à vítima.

3.3 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS

É possível observar que a violência contra a mulher no Brasil costuma ocorrer em maior escala nas residências, sendo infelizmente provocada de forma majoritária pelos parceiros das vítimas, resultando em depressão, baixa autoestima, isolamento social, dano psíquico, trauma e até mesmo suicídio, em alguns casos. “É considerado dano psíquico como sendo aquele ligado à ideia de prejuízos à psique do sujeito e às situações traumáticas” (ROVINSKI, 2004). Observou-se que, mesmo não havendo uniformidade na literatura pesquisada, o dano psíquico costuma ser equiparado a noção de trauma.

Neste sentido, Medina Amor (2015, p. 4) distingue três períodos de trauma na história: 1) período teológico, ou pré-científico, visto a partir da cultura da culpa e da expiação por meio de sacrifícios ou rituais; 2) período científico ou técnico, desenvolvido em meados do século XIX no contexto da revolução industrial e dos avanços tecnológico e científico, quando surge a figura do experto como responsável pela atenção às vítimas de acidentes, guerras e catástrofes. Nesse período a vítima adota um papel passivo e dependente de ajuda externa para a recuperação; e 3) período psicossocial, surgido no final do século XX, em que a ideia de trauma se amplia para os diferentes campos da vida social, quando então as vítimas passam a adotar o papel ativo em defesa dos direitos violados em uma cultura de compensação.

Quanto aos critérios, para a constatação do dano psíquico (sintomas do transtorno de estresse pós-traumático - TEPT), atualmente os dois sistemas de classificação mais utilizados são a CID-10, utilizada na Europa, desenvolvida e publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e o DSM, da Associação Psiquiátrica Americana (APA). Os dois sistemas são compatíveis, eis que criadas facilidades para um intercâmbio mutuamente produtivo (CUNHA, 2000).

No Brasil, a CID-10 é adotada pelo Ministério da Saúde como oficial, desde o ano de 1993. O Conselho Federal da Psicologia, por sua vez, faculta “ao psicólogo o uso da CID ou outros códigos de diagnóstico, científica e socialmente reconhecidos, como fonte de enquadramento diagnóstico” (Resolução CFP 015/1996). Evidencia-se ainda, que em maio de 2013, foi publicada a versão 5 do DSM, pela Associação Psiquiátrica Americana (RAMOS, 2019, p. 115).

Sendo assim, o conceito de “trauma”, no contexto clínico, é uma “resposta a um evento, que causa um impacto grave e nocivo sobre o indivíduo

e que se estrutura psicopatologicamente pelo transtorno de estresse pós-traumático” (MEDINA AMOR, 2015, p.18). Seu desenvolvimento e sua evolução condicionam-se as dificuldades em integrar a experiência traumática ao conjunto da memória biográfica da pessoa.

Dentro do avanço histórico e da classificação, feita tanto no DSM, quanto no CID, é possível conjecturar parâmetros à constatação da ocorrência do dano psíquico. No trabalho de revisão biográfica (SILVA; COELHO; CAPONI; 2012) concluiu-se da literatura pesquisada, que os sintomas do Transtorno do Estresse Pós-Traumático (TEPT), de natureza psiquiátrica, são os mesmos parâmetros utilizados para caracterizar a ocorrência do dano psíquico originado de um evento traumático. Deste modo, geralmente, será a presença ou não desses sintomas em mulheres que se apresentarem como vítimas de violência psicológica, no âmbito doméstico e familiar, os indicadores da ocorrência – ou não – de dano psíquico.

De acordo com Teodoro (2020), professor de psicologia da UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) e membro da diretoria da SBP (Sociedade Brasileira de Psicologia):

A princípio, o que ocorre é uma reação estressada, ansiosa e de culpa em relação ao agressor. No entanto, com o passar do tempo, a pessoa pode desenvolver ansiedade com outros relacionamentos, retraimento social, baixa-autoestima e, conseqüentemente, depressão (TEODORO, 2020).

Embora pareçam claras as conseqüências desse tipo de violência, acabam por gerar novos questionamentos sobre a forma como algumas mulheres vitimadas se aprisionam a tais relacionamentos. A dependência emocional e financeira da vítima, sua vergonha e seu medo aliado à manipulação do agressor, obstaculizam ações mais efetivas de proteção, evidenciando a necessidade de políticas públicas estruturantes, com maior diversidade e inclusão, pois com educação e cultura o mundo se transforma.

4 LEI 14.188 de 2021 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL E NA LEI MARIA DA PENHA

4.1 ORIGEM E MOTIVAÇÃO

A Lei n.º 14.188, de 29 de julho de 2021, acrescentou ao Código Penal a tipificação detalhada do crime de violência psicológica contra a mulher, e também incluiu o programa “Sinal Vermelho”, que consiste em um “X” pintado em vermelho na mão da vítima para denunciar, de forma discreta, que aquela pessoa está em perigo e necessita de socorro urgentemente.

A nova norma teve origem no Projeto de Lei n.º 741/2021, sugerido pela Associação dos Magistrados (AMB), e apresentado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI). No senado, a relatora da matéria foi a Senadora Rose de Freitas (MDB-ES).

O projeto nacional “Sinal Vermelho” foi criado em junho de 2020, com o objetivo de oferecer amparo às mulheres vítimas de agressões familiares durante a pandemia da COVID-19, um canal de denúncia de violência e maus-tratos. Com a publicação da Lei n.º 14.188/2021, essa campanha tornou-se programa nacional, de forma a definir que o Executivo, o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos de segurança pública, estabelecessem parceria com estabelecimentos comerciais privados para o desenvolvimento do projeto, bastando que a vítima da violência, mostrasse a letra X escrita em vermelho em sua mão para o reconhecimento da denúncia de situação de violência e encaminhamento da vítima ao sistema de segurança pública.

A Lei n.º 14.188/2021 foi criada com o objetivo de proteger a integridade mental da mulher, penalizando todo método que prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento, ou vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, além de prevenir a ocorrência de casos mais graves, visto que é bem comum que a violência psicológica anteceda agressões físicas e até mesmo feminicídios, trazendo o art. 147-B do Código Penal a penalização específica de violência psicológica contra a mulher, e permitindo a concessão da medida protetiva de afastamento imediato do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida no caso de risco iminente à integridade psicológica da mulher, o que até então só poderia ser feito em caso de risco à integridade física da vítima.

5 CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER – ART. 147-B DO CÓDIGO PENAL

Conforme se expôs, condutas que causem danos emocionais ou atitudes que tenham por objetivo a limitação ou o controle de ações e comportamentos, constringindo, ameaçando, humilhando, chantageando ou qualquer outro que cause prejuízo à saúde psicológica enquadram-se como violência psicológica.

No Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher consiste em:

“Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões,

mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.” (BRASIL, 2021)

Tendo sua pena de reclusão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

Considerando a análise feita por Cabette (2022), quanto a sua objetividade jurídica, o bem jurídico protegido com a norma incriminadora em estudo, é a integridade mental e a saúde psicológica da mulher, assim como sua liberdade individual e pessoal, mesmo porque é abrigado no Capítulo VI – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual, Seção I – Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

Tratando-se do sujeito ativo, o enunciado dá a entender que o autor do crime precise ser um homem, porém isso não é real. A legislação não especifica ao se tratar do gênero do agressor, de modo que não se trata de crime próprio e sim de crime comum. Podendo ser cometido por qualquer pessoa, até mesmo pessoas de ambos os sexos. Além disso, não há exigência de nenhuma relação de parentesco ou convivência entre autor e vítima (CABETTE, 2022).

A lei diz muito claramente que o sujeito passivo deste crime é apenas a mulher. No entanto, questiona-se: poderá um transexual ser vítima de violência psicológica contra a mulher? Como bem destaca Cunha (2015), sobre o tema do transexual e o feminicídio, podem surgir duas correntes de pensamento: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transsexualismo transmude suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil (CABETTE, 2022).

Tratando-se do tipo objetivo, “o verbo do tipo é causar dano emocional à mulher que prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões” (BRASIL, 2021). Também se estabelece os meios pelos quais esse dano emocional poderá ser causado pelo autor: “mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação” (BRASIL, 2021). Por mais que sejam apresentados meios específicos para a causação do dano emocional à mulher, não se pode afirmar que se trate de um chamado “crime

de forma livre”. Isso porque o verbo “causar” empresta à conduta toda uma amplitude praticamente inabarcável. Poderia ser que os meios dispostos na lei, para essa causação, viessem a conferir alguma determinação à conduta, no entanto, o fato é que em todos os casos não há determinação alguma. Um exemplo disso é que se pode ameaçar alguém de muitas formas, chantagear também, ridicularizar, isolar, humilhar etc (CABETTE, 2022).

Embora provido apenas de um verbo (“causar”), pode-se dizer que o crime é um delito de ação múltipla, de conteúdo variado, tipo misto alternativo ou plurinuclear. A causação do dano psicológico à mulher pode dar-se por vários meios, descritos no tipo penal, sendo fato que, se mais de um desses meios for utilizado pelo agente nas mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima, não haverá pluralidade de crimes. É importante mencionar que o crime em estudo é submetido ao “Princípio da Alternatividade”, ou seja, pode ser perpetrado com o uso dos diversos meios de conduta descritos em sua competência, integrando, em caso de invariância de circunstâncias, apenas um ilícito penal e não vários, considerando o magistrado e a pluralidade de núcleos utilizados na dosimetria da pena (CABETTE, 2022).

Ao analisar seu tipo subjetivo, o crime de “Violência Psicológica Contra a Mulher” somente pode ser praticado na modalidade dolosa. Sendo esse dolo específico, uma vez que é necessário que o agente pretenda, por meio da violência psicológica, prejudicar ou perturbar o desenvolvimento da vítima ou ainda visar sua degradação ou controle. Não há previsão de figura culposa, e quanto ao dolo eventual, considera-se que seria inviável, pois a ocorrência prática se torna muito difícil, especialmente tendo em vista a necessidade de visar prejuízo ou perturbação do desenvolvimento, ou ainda, a degradação do controle da mulher em diversos aspectos. É, portanto, de extrema dificuldade imaginar uma situação real de dolo eventual, de modo que se trata de um crime por excelência, informado pelo “dolo direto”. De acordo com Gilaberte (Análise da Lei 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher):

(...) fica claro que o crime é invariavelmente doloso. Assim, por exemplo, em uma relação conjugal, se um dos cônjuges é indiferente ao outro e isso afeta a autoestima do parceiro a tal ponto que surja um dano emocional limitador da autodeterminação, mas esse processo é desconhecido por aquele que demonstra a indiferença, não há delito a ser apreciado (GILABERTE, 2021).

Em relação à consumação e tentativa, pode-se dizer que o delito se consuma com o efetivo dano psicológico ou emocional causada à mulher.

Na primeira parte do dispositivo o crime é obviamente material, exigindo a ocorrência do dano emocional, bem como do prejuízo ou perturbação do desenvolvimento da mulher. Desse modo, é possível (embora raro, na prática) a ocorrência da forma tentada. Já em sua segunda parte, pode parecer que se trata de crime formal, uma vez que se exige o dano emocional, mas apenas que este “vise” a degradação ou controle da mulher, não que efetivamente se obtenha tais efeitos. No entanto, dá-se a impressão de que o crime continua, em sua segunda parte, sendo material. O resultado do dano emocional permanece como exigência para a completude típica. Apenas o efeito desejado de controle ou degradação, é que pode ser, tão somente, uma aspiração e não se concretizar. Trata-se do que se convencionou chamar de “crime incongruente”, quando o dolo do agente deve ultrapassar os elementos típicos exigidos para a consumação. Dessa forma, o crime será consumado com o dano emocional, haja ou não a degradação ou controle. Por outro lado, continua sendo possível, ao menos em tese, a tentativa frustrada de provocar o dano emocional (CABETTE, 2022).

6 DESAFIOS DO ART. 147-B DO CÓDIGO PENAL

Por ser uma lei recente, pouco se sabe ainda sobre sua efetividade em casos práticos. No entanto, vale ressaltar que o dispositivo apresenta peculiaridades que podem fazer com que o processamento desse tipo de crime seja lento e ineficaz. Vale mencionar também, que há uma grande divergência de opiniões dos especialistas acerca da criação dessa lei. Uns a consideram necessária e eficaz e outros a consideram um erro. A advogada Clarissa de Faro Teixeira Höfling (Revista Consultor Jurídico, 2021), sócia-fundadora do escritório especializado em Direito Penal, Höfling Sociedade de Advogados, frisou que a nova lei traz significativo avanço no combate à violência contra a mulher.

“Quando uma mulher era vítima de violência psicológica, tentava-se enquadrar a questão nos tipos penais de injúria e difamação. No entanto, por possuírem requisitos específicos, muitas vezes não se enquadravam à situação vivida pela mulher, desencadeando na impunidade do seu autor” (HÖFLING, 2021)

Em sua opinião a criminalização é importante não só para a segurança da própria vítima, por ser um meio de afastá-la do agressor e puni-lo de suas condutas, mas também por ser uma forma de dar mais amplitude ao assunto. No magistério de Joaquim Pedro de Medeiros Rodrigues (Revista Consultor Jurídico, 2021), mestre em Direito Constitucional, o novo crime criado não

se restringe apenas ao ambiente familiar, indo além e alcançando relações de trabalho e ambientes profissionais. “É um novo crime — portanto, relevante — pois pode alcançar o assédio moral, já conhecido da Justiça do Trabalho”. Para a especialista em direito das mulheres, Mônica Sapucaia Machado (Revista Consultor Jurídico, 2021), colocar a violência psicológica como crime de ameaça foi um erro, pois a ameaça necessita de representação e é considerada um crime de menor potencial ofensivo.

Na perspectiva de Alexandre Moraes da Rosa (Revista Consultor Jurídico, 2021) a nova lei não resolve todas as dificuldades na persecução dos atos atentatórios à saúde mental da mulher, em razão de ter que ser confrontada com o tipo penal de lesão corporal, já existente no ordenamento, além de ter sido inserido no Capítulo VI do CP, dos crimes contra a liberdade individual, quando em caso concreto, o bem jurídico que busca proteger na incriminação da conduta de “causar dano emocional à mulher”, não se restringe a liberdade, mas sim a integridade mental da mulher, como um todo. Ele entende que a violência psicológica se encaixa como crime de dano, consumando-se apenas com a efetiva lesão do bem jurídico, e, neste caso, com o efetivo dano emocional – ou psíquico – à mulher. Segundo ele por deixar vestígios, o crime de violência psicológica reclama à comprovação de sua materialidade, ou seja, de sua existência, a promoção de exame de corpo de delito. O criminalista Felipe Maranhão (Revista Consultor Jurídico, 2021), manifestou-se afirmando que “é absolutamente necessário que o Estado Brasileiro siga adotando medidas para reverter o histórico quadro social de opressão às mulheres”, questionando se a criminalização de novas condutas seria o melhor caminho para atingir tal finalidade, aduzindo que o legislador foi pouco preciso na redação do tipo penal do artigo 147-B, considerando-o aberto e de constitucionalidade duvidosa, diante de possível violação ao princípio da legalidade.

Ao analisar a formulação textual do crime de violência psicológica contra a mulher, percebe-se que essa dá mais importância ao resultado do que à conduta praticada, ocasionando a configuração do tipo penal por meio de infinitas ações. De forma a ter sua constitucionalidade questionada, ao violar o princípio da legalidade, nos termos do artigo 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade, ao tratar da taxatividade, expõe que a norma deve ser anterior, escrita, estrita, certa e necessária e que o artigo 147-B do Código Penal versa sobre diversas condutas, abrangendo inúmeros núcleos penais e ainda interpretação análoga, tornando a norma de cunho genérico, e desviando das imposições do princípio da taxatividade, levando em consideração que a norma estrita e certa seria aquela rigorosamente delimitada, o que não é o caso (BRASIL, 1940).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, considera-se que a penalização da violência doméstica de cunho psicológico representou um avanço, ainda que dela decorram debates imprescindíveis. O reconhecimento e amplitude do tema, há muito negligenciado, representou um progresso na aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha.

Entretanto, para que haja maior efetividade, algumas lacunas poderiam ser preenchidas sendo de extrema importância: a adequação da formulação textual da norma, presente no art. 147-B do Código Penal, para que não se contraponha ao princípio da legalidade, no que diz respeito a taxatividade, carecendo de maior especificidade em sua redação. Necessária também uma revisão na exigência de confrontar com o tipo penal de lesão corporal, e no fato do crime ter sido inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, quando na verdade poderia estar alocada como crime de dano.

Importante também mencionar que a violência psicológica, por ser de difícil identificação, pode resultar em desinformação por parte das vítimas, fazendo com que as mesmas não tenham ciência de estarem sendo violentadas. Muitas mulheres demonstram os sintomas desenvolvidos pelas agressões psicológicas, tais como: ansiedade, depressão, insônia, síndromes, baixa autoestima etc., no entanto, não conseguem relacionar os desprazeres sofridos ao abuso vivenciado. A habilidade do agressor em distorcer informações seletivamente, omitindo-as, faz com que a vítima não o veja como culpado, levando a culpa para si, duvidando de sua própria memória, percepção e sanidade, pode ser definida na língua inglesa como *gaslighting*, sendo também uma forma de abuso psicológico.

Isto posto, concluiu-se que para dar maior efetividade à Lei nova, urge a necessidade de criação de campanhas de conscientização social, com ampla divulgação de todos os órgãos, públicos e privados, nas escolas, mercados, lanchonetes, shoppings, jornais, teatros, cinema e demais estabelecimentos, para que se crie uma nova cultura social, que diga não à violência contra mulher, seja ela física ou psicológica. A conscientização tem o poder da transformação, a cada nível de conscientização das pessoas, maiores as chances de identificação e contenção da violência contra mulher e das condutas danosas que ferem sua dignidade e lhe causam danos psíquicos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 31 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Brasília: Secretaria Geral da Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm
- ALEIXO, Bruna Massaferrero; SARTORI, Marcelo Vanzella. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha à luz do princípio da igualdade. *Universitas*, n. 5, 2013. Disponível em: <http://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/66>
- BORIN, Thaís Belloube. Violência doméstica contra a mulher: percepções sobre violência em mulheres agredidas. 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-30092008-125835/pt-br.php>
- BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei” Maria da Penha”. Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, v. 10, 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf
- CABETTE, E. L. S. **VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER (ARTIGO 147-B, CP)**. 5 de maio de 2022. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/05/05/violencia-psicologica-contra-a-mulher-artigo-147-b-cp/#_ftn30
- CUNHA, R. S. **Lei do Feminicídio: breves comentários**, 2015. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios#:~:text=Admite%2Dse%20que%20o%20sujeito,vio%C3%AAncia%20dom%C3%A9stica%20contra%20a%20mulher> Acesso em: 16 abr. 2022.
- GILABERTE, B. **Análise da Lei nº 14.188/2021: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher**, 2021. Disponível em: <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher>. Acesso em: 31 out. 2022.
- GÓNGORA, J. N. **Violência en las relaciones íntimas: una perspectiva clínica**. Barcelona: Herder, 2015.
- GREGORI, M. F. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNS 2019: em um ano, 29,1 milhões de pessoas de 18 anos ou mais sofreram violência psicológica, física ou sexual no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30660-pns-2019-em-um-ano-29-1-milhoes-de-pessoas-de-18-anos-ou-mais-sofreram-violencia-psicologica-fisica-ou-sexual-no-brasil.html>. Acesso em: 29 jun. 2023.

- IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ipea: Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra mulheres**, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/noticiasmidia/direitos-humanos/1223-ipea-lei-maria-da-penha-reduziu-violencia-domestica-contra-mulheres>. Acesso em: 31 out. 2022.
- MEDINA AMOR, J. L. **Trauma Psíquico**. Madri: Paraninfo, 2015.
- RAMOS, A. L. S. **Violência Psicológica Contra a Mulher**. O Dano Psíquico Como Crime de Lesão Corporal. Livro publicado em: 06 ago. 2019.
- RAMOS, L. S.; ROSA, A. M. da. A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher (Lei 14.188/21). **Revista Consultor Jurídico**. 30 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821>>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- ROVINSKI, S. L. R. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 1994.
- SILVA, L. L.; COELHO, E. B. S.; CAPONI, S. N. C. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica**. 31 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ics/a/9SG5zGMVt4VFDZtzbxX97MkP/?lang=pt#>
- TEODORO, M. **Abuso psicológico afeta tanto saúde mental quanto física: como identificar**. **Vivabem UOL**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/04/17/abuso-psicologico-afeta-tanto-saude-mental-quanto-fisica-como-identificar.htm> Acesso em: 18 abr. 2022.
- MONTEIRO, Josemary Felix. **A Lei Maria da Penha e o Bem Jurídico Tutelado**. Brasília. 2009. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: https://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/UCB-2_9fc73e0e02763f6947ca7da5919fef96?Ing=en
- MILLER, L. **Protegendo as mulheres da violência doméstica**. Seminário de treinamento para juízes, procuradores, promotores e advogados no Brasil. Trad. Osmar Mendes. 2. ed. Brasília: Tahirid Justice Center, 2002.
- HIRIGOYEN, M.-F. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física**. Tradução Maria Helena Küner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- OMS. Organização Mundial de Saúde. Organização Pan-Americana de Saúde. **La unidad de salud de la mujer de la OMS (WHD). Violencia contra la mujer: un tema de salud prioritario**. Ginebra, 1998. (Sexta Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1996. Junio 1998 - A 49-vr-6).
- OMS, Organização Mundial da Saúde. **Definição de saúde**, 1946. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-quero-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significar-saude#:~:text=Seguindo%20essa%20linha%20mais%20abrangente,aus%C3%Aancia%20de%20doen%C3%A7a%20ou%20enfermidade>. Acesso em: 31 out. 2022.
- VRISSIMTZIS, N. A. **Amor; sexo e casamento na Grécia antiga**. Trad. Luis Alberto Machado Cabral. São Paulo: Odysseus, 2002.
- WASELFIJS, J. J. **Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 31 out. 2022.

VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: ENTRE O DIREITO VIVO DE EHRlich E O NORMATIVISMO JURÍDICO DE Kelsen

José Raul Cubas Júnior¹⁴⁷, Demetrius Nichele Macei¹⁴⁸

RESUMO

A presente artigo busca investigar a validade da norma jurídica em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen, o vitalismo jurídico do Direito Vivo e o normativismo jurídico da Teoria Pura do Direito, respectivamente, com o cotejo analítico de uma norma jurídica – expedida por autoridade judicial – à luz dos elementos colhidos no plano teórico. Para tanto, com o objetivo de descrever os principais contributos de cada autor [no plano da validade da norma jurídica] e estabelecer um diálogo entre eles, ao longo da pesquisa foram utilizados os métodos descritivo, comparativo e dialético. A principal conclusão alcançada revela a possibilidade da autoridade judicial, ao expedir uma norma jurídica válida e entregar a prestação jurisdicional, considerar — ao lado da lei escrita e sem atentar contra o ordenamento jurídico pátrio em sua presente conformação — a observação do agir humano e extrair o direito que, embora não positivado, emana com naturalidade da vida em sociedade.

Palavras-chave: direito; vitalismo; normativismo; ehrlich; kelsen.

INTRODUÇÃO

Se de um lado, para o Direito Vivo a validade da norma jurídica reclama a adequação do seu comando normativo com aquilo que o homem respeita, não em decorrência da ameaça de coação estatal oficial, assentada na letra da lei ou nas decisões judiciais, mas por imposição do regramento social [e não legal] derivado com naturalidade da vida em sociedade; de outro, para o Normativismo Jurídico a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada. É nesse contexto de aparente antagonismo [ao menos aparente], em reconhecer ou não a importância da observação do agir humano

¹⁴⁷ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial pelo UNICURITIBA. Advogado e professor no Curso de Direito do UNIBRASIL. E-mail: cubasjunior@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5782955471150469>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4819-7274>.

¹⁴⁸ Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Advogado e professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do PPGD/UNICURITIBA. E-mail: demetriusmacei@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668>.

para a produção do direito e formulação da norma jurídica, que se justifica a presente pesquisa, pois como afirmara Ehrlich, há mais de um século, no Natal de 1912, *“também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade”* (EHRlich, 1986, s.n).

O presente artigo, em capítulo propedêutico, busca extrair os pressupostos de validade da norma jurídica em que se assentam a Teoria do Direito Vivo, desenvolvida por Eugen Ehrlich na obra *“Fundamentos da Sociologia do Direito”*, e o Normativismo Jurídico de Hans Kelsen, exposto na obra *“Teoria Pura do Direito”*.

Na sequência, com objetivo de superar o plano puramente teórico, a pesquisa confronta os fundamentos de validade da norma jurídica – apurados em Ehrlich e Kelsen – e os coteja à luz de um caso concreto, ilustrativo, qual seja uma sentença expedida por uma autoridade judicial, em busca de responder se é possível, ou não, uma norma jurídica encontrar conformação de validade, simultaneamente, nos pressupostos do Direito Vivo e do Normativismo Jurídico, sem que um eclipse o outro.

A pesquisa segue estruturada em 6 seções, incluindo esta introdução.

Nas duas seções seguintes, mediante uso do método descritivo, com revisão bibliográfica das obras *“Fundamentos da Sociologia do Direito”*, *“Teoria Pura do Direito”* e demais livros e artigos científicos, são expostas as credenciais e as teorias desenvolvidas por Ehrlich e Kelsen.

A quarta seção, pelo método comparativo, traz o cotejo comparativo entre os principais conceitos divergentes apurados entre os autores supracitados.

Na quinta seção, que se vale do método dialético, é realizado o cotejo analítico de um caso concreto à luz dos pressupostos de validade da norma jurídica sustentados por Ehrlich e Kelsen, confrontando-os.

Na última seção são apresentados, resumidamente, os resultados obtidos com a pesquisa e a sua conclusão. A importância de investigar o reconhecimento de validade da norma jurídica – seja pela lente estruturalista do direito ou pela ótica da sua eficácia social – para o adequado tratamento da crescente complexidade das relações sociais que o direito busca regular, faz ver que há muito ainda o que se avançar nessa seara, daí que o presente artigo representa a continuidade de uma pesquisa científica principiada no ano de 2018, com escritos vestibulares submetidos à crítica da comunidade acadêmica e publicados¹⁴⁹ nos anos de 2018 e 2019.

¹⁴⁹ Estudos publicados nos anos de 2018 e 2019, na Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica [v. 4, n. 2, p. 59-79, jul./dez.2018] e nos Anais do II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [2019, p. 260-274], respectivamente, ao final referenciados.

1 EUGEN EHRLICH

Eugen Ehrlich [1862-1922] nasceu na região denominada Czernowitz [Ducado de Bukowina, uma província do então Império Austro-húngaro], atualmente denominada Chernivtsi, uma cidade situada às margens do rio Prut, no sudoeste da Ucrânia. Estudou direito em Viena, onde também lecionou direito e era advogado. Ao retornar para a sua cidade natal, assumiu como professor e Reitor da Universidade de Czernowitz. Durante a Primeira Guerra Mundial, quando Czernowitz foi ocupada diversas vezes por forças russas, mudou-se para a Suíça. Após o desmembramento do Império Austro-húngaro e a cessão da Bukowina para a Romênia, Ehrlich retornou a Czernowitz e morreu em Viena [Áustria]. Jurista e sociólogo austríaco, Ehrlich se destacou na pesquisa jurídica e foi considerado “pai” da “Sociologia do Direito”, sendo motivado aos estudos pela experiência adquirida no contato que teve com a cultura Bukowina, no período em que as leis austríacas contrastavam com os costumes locais, mas com elas coexistiam, fato que o fez questionar as noções hierárquicas do direito (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

Entre as suas principais obras, destaca-se “Grundlegung der Soziologie des Rechts” [Fundamentos da Sociologia do Direito], publicada originalmente em 1913, na qual sustenta a Sociologia do Direito como a ciência do direito, porque este não é estático e deve considerar as mutações que impactam a sociedade (SPAREMBERGER, 2003, p. 119-120). E essa preocupação de Ehrlich com o olhar para a sociedade já vem expressa no prefácio de sua obra:

“Afirma-se, com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente escrito devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito.” (EHRLICH, 1986, s.n)

Em resumo, Ehrlich inovou “[...] na compreensão do Direito como ciência e como fenômeno social” (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

1.1 VITALISMO JURÍDICO: O DIREITO VIVO

Ao considerar as relações que se desenvolvem entre os homens no seio de dada sociedade e os fenômenos sociais que delas derivam [e não apenas as regras prescritas pelo direito posto/positivado], Ehrlich propõe a chamada “Teoria

do Direito Vivo” [ou “Vitalismo Jurídico”], uma construção teórica decorrente das respostas que obteve em relação ao autoquestionamento sobre “De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?” (EHRlich, 1986, p. 16)

Para Ehrlich, quaisquer respostas ao questionamento formulado poderiam produzir conclusões opostas, do monismo ao pluralismo jurídico, da análise do abstrato à investigação do concreto, do normativismo positivista ao sociologismo, da dedução à indução.

Segundo Ehrlich, no passado, grande parte do direito não tinha sua origem no Estado e ainda hoje boa parte não é por ele concebida (EHRlich, 1986, p. 16). A lei positivada, produto da tarefa do legislador, não é e nem pode ser tida como origem do direito. Aliás, conceber o direito como mera regra do agir humano demandaria negar ao princípio de que ele compromete/ obriga as pessoas, porque não se pode agir de acordo com algo do qual nem sempre se tem conhecimento, mesmo que se admitisse a presunção de que uma vez publicada a lei se reputa conhecida (EHRlich, 1986, p. 16).

Para Ehrlich o agir humano não encontra vinculação direta à ameaça de coação oficial imposta pelos tribunais. Pelo contrário, considera que a todo tempo o homem está submetido à coação psicológica situada fora do campo do direito, decorrente das relações estabelecidas pelo regramento social [e não legal] no qual está inserido:

“A própria intuição lhe ensina que cada pessoa se encontra numa infinidade de relações jurídicas e que, com muitas poucas exceções, ela faz aquilo que estas relações lhe determinam. Ela cumpre suas obrigações como pai e filho, como esposo ou esposa, não prejudica seus vizinhos no gozo de sua propriedade, paga suas dívidas, [...]. O jurista naturalmente pode replicar que todos cumprem seus deveres somente porque sabem que podem ser obrigados a cumpri-los através dos tribunais. Mas se ele se desse ao trabalho de observar as pessoas em seu agir no dia a dia, facilmente se convenceria de que estas pessoas nem pensam numa coação que lhes possa ser imposta por tribunais. Via de regra agem como que por instinto e, quando este não é o caso, suas justificativas são bem outras: poderiam ter problemas com seus parentes, perder seu posto, perder sua clientela, ser estigmatizados como encrenqueiros, desonestos, irresponsáveis. [...] o que as pessoas nesta situação fazem ou deixam de fazer, mesmo que seja por obrigação jurídica, frequentemente é bem outra coisa, e em geral muito mais do que consegue a coação oficial.” (EHRlich, 1986, p. 23).

Ehrlich (1986, p. 16) admite que, na maioria das vezes, o homem se vê compelido ao cumprimento de suas obrigações como curso natural da ordem

imposta no seio da sua comunidade, nas relações jurídicas estabelecidas com seus pares, nas associações das quais faz parte, sendo que “a ordem na sociedade humana se apoia no fato de que obrigações jurídicas em geral são cumpridas, não no fato de que podem ser levadas a juízo”, porque maior do que a ameaça de coação estatal — prescrita em lei — é o receio dos reflexos negativos [v.g. reprovção social] que uma conduta moralmente abjeta pode resultar (EHRlich, 1986, p. 55):

“Quem depende do respaldo de seu grupo — e quem não necessitaria dele? — faz bem em observar, ao menos grosso modo, as normas do grupo. Todo recalcitrante deve saber que seu comportamento abalará a coesão com os seus; quem insiste em resistir, rompe os laços que o unem aos seus companheiros e estes começam a evitá-lo, até excluí-lo. É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...]. Desta maneira, o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto. [...]. O Estado não é a única associação coativa; há na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família.”

Comunidade, organização ou associação podem ser a família, a igreja, o clube, o ambiente de trabalho, e tantas outras quanto possíveis, que se caracterizam por formar um conjunto de pessoas que, ao se relacionarem mutuamente, não só reconhecem determinadas regras como decisivas para seu agir em geral, como de fato agem em sua conformidade. Essas regras, das mais variadas formas [regras do direito, da religião, da moral, do costume, da honra, do bom comportamento, entre outras], formam a realidade social e devem ser analisadas no contexto em que são vigentes (EHRlich, 1986, p. 37).

A “sociologia do direito é a doutrina científica do direito” (EHRlich, 1986, p. 23) que, como qualquer ciência social, tem suas bases no conceito de sociedade humana, caracterizada pelo conjunto de organizações de tipos diversificados que estão em constante interação. As relações que se desencadeiam nessas organizações e suas interações são reguladas pelo direito, conquanto este seja entendido não como mero produto de prescrições jurídicas, mas ordem jurídica interna e independente do direito legislado/positivado (EHRlich, 1986, p. 36):

“A ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental. A prescrição jurídica não só aparece bem mais tarde, como também continua sendo derivada da ordem interna das associações. Para explicar

as origens, o desenvolvimento e a essência do direito, deve-se pesquisar sobretudo a ordem das associações. [...].

A ordem interna das associações é determinada por normas jurídicas. Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A prescrição jurídica é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou um código. Norma jurídica, ao contrário, é a determinação jurídica transformada em ação, [...].”

Assim, para Ehrlich, as prescrições jurídicas criadas em determinada sociedade, quando admitidas por seus membros como ordem jurídica, passarão à condição de normas jurídicas. Já, quando positivadas (legisladas), podem ser consideradas prescrições jurídicas.

A normas jurídicas independem de positivação. São eficazes e existem em maior número que prescrições jurídicas, porque estas derivam daquelas e não o contrário. Seja qual for a sociedade, “[...] há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para condições específicas que para condições similares e também existe mais direito do que os juristas tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras.” (EHRlich, 1986, p. 36)

Ao considerar que, de regra, o homem respeita as ordens emanadas da sociedade [porque tidas como obrigatórias por força da moral, do medo de repressão interna no caso da sua subversão, da coação psicológica no grupo] sem reclamar previsão em lei [prescrições jurídicas], Ehrlich, diferentemente de Kelsen [como será visto em capítulo próprio], entende que a ciência jurídica está adstrita ao conceito de sociedade e a resposta para seu conceito necessariamente repousa na análise da sociedade humana, uma verdadeira reflexão sociológica em contraposição ao normativismo jurídico (MOREIRA, 2013, p. 228):

“A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante, da qual fazem parte Auguste Comte e Émile Durkheim. É a sociologia, tal como definida por estes autores, que estrutura e define o direito como ciência social.”

Moreira (2013, p. 235) afirma que, para Ehrlich, “[...] o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenche a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia a dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal”, mas as regras do agir humano, aquilo que estão acostumadas e que admitem como algo que deve ser obedecido, respeitado.

A força que impulsiona o agir do homem, o cumprimento das ordens previstas no direito legislado/positivado — prescrições jurídicas —, em normas jurídicas não escritas ou mesmo aquelas decorrentes da moral, costumes, tradições e tantas outras previstas na sociedade têm, para Ehrlich, substancial importância para a ciência jurídica.

Assim, a ciência jurídica reclama a análise do direito que se desenvolve no seio da sociedade, que advém das relações estabelecidas entre os indivíduos e que estão em constante mutação, pois “o direito estatal, em todos os sentidos significativos, apenas acompanha a evolução social” (EHRlich, 1986, p. 122) e ainda assim o faz de maneira lenta e, por vezes, quando a norma jurídica é positivada [legislada, prescrita] já se encontra desatualizada.

As prescrições jurídicas, o direito posto, vigente, produto e obra do legislador “não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida” (EHRlich, 1986, p. 377). Assim, a ciência jurídica e a evolução do conhecimento jurídico reclamam a análise daquilo que Ehrlich denominou Direito Vivo, que “oriundo das organizações sociais” (VIEIRA, 2015, p. 110) “trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico” (MOREIRA, 2013, p. 225), que “independente do Direito legislado [...] domina a vida” (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

À vista do Direito Vivo, para que se possa encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade [quaisquer organizações sociais], deve-se, ao contrário de análises abstratas, do geral para o particular, partir de induções, pois “também a sociologia, incluindo aí a sociologia do direito, deve ser uma ciência da observação” (EHRlich, 1986, p. 362).

A tese de Ehrlich vem assentada na premissa de que a ciência do direito tem o papel de “conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras” (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto “somente o direito ‘válido para os tribunais e órgãos de autoridade’, mas também, e especialmente, o direito vigente que, ‘não formulado em proporções jurídicas’, regula toda a vida social” (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171).

O Direito Vivo pode ser encontrado no conteúdo de um documento, mas nele não se limita, por isso “ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá” (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

Em outras palavras, “a maior parte do direito origina-se imediatamente da sociedade, sendo a regulação jurídica formal posterior, pelo que a norma

jurídica seria condicionada pela sociedade, aplicável se e na medida em que observe seus pressupostos sociais” (TREVES, 2004, p. 121 apud SGARBOSSA, 2016, 171).

O Direito Vivo não é aquele posto pelos tribunais ou pelo legislador, mas é vivido, observado pelo homem, decorre do agir humano no dia a dia e é cumprido independentemente de coação estatal (EHRlich, 1986, p. 378):

“Este, portanto, é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia a dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente constituídas quanto as ignoradas e até ilegais.”

A norma jurídica, vigente e eficaz em determinada organização social, quando pelo trabalho do legislador for prescrita em lei se torna prescrição jurídica. A sua origem [fonte], nesse caso, não é o Estado, pois embora ainda não tivesse sido positiva, a norma já era vigente e eficaz independentemente de qualquer coação estatal. Ehrlich se opõe ao monismo jurídico de que a única fonte do direito seria o Estado: “[...] fica delineada a concepção de direito vivo de Ehrlich, de caráter pluralista e que não nega a existência do Estado, mas rejeita a matriz unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista” (VIEIRA, 2015, p. 109).

Na teoria desenvolvida por Ehrlich, fundado na sociologia, o direito não está aprisionada nos códigos, nem se resume na mera prescrição jurídica ou no chamado direito legislado/posto/positivado. O direito surge do agir humano, cuja eficácia pode ser verificada todos os dias e independe da coerção estatal, pois “Direito Vivo no conteúdo de um documento não é aquilo que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam” (EHRlich, 1986, p. 381).

Foi na Teoria do Direito Vivo que Ehrlich encontrou as respostas para as indagações que havia formulado.¹⁵⁰ As normas não se confundem com prescrições jurídicas, não reclamam positividade, previsão expressa em lei, pois elas surgem da sociedade, das relações estabelecidas entre os homens, cujos regramentos são aceitos, observados e cumpridos [eficácia] mais em decorrência de uma coação que situada fora do campo do direito do que da ameaça de uma coação estatal prevista em lei e decorrente da técnica legislativa: “É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa

¹⁵⁰ “De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?” (EHRlich, 1986, p. 16)

de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...] o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto” (EHRlich, 1986, p. 55). Conforme Alberto Febrajo e Fernando Rister de Souza Lima (2022, p. 917), Ehrlich “possui um olhar para a eficácia social. Preocupa-se com a força social do direito sobre as pessoas.”

Ao monismo jurídico se opôs Ehrlich, com sua concepção de Direito Vivo que possui caráter pluralista, em que o Estado seria mais uma das organizações que compõem a sociedade, tal como a família, igreja, clube, entre outros (EHRlich, 1986, p. 286; MALISKA, 2001, p. 45-46 apud VIEIRA, 2015, p. 109).

Em resumo, Ehrlich “escapa à visão estatalista e reducionista do jurídico” (SGARBOSSA, 2016, p. 171). Ele não nega a necessidade do estudo da jurisprudência, do direito posto, das prescrições jurídicas, mas exige que o verdadeiro jurista também tenha os olhos voltados para as ações humanas derivadas com naturalidade da vida em sociedade.

2 HANS KELSEN

Hans Kelsen [1881-1973] nasceu na Cidade de Praga, na região da antiga Checoslováquia, atual República Tcheca, então pertencente ao Império Austro-Húngaro. Em 1900 iniciou o curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Viena, concluído em 1906, sendo que no ano de 1911 passou a lecionar na mesma Faculdade e publicou seu primeiro livro, intitulado “Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal”. Em 1917 foi convidado a servir como assessor jurídico do Ministério da Guerra. A partir de 1918 colaborou para a elaboração da Constituição da Áustria de 1920, ano em que passou a ser conselheiro permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria, na qual atuou como juiz entre os anos de 1921 e 1930. Em 1940 emigrou para os Estados Unidos e no ano de 1941 ingressou na Universidade de Harvard. Em 1943 assumiu como professor a cadeira de Ciência Política da Universidade de Berkeley, onde permaneceu até o seu falecimento em 1973. Considerado um dos maiores juristas e filósofos do século XX, com produção bibliográfica extensa, dedicou-se a construção de um método científico para produção do conhecimento jurídico livre de ideologias, ao que ele denominou de “verdadeira ciência do Direito”, destacando-se entre as suas principais obras a “Teoria Pura do Direito” e a “Teoria Geral das Normas” (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

2.1 NORMATIVISMO JURÍDICO

Ao ingressarmos no estudo da norma jurídica, à luz da obra Teoria Pura do Direito, é de se destacar, inicialmente, que diante da “afirmação evidente de

que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica”, de tal maneira que a conduta humana importaria apenas a partir do momento em que estabelecida no conteúdo da norma (KELSEN, 2009, p. 79).

A ciência jurídica, para Kelsen, é uma ciência normativa, porquanto toma a norma como seu objeto. Significa afirmar que estamos no plano do dever-ser, “porque a norma pode ser conceituada como o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, não se confundindo com o ato de vontade cujo sentido constitui” (SPAREMBERGER, 2003, p. 118).

O normativismo jurídico, sustentado por Kelsen, refere que proposição jurídica não se confunde com norma jurídica, do mesmo modo que ciência jurídica se distingue do Direito.

Proposição jurídica, como produto da ciência jurídica, tem por escopo descrever, enunciar o Direito prescrito nas normas jurídicas. Equivale dizer, a proposição jurídica se distingue da norma jurídica tal como a produção do conhecimento jurídico se distingue da função da autoridade jurídica.

Cabe à ciência jurídica “conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica” (KELSEN, 2009, p. 81).

Nas palavras de Cunha (2008, p. 281):

“A norma jurídica seria um imperativo posto pela autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas linguísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz [...].

Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, [...]”

As proposições normativas, formuladas pela ciência jurídica, descrevem o Direito e não atribuem quaisquer direitos ou deveres, de tal forma que podem ser verdadeiras ou falsas. O contrário ocorre com as normas jurídicas, que só podem ser consideradas válidas ou inválidas (KELSEN, 2009, p. 82).

Ou seja, as proposições representam juízos enunciativos de determinado objeto posto ao seu conhecimento, tal como faz, por exemplo, um Tratado de Direito Civil ou uma obra que busca abordar qualquer outra área do Direito. Elas não trazem um comando, uma ordem, de modo que a sua confirmação se situa no campo da veracidade.

A ciência jurídica, ao descrever a norma jurídica [seu objeto], formula a proposição jurídica. O cotejo entre a proposição jurídica formulada e a norma jurídica descrita permite ao jurista emitir o juízo de conformação de veracidade daquela em razão desta.

Para Kelsen a norma jurídica, por não representar um enunciado [descrição], mas um comando [que prescreve], apenas pode ser válida ou inválida. Será válida se seguiu o regramento legal de sua elaboração, porquanto de uma norma superior que extrai seu fundamento de validade.

O Direito tido como ciência normativa, um sistema de normas que limita a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, difere-se das outras ciências que buscam o conhecimento pela “lei da causalidade, de processos reais”. As leis naturais demandam o estabelecimento da relação entre causa e efeito, causalidade. As proposições jurídicas são orientadas por outro princípio, qual seja imputação (KELSEN, 2009, p. 84-87).

Kelsen (2009, p. 87) assim descreve: “Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, então B é, mas que, quando A é, B então deve-ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.

Ricardos Almagro Cunha afirma que Kelsen indica, ainda, outro elemento para distinguir causalidade de imputação:

“Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a consequência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, consequência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de “causação” é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal.” (CUNHA, 2008, p. 283)

Causalidade revela uma cadeia infinita, relações de causas e efeitos sucessivos. Toda “causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito [...] é interminável nos dois sentidos” (KELSEN, 2009, p. 101).

Diferentemente da natureza, orientada pela causalidade, “O número de elos de uma série putativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado” (KELSEN, 2009, p. 101). Ocorre que, se a série putativa [diferentemente da causalidade] é finita, como a validade de uma norma seria dada por uma que lhe é superior e assim sucessivamente? A resposta para tal indagação foi assim resumida por Cunha (2008, p. 283):

“[...] a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior. Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena. Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou norma fundamental.”

Embora a norma retire seu fundamento de validade de outra que lhe é superior, não haverá cadeia infinita, pois ao sistema é dada a validade por uma norma superior a todas, qual seja a chamada norma fundamental.

Nas palavras de Baracho (1979, p. 39), a norma fundamental não representa uma norma do direito positivo. Antes, pelo contrário, é pressuposta pela Ciência do Direito, de tal maneira que “a ordem jurídica é um sistema de normas que estão ligadas entre si, pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do mesmo sistema, e, em última etapa, pela norma fundamental.”¹⁵¹

Como descreve Carlotti (2015, p. 2.290), “A norma fundamental seria a norma hierarquicamente superior a todas as outras normas e, desta forma, seria a garantia de validade do ordenamento jurídico”.

A Teoria Pura do Direito se enquadra na categoria de doutrina avalorativa, normativa e legalista, busca “descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se

¹⁵¹ A norma fundamental é aqui considerada não como uma hipótese, assentada num ato real de vontade emanado de autoridade, mas pressuposta de um ato fictício de vontade que a cria. Trata-se de uma ficção que tem por escopo reconhecer que ela confere validade ao primeiro ato do legislador no campo do direito positivado, sendo que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, o nível mais elevado em termos de direito positivo é representado pela constituição.

a fazer ciência e não se apresentando como uma filosofia, um credo, uma ética”. Trata-se de uma teoria que considera “como próprio objeto somente o direito positivamente existente, especialmente o direito que assumiu a forma da lei [...]” (LOSANO, 2014, p. 32).

Assim, se fosse necessário resumir a pureza defendida por Kelsen, Carlotti (2015, p. 2.296) afirma que para ele “não é possível discutir nada além do direito existente em determinadas sociedades, ao menos não no âmbito de uma ciência do direito”.

Em resumo, considerar o Direito como ciência normativa, ciente de que a norma não representa um juízo enunciativo/descritivo, mas prescritivo, importa reconhecer que a ciência do direito não deve tomar como objeto aquilo que não está previsto nos diplomas normativos. As externalidades [comportamento dos indivíduos, valores morais ou éticos, convicções políticas, entre outras], que podem ser aferidas pela observação do agir humano, não importam para a ciência jurídica: “Hans Kelsen propõe o estudo exclusivamente do dever-ser. Uma ciência do direito que se preocupa exclusivamente com as prescrições de conduta inseridas no direito positivo” (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 918).

A pureza defendida por Kelsen não nega a importância da investigação dos fenômenos sociais, mas tal tarefa deve ficar reservada para outro campo do conhecimento, como a sociologia – que não pode reclamar para si a ciência do direito.

3 EHRlich X KELSEN

Ehrlich se opôs ao normativismo jurídico, sustentou que a sociologia do direito é ciência do direito e sofreu severas críticas de Hans Kelsen, “[...] que afirmou ocorrer um sincretismo metodológico, decorrente da confusão estabelecida por Ehrlich entre ser e dever-ser” (SPAREMBERGER, 2003, p. 116).

Embora isso, como ensina Robles, “se Ehrlich reivindica para a Sociologia do Direito o caráter de verdadeira Ciência do Direito, o mesmo faz Kelsen com a Jurisprudência normativa” (ROBLES, 2012, p. 6).

Dedicar-se ao estudo da ciência jurídica e para ela desenvolver uma teoria limpa, despida de quaisquer ideologias, foi o grande objetivo de Kelsen. Como acentua Daniela de Lima (2010), a sua Teoria Pura do Direito não deve representar o nome de uma obra, mas um projeto de Kelsen em busca de elevar o direito à condição de verdadeira ciência jurídica. Tal pode ser a explicação para a acentuada divergência entre Ehrlich e Kelsen ter principiado antes mesmo da publicação da mais conhecida obra deste [Teoria Pura do Direito].

Forte no objetivo de refutar a teoria de Ehrlich, revelada em 1913 na obra “Grundlegung der Soziologie des Rechts” [Fundamentos da Sociologia

do Direito], Kelsen escreveu, ainda em 1915, no *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* [Revista Arquivo para Ciências Sociais e Política Social], a crítica *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. Contra as incisivas acusações de Kelsen, “[...] Ehrlich respondeu no mesmo periódico com seu *Entgegnung* (1916), à qual sucedeu a *Replik* (1916) de Kelsen, a esta a *Replik* (1916) de Ehrlich e, finalmente, o *Schlusswort* (1916)” (ROBLES, 2012, p. 2).

Embora o esboço da Teoria Pura do Direito tenha aparecido ainda no ano de 1911, na obra denominada “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickeltaus der Lehre von Rechtssatze*” [Principais Problemas da Teoria Jurídica do Estado Desenvolvidos com Base na Doutrina da Proposição Jurídica] e a despeito de nela já se encontrar traçada a matriz filosófico-jurídica da Teoria Pura do Direito, foi somente em 1934 que se deu a publicação da primeira edição da “*Reine Rechtslehre*” [Teoria Pura do Direito], representando uma revisão de um ensaio publicado por Kelsen em 1933, denominado “*Methode und Grundbegriff der Reine Rechtslehre*” [O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito]. Em 1960 veio a segunda edição, que incorporou resultados de outras investigações, mas manteve praticamente intacto o núcleo da doutrina (SILVA; DAMASCENO, 2016, p. 330).

Ainda que a divergência entre Ehrlich e Kelsen possa ser retratada a partir da análise do debate estabelecido entre eles nos anos de 1915 e 1916, esta não é a opção adotada no presente artigo.¹⁵² A descrição do normativismo jurídico de Kelsen [partindo da obra “Teoria Pura do Direito”] e do vitalismo jurídico de Ehrlich [do qual resultou a formulação da sua “Teoria do Direito Vivo” na obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”] tem por escopo estabelecer os referenciais teóricos e o recorte temporal adotados na presente pesquisa.

3.1 DIREITO VIVO X NORMATIVISMO JURÍDICO

Como afirma Castro (2016, p. 53-54), em Kelsen o objeto da ciência do direito é a norma jurídica, sendo que a realidade social/econômica [ou de maneira genérica tudo aquilo que se refiro ao comportamento/conduita dos indivíduos] só podem interessar a ciência do direito quando estiver prescrita, ou seja, não deve se preocupar com a análise da realidade, dos fatos como eles acontecem. Diferentemente, para Ehrlich a ciência do direito deve se valer da observação, das experiências empíricas, da forma como o homem se comporta

¹⁵² Alberto Febrajo e Fernando Rister de Sousa Lima, em artigo publicado sob o título “O Debate Hans Kelsen x Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas”, referenciado ao final deste estudo, descrevem o confronto argumentativo estabelecido entre os citados autores.

na sociedade, mesmo porque esses fatos aderem ao reconhecimento de validade das normas jurídicas.

Analisar o comportamento das pessoas em dada sociedade, a maneira como cumprem ou não as normas estabelecidas, fazia Ehrlich se opor ao “direito estatal que parecia criar um mundo alternativo ou um mundo ideal de ‘deveres’ que não correspondia aos comportamentos regulares observáveis quase que empiricamente” (CARLOTTI, 2015, p. 2.293).

Conforme Castro (2016, p. 54), enquanto em Kelsen “a ciência do direito opera por deduções a partir de um objeto ideal, resultado de uma operação intelectual: a norma jurídica”, para Ehrlich “opera por generalizações das experiências empíricas”. A ciência do direito, para Ehrlich é descritiva e indutiva; para Kelsen é normativa e dedutiva.

Ao tratar da pureza axiológica proposta e defendida por Kelsen, Larenz (1997, p. 93 apud SPAREMBERGER, 2003, p. 117-118) afirma, resumidamente, que a ciência do direito “não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas”.

Purificar a ciência do direito foi o objetivo de Kelsen na obra “Teoria Pura do Direito”, depurando-a “de qualquer elemento estranho ao seu objeto” (CUNHA, 2008, p. 280), “uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico)” (CUNHA, 2008, p. 282).

Nas palavras de Kelsen (2009, p. 118), a ciência do direito, como ciência, “não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura”, sendo que a Teoria Pura do Direito, por surgir em forte contradição com a ciência jurídica tradicional, revestida de um caráter ideológico, revela-se “como verdadeira ciência do Direito”.

Os pressupostos que fundam a Teoria Pura e o Direito Vivo podem ser assim resumidos:

“A pureza proposta por Kelsen é uma delimitação da atividade de descrição do direito, entendido como um sistema de signos que se relacionam. O conceito fundamental para a estruturação do direito, segundo ele, é a validade. Ehrlich se propõe a descrever a realidade social tendo objeto de estudo regularidades de comportamento e abstrair, a partir destes comportamentos observados, regras que comporiam o direito “vivo”, conceito central de sua teoria, de certa sociedade.” (CARLOTTI, 2015, p. 2.288)

Oposto ao que se vê em Ehrlich, sociologia como ciência do direito e necessidade da observação empírica do comportamento humano, em Kelsen o “direito seria um conjunto de regras abstratas que se determinam mutuamente e, portanto, não teria nenhum tipo de correspondência com a realidade empírica, nem com comportamentos regulares observáveis” (CARLOTTI, 2015, p. 2.291).

Se de um lado o Direito Vivo não se limita ao texto legislado, positivado [fruto do trabalho do legislador], mas pode ser encontrado pela observação empírica do comportamento humano, do agir das pessoas independentemente da ameaça de coação estatal e que, por isso, permite reconhecer a existência de normas jurídicas não prescritas, mas observadas/cumpridas; de outro o normativismo jurídico, depurado de quaisquer ideologias, dita uma ciência do direito cujo conhecimento se limita à análise de sua própria estrutura em busca de desvendar seu objeto.

De acordo com as teorias desenvolvidas por cada autor [Ehrlich e Kelsen], acima resumidamente expostas, o desafio que se apresenta conduz à problemática do presente artigo, qual seja a existência de matrizes opostas para a conformação de validade da norma jurídica: Haveria a possibilidade de uma norma jurídica ser válida, simultaneamente, à luz do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e do normativismo jurídico, a despeito dos pressupostos destes se fundarem em argumentos aparentemente antagônicos?

4 UM ESTUDO DE CASO

No Direito Vivo a validade da norma depende da observação do agir humano, daquilo que o homem respeita por imposição da comunidade, dos costumes, entre outros, e não em decorrência de prescrições jurídicas [direito positivado]. O homem cumpre a norma não por ameaça de coação estatal, mas porque sua observância é tida por obrigatória perante a comunidade e dele não se pode exigir conduta diversa.

Para o normativismo jurídico, a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, cabendo ao jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, livre de valores axiológicos, depurado de ideologias. A validade de uma norma jurídica não se mede pela régua da eficácia social, mas deve ser verificada na adequação de sua conformidade com outra que lhe seja superior. Nas palavras de Eber Zoehler Santa Helena e Breno de Andrade Zoehler Santa Helena (p. 54.452), no sistema Kelseniano “a norma é válida porque outra a validou em um silogismo normativo onde uma norma superior constitui a premissa de outra inferior”.

E nesse contexto de aparente [ao menos aparente] antagonismo, seria possível a expedição de uma norma jurídica, válida, revestida daquilo que

o melhor dos dois mundos pode oferecer? Evidentemente, tratar-se-ia de uma norma jurídica que, sem desprezar o seu destinatário, o ser humano e a eficácia social que dela se espera, respeita o sistema de direito positivo brasileiro em sua presente conformação.

Em outras palavras, a validade de uma mesma norma jurídica poderia ser aferida/confirmada, simultaneamente, pelo Direito Vivo e pelo normativismo jurídico, sem que um eclipse o outro? Para ilustrar o problema proposto e a conclusão alcançada, a presente pesquisa segue para a investigação de um caso concreto, uma norma jurídica expedida por uma autoridade judicial.¹⁵³

Em junho de 2015 o Ministério Público Estadual de Santa Catarina ofertou, perante a Vara Criminal da Comarca de Joaçaba - Estado de Santa Catarina, denúncia¹⁵⁴ contra 3 (três) pessoas pela prática do crime de “porte ilegal de arma de fogo”, tipificado no artigo 14 da Lei Federal nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 [popularmente conhecida como “Estatuto do Desarmamento”].

Recebida a denúncia pelo magistrado, os autos tiveram regular curso processual e a prestação jurisdicional se encerrou com a prolação de sentença de absolvição, em janeiro de 2018 [da qual não recorreu o Ministério Público], na qual o magistrado expôs as razões de seu convencimento, ancoradas em fundamentos de fato e de direito que reputou relevantes para a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis ao caso.

Para o magistrado, ainda que comprovadas autoria e materialidade, a tipicidade da conduta deve ser analisada sob os aspectos formal e material. O primeiro trata da pura e simples subsunção do fato ao dispositivo legal, mas o segundo reclama a presença de ameaça ou lesão a “bem jurídico de forma inadmissível” (SANTA CATARINA, 2018, p. 345).

Os fundamentos colacionados na sentença, quanto à análise da tipicidade da conduta, revelam que, no caso concreto, a validade da norma [expedida pela autoridade judicial – sentença] pode ser confirmada tanto à luz dos pressupostos dados pela Teoria do Direito Vivo [o vitalismo jurídico de Ehrlich] quanto pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico de Kelsen]. Mais do que isso, sua confirmação de validade poder ser aferida individualmente, seja qual for a teoria adotada, mas também simultaneamente por ambas, sem que a adoção de uma anule [eclipse] a outra.

¹⁵³ A norma jurídica referida no caso concreto vem externalizada em sentença judicial proferida por autoridade legalmente constituída e não se confunde com diploma normativo – texto de direito positivo.

¹⁵⁴ Autos de Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037.

4.1 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO DIREITO VIVO

A primeira conformação de validade da sentença analisada [norma jurídica], que adere às lições de Ehrlich, encontra-se no seguinte excerto colhido da sentença: “Assim, é possível dizer que somente serão materialmente típicas aquelas condutas que afetarem de maneira substancial valores tidos como essenciais por determinada sociedade” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346).

A observação do agir humano [do dia a dia e da forma como os homens se comportam na sociedade e os motivos/razões que impulsionam suas condutas] aparece em vários trechos da norma jurídica expedida pelo magistrado [sentença], como aponta, na sua ótica, alguns dos reflexos produzidos pelo Estatuto do Desarmamento na contemporaneidade:

“[...] percebe-se do dia a dia forense que a política desarmamentista do governo brasileiro, iniciada no ano de 1997, brutalmente fortalecida no ano de 2003 e continuamente difundida, não tem auxiliado na diminuição da violência, que cresce a cada ano, pois parece já bastante óbvio que o necessário é desarmar e prender criminosos perigosos, desarticular cartéis de tráfico de entorpecentes e reprimir com rigor os crimes contra a vida, e não dificultar a posse pacífica de armas de fogo para a defesa da vida, da família e da propriedade, por trabalhadores, homens e mulheres de bem, que é o que, lamentavelmente, tem sido feito na prática.” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346)

Não bastasse a observação pela autoridade judicial, a norma traz elementos que indicam a observação do agir humano também pelos demais “atores” envolvidos no processo judicial, como afirmou o magistrado ao dizer que a postura por ele adotada é acompanhada, naquela Comarca, pelo Ministério Público Estadual e autoridades policiais, que realizam “verdadeiro exercício de equidade perante o caso concreto” (SANTA CATARINA, 2018, p. 347), invocando ensinamentos de Aristóteles e S. Tomás de Aquino: “se emergir um caso em que a observância da lei seja danosa ao proveito comum, não deve ela ser observada” (apud SANTA CATARINA, 2018, p. 347).

A passagem acima citada revela, na forma sustentada por Ehrlich, a diferença entre prescrição jurídica [lei] e norma jurídica. Da sentença, como produto do trabalho do magistrado, extrai-se a norma jurídica¹⁵⁵, cuja validade

¹⁵⁵ . Conforme advertiu o Ministro Eros Grau, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 29/04/2010, “todo texto normativo é obscuro até o momento da interpretação. Hoje temos como assentado o pensamento que distingue texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos

pode ser verificada a partir da sua conformação com o agir humano. Em outras palavras, a norma jurídica expedida encontra sua validade se, a despeito de sua inconformidade com o texto puro/literal da lei, for aceita e cumprida pelo homem, pois não se pode exigir do seu destinatário algo para além daquilo que ele possa cumprir.

Se o Direito Natural, diversamente do Direito Positivo, orienta-se pelo princípio da causalidade [se A, então B], a autoridade não pode expedir norma jurídica que imponha comando contrário à conduta humana minimamente exigida. Nesse sentido a autoridade judicial invocou novamente as lições de S. Tomás de Aquino e consignou na sentença:

“A lei escrita, assim como não dá força ao direito natural, assim não lhe pode diminuir nem tirar a força, pois, não pode a vontade do homem mudar-lhe a natureza. E, portanto, se a lei escrita contiver alguma disposição contrária ao direito natural, será injusta, nem tem força para obrigar. Pois o direito positivo se aplica quanto ao direito natural não importa que se proceda de um ou de outro modo, [...]. E, por isso, tais leis escritas não se chamam leis, mas, antes, corrupções da lei, [...]. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas.” (SANTA CATARINA, 2018, p. 347-348)

Ao reconhecer a força motriz dos costumes e a impossibilidade de sobrepujar o Direito Natural pelos textos de Direito Positivo [legislado], a sentença novamente se aproximou do Direito Vivo: “Aliás, o direito natural à legítima defesa substancial, um daqueles mais afetados pelo Estatuto do Desarmamento, também sempre foi reconhecido pelas tradições humanas mais diversas, constituindo parte do Cânone jurídico da humanidade há muito” (SANTA CATARINA, 2018, p. 348).

Como em Ehrlich, para quem o direito não se aprisiona em códigos, a norma jurídica expedida confere substancial importância aos costumes, tradições e demais elementos que impulsionam o agir humano e que só podem ser extraídos a partir da observação do dia a dia, o magistrado considerou os costumes da comunidade local e a realidade social dos réus:

“[...] aqueles que residem ou laboram em locais distantes e desabitados, como em sítios e fazendas, estão, em virtude da política desarmamentista, tão ou mais suscetíveis à

textos e da realidade. [...]. A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão.”

criminalidade do que os também desprotegidos habitantes dos centros urbanos, [...]. Ademais, é incontestável que a atuação dos órgãos policiais para garantir a segurança destes indivíduos é dificultada frente a distância que devem percorrer para chegar aos locais, o que deixa, muitas vezes, os moradores rurais à total mercê de bandidos, considerando que o Estado retirou destes cidadãos o direito primordial e inerente ao ser humano de legítima defesa, não suprindo-lhes esta necessidade (o que seria não apenas impertinente como impossível). Diante disso e para garantir tal direito, diversos moradores rurais optam por possuir armas de fogo em desacordo com as determinações legais, desrespeitando uma legislação que tolhe seus direitos naturais e em nada lhes assiste.” (SANTA CATARINA, 2018, p. 351-352)

Na Teoria do Direito Vivo, para encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade é preciso partir de induções. A ciência jurídica, para descrever a norma jurídica, precisa “conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras” (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto “somente o direito ‘válido para os tribunais e órgãos de autoridade’, mas também, e especialmente, o direito vigente que, ‘não formulado em proporções jurídicas’, regula toda a vida social” (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171). Nesse sentido, destaca-se o cotejo realizado pela autoridade judicial entre o caso concreto e a conduta exigível [no plano do regramento social] na comunidade local onde os fatos ocorreram:

“Atendendo ao requisito de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, cito como razões adicionais de decidir as recentes moções de repúdio ao Estatuto do Desarmamento aprovadas pelas Câmaras de Vereadores dos municípios de Joaçaba e Água Doce (SC), demonstrando que, em termos regionais, a conduta dos réus possui baixíssimo grau de reprovabilidade, com embasamento na posição local quanto à política desarmamentista. As pessoas da comunidade estão fartas de serem tratadas como ovelhas rumo ao abatedouro, nas mãos de um Estado opressor e mentiroso, que as desarmou injustamente e sob os mais farsantes pretextos. O Poder Judiciário, que, como os demais poderes da República, também emana do povo (CF, Art. 1º, Parágrafo Único) e em seu nome em seu favor deve ser exercido, não pode ser fazer surdo ao clamor popular que, em especial nesta região sob minha jurisdição, tem sido mais que um mero ruído disforme e inconstante, mas, ao contrário, um brado público firme, justo, digno, um reclame de homens e mulheres corajosos, que querem ser os responsáveis por suas vidas, segurança e destinos.” (SANTA CATARINA, 2018, p. 353)

Na produção da norma jurídica a observação do agir humano e a eficácia social do direito assumem vital importância. No exercício da atividade judicante o julgador não deve fechar os olhos para o destinatário da prestação jurisdicional, pois “à medida que se limita ao mundo dos juristas deixa de lado a essência de sua existência, o povo” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

A argumentação lançada na sentença parece ter evitado que o magistrado, em sua atividade judicante, sucumbisse ao velho problema do juiz tradicional, a “estrita subordinação à figura do legislador, vez que este é uma figura mítica, distante das massas e próximo dos grupos economicamente determinantes” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 59).

Não significa que, no exercício da atividade judicante, o julgador pode substituir o legislador, mas é preciso que considere, como sustenta Ehrlich, a eficácia social do comando normativo de modo que não despreze a quem ele de fato se dirige, já que “as relações do direito são muito mais amplas do que as postas pelo direito positivo e reduzir tais relações aos códigos é de uma monstruosidade gigante” (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 917).

À luz do Direito Vivo, a validade da norma jurídica que ilustra a presente pesquisa se funda na premissa de que, embora a conduta do porte ilegal de arma de fogo esteja tipificada penalmente [prevista em lei], a absolvição dos réus veio motivada no cotejo entre a ação humana e a realidade social em que vivem, encerrando norma jurídica que não impôs comportamento contrário a aquele que se entendeu minimamente exigível na comunidade.

A título ilustrativo, no contexto da observação do agir humano e da eficácia social do direito, é possível citar o entendimento exposto pelo Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 120.678/PR, de 24 de fevereiro de 2015, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Naqueles autos se discutiu a manutenção da persecução penal do paciente pela prática dos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido. As informações lançadas no julgado indicam que o paciente havia sido ameaçado de morte pela vítima, chegando a sofrer atentado, o que teria motivado a aquisição da arma de fogo. Em primeiro grau o magistrado considerou que o réu [que no habeas corpus figura como paciente], como medida necessária para fazer cessar a agressão e após já ter recebido um disparo no pescoço, fez um único disparo contra a vítima, ensejando reconhecer a legítima defesa [excludente de ilicitude] e sua absolvição sumária em relação à imputação de homicídio, mas com o prosseguimento da persecução criminal, em juízo competente, em relação aos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido, ponto que fora objeto de recurso pelo réu. No recurso de apelação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou, para lhe negar provimento, que o réu poderia ter procurado, como medida de proteção, os agentes de segurança pública. O Ministro Luiz Fux, embora vencido no julgamento

do Habeas Corpus nº 120.6748/PR, votou pela concessão da ordem, com o trancamento da ação penal, consignando em seu voto que a ausência de busca da proteção do Estado [agentes de segurança pública] *“não afasta, de maneira alguma, o fato de que o paciente vivia sob permanente ameaça e medo de ser alvejado, dentro de sua própria residência”* (STF, 2015), arrematando no sentido de que, mesmo acaso tivesse levado ao conhecimento da autoridade policial as ameaças sofridas, *“o paciente certamente não poderia contar com uma proteção contínua dos agentes”* (STF, 2015). Ou seja, a prescrição jurídica [tipo penal previsto no texto de direito positivo], no ponto, foi interpretada à vista da observação da realidade social.

4.2 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO NORMATIVISMO JURÍDICO

A despeito de se ter a conformação de validade pela Teoria do Direito Vivo, a construção do comando normativo que encerra a sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037 também pode ter sua validade aferida no plano do normativismo jurídico.

Para Kelsen o direito é ciência normativa, sendo válida a norma jurídica que, para seu ingresso no mundo jurídico, seguiu os procedimentos legais para a sua expedição, retirando seu fundamento de validade de uma norma que lhe é superior. Ao sistema jurídico é dada a validade e unidade, em última análise, pela chamada norma fundamental, aquela que, embora não escrita, lança luz sobre todo o sistema e orienta principiologicamente todas as demais, sem olvidar que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, em termos de direito positivo, o nível mais elevado é representado pela constituição.

Ainda que fossem eliminados da sentença todos os fundamentos adstritos à observação do agir humano, descritos no item anterior, que trazem a conformação de validade da norma jurídica pela teoria do Direito Vivo, sua validade restaria afirmada pelo normativismo jurídico [Teoria Pura do Direito].

No curso da fundamentação lançada na sentença, após consignar elementos que denotam a observação do agir humano, da forma como o homem se comporta na sociedade, os costumes locais, entre outros, que impuseram reconhecer a ausência de tipicidade, a autoridade judicial passou a fundamentar a norma em dispositivos insertos no Texto Constitucional:

“Assim, visando salvaguardar direitos maiores e mais relevantes, a tônica que venho adotando ao julgar fatos similares ao em tela tem sido a correção da absurda e iníqua norma que penaliza aquela pessoa decente que pretende, com a arma de fogo, garantir os próprios (e daqueles que o cercam) direitos fundamentais à vida, segurança, propriedade e, porque não

dizer, dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 5º, caput, da Constituição Federal), frente às barbaridades que o cidadão pode estar sujeito ao ser subjugado por criminosos.” (SANTA CATARINA, 2018, p. 348)

Para conferir validade à norma jurídica expedida, a autoridade judicial se valeu de interpretação de acordo com o Texto Constitucional, subsumiu os fatos ao disposto na letra da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento], interpretando-a de tal maneira a lhe atribuir um alcance balizado pelos valores encartados na Constituição Federal [o que não se confunde com a admissão de valores axiológicos], harmonizando a legislação infraconstitucional “[...] em especial com os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à segurança e ao bem estar [...]” (SANTA CATARINA, 2018, p. 359).

Ao tomar como pressupostos alguns princípios constitucionais [v.g. direito vida], definiu o alcance da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento] aos casos em que não se vislumbra, da sua aplicação, a violação de garantias fundamentais.

Conforme afirma o magistrado, se o Texto Constitucional garante o direito à vida, não pode a lei, que por óbvio é hierarquicamente inferior, proibir que o cidadão defenda a sua vida, pois “[...] ainda é possível interpretarmos as formalidades legais impostas por leis e normas iníquas sob a luz da Constituição e do Direito Natural, universal por definição e inalienável de todo homem, de defender sua vida, sua família e sua propriedade” (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

Neste contexto, a aplicação pura do texto da lei, a depender do caso concreto, como cita o magistrado, seria “[...] incompatível com os princípios que ela própria (a Lei) deveria, em tese, proteger, com violação, inclusive, de preceitos maiores, constitucionais, e mesmo de direito natural” (SANTA CATARINA, 2018, p. 353-354).

Assim, também pelo normativismo jurídico, a validade da norma expedida restaria confirmada, porquanto do Texto Constitucional é que retira seu fundamento de validade. Na sentença o magistrado consignou, expressamente, que “[...] a todos os Juízes, em seus níveis de atuação, competência e jurisdição, é atribuída a missão de analisar o caso concreto à luz da Constituição Federal [...]” (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

O excerto transcrito acima revela que, para além de entregar a prestação jurisdicional, a autoridade judicial exerceu a função social que dela se espera, atribuindo eficácia social ao direito, pois “é necessário que se incremente a postura hermenêutica do juiz no intuito de aproximá-lo dos ideais constitucionais” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 65-66).

Ao buscar fundamentos no Texto Constitucional, entre eles as garantias fundamentais encartadas em Cláusulas Pétreas, a autoridade judicial tratou

de conformar a norma jurídica [inserta na sentença] com o ordenamento jurídico pátrio, validando-a pela Constituição Federal e aproximando-a “da sociedade, quando em sua essência, alinham-se aos princípios constitucionais a consciência social do julgador” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é preciso destacar que a presente pesquisa não buscou investigar o acerto [ou não] da conclusão alcançada pela autoridade judicial na expedição da norma jurídica [inserta na sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037], mas sim extrair os fundamentos, de fato e de direito, em que ela se assenta.

À luz do Direito Vivo, o direito não se encontra aprisionado em códigos, nos tribunais, nas decisões judiciais, mas emana da sociedade como normas que, embora não positivadas, são observadas independentemente de coerção estatal, pelo que a observância da norma decorre da coação inserta na própria organização da qual o homem participa [v.g. reprovação moral perante o grupo]. Posicionando-se contrário ao monismo jurídico, Ehrlich admite que o direito não tem origem apenas no Estado, mas advém de fontes heterônomas e, por isso, defendia o pluralismo jurídico. A eficácia social do direito impõe a necessidade de observar a realidade social, o concreto, descrever os fatos. O direito não deve ser buscado unicamente na jurisprudência ou na letra da lei, mas também na observação da conduta humana, naquilo que o homem admite, aceita e cumpre como regra que lhe é imposta pela sociedade [e todas as organizações das quais faça parte], o que denominou de Direito Vivo.

Em Kelsen, forte no normativismo jurídico, para o direito a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, devendo o jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, sem questionar valores axiológicos que antecedem sua elaboração e, por isso, a validade está ligada ao processo de sua formação, notadamente se cumpriu as formalidades previstas no ordenamento jurídico, sem perquirir se ela é certa ou errada, se é eficaz ou ineficaz, de modo que, com o empírico, com o agir humano como ele é, a ciência do direito não deve se preocupar.

Descritos os pressupostos de validade da norma à luz de cada teoria exposta [Teoria do Direito Vivo e Teoria Pura do Direito], fora realizado, a título ilustrativo, o cotejo de um caso concreto — uma norma jurídica [sentença] expedida por autoridade judicial — à luz dos referidos pressupostos, limitando o alcance da análise à investigação dos fundamentos utilizados pelo julgador e se estes poderiam [ou não] justificar a conformação de validade da norma pela teoria do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e/ou pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico].

Extraídos alguns dos elementos que fundamentaram a sentença prolatada, entre eles a acentuada descrição da conduta humana exigível na comunidade em que o homem está inserido, os costumes locais e práticas habituais, os valores encartados em princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, foi possível concluir, ilustrando no caso tratado, que uma norma jurídica pode encontrar conformação de validade tanto pelo vitalismo jurídico quanto pelo normativismo jurídico, em conjunto ou individualmente. No caso analisado, a autoridade judicial não negou vigência à lei, mas a aplicou nos limites exigíveis da realidade social e, especialmente, com respeito às garantias constitucionais.

Não cabe ao julgador, ainda que tomado pela boa intenção de conferir eficácia social à norma jurídica que encerra a prestação jurisdicional, desprezar o direito positivo e tomar um caminho singular, ao seu prazer, da observação do agir humano. Mas o contrário também parece verdadeiro, já que o magistrado não deve ser mero aplicador da letra pura da lei, desprovido de valores morais, indiferente aos anseios da sociedade e aos direitos fundamentais, pois a atividade judicante, à medida em que se limita ao texto puro da lei escrita, “deixa de lado a essência de sua existência, o povo” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria de Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Imprenta: Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 9–50, maio, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/823/768>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP n. 153/DF, do Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau, julgado em 29 de abril de 2010. Brasília, DF, **Diário da Justiça Eletrônico** [DJe] 05 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120.678/PR, da Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 24 de fevereiro de 2015. Brasília, DF, **Diário da Justiça Eletrônico** [DJe] Acesso em: 05 abr. 2015.
- CARLOTTI, Danilo Panzeri. O debate entre Ehrlich e Kelsen: a convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século XX. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 2287-2303, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/20928/15309>. Acesso em: 13 maio 2023.
- CASTRO, Jonathas Ramos de. Direito e modernidade: estudo sobre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. **Convenit Internacional** (USP), v. 22, p. 51-60, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit22/51-60Jonathas.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- CUBAS JÚNIOR, José Raul. CELLA, José Renato Gaziero. Direito Vivo e Normativismo Jurídico: A ciência do direito e a validade das normas em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. In: II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, 2019, Rio de Janeiro (RJ). **Anais do II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino**. Florianópolis (SC): Conpedi, 2018. v. 1. p. 260-274. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/kshuec3y/p3284hyn/kN1MOE3yfl3Xev55.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.
- CUBAS JÚNIOR, José Raul; MACEI, Demetrius Nichele. Estatuto do Desarmamento: Um estudo de caso a partir de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 59-79, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/download/4809/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.
- CUBAS JÚNIOR, José Raul; TEIXEIRA, Iverlei de T. M. Leitura Crítica do Papel do Juiz no Processo Penal. In: COSTA, Margarete Terezinha de Andrade (Coord). **Direito e Sociedade: o paradigma do acesso à justiça**. Curitiba: Ponto Vital, 2017, p. 55-77.
- CUNHA, Ricardos Almagro. Hermenêutica Jurídica em Kelsen. Apontamentos Críticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 180, p. 279-291, out. / dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576>. Acesso em: 29 abr. 2023.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz; revisão de Vamireh Chacon. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986. Disponível em: <https://fiquesursis.files.wordpress.com/2011/09/euger-ehrllich-fundamentos-da-sociologia-do-direito-1986.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.
- FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. O Debate Hans Kelsen X Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 71, p. 913-928, dez.2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6171>. Acesso em: 27 maio 2023
- HELENA, Eber Zoehler Santa; SANTA HELENA, Breno de Andrade Zoehler Santa. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito: O jurista do século XX. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 8, p. 54436–54465, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/14379>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- LIMA, Daniela de. Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010.
- LOSANO, Mario G. O Valor da Justiça na Obra de Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 2, p. 31-45, ago. 2014. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- MOREIRA, Júlio da Silveira. O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, Ciudad de México, n. 35, p. 215-249, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40806>. Acesso em: 20 maio 2023.
- ROBLES, Gregório. A polêmica entre Kelsen e Ehrlich sobre a natureza da ciência jurídica. **Revista Panoptica**, Vitória, v. 7, n. 1, p. 1-14, jul. 2012. ISSN 1980-7775.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Vara Criminal da Comarca de Joaçaba. Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037. Porte ilegal de arma de fogo. Autor: Ministério Público de Santa Catarina. Julgador: Juiz de Direito Marcio Humberto Bragaglia. Joaçaba, julgado em 16 de janeiro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico [DJe]** 17 jan. 2018, p. 2739, p. 458-459. Extrato disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/dje-consulta/rest/diario/caderno?edicao=2739&cdCaderno=3>. Acesso em 26 mar. 2023
- SGARBOSSA, L. Reflexões Ontológicas e Epistemológicas sobre o campo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro**, n. 29, p. 158-174, jun. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14107>. Acesso em: 27 maio 2023.
- SILVA, Evanuel Ferreira; DAMASCENO, Epifânio Vieira. A classificação das ciências segundo Hans Kelsen: os princípios de causalidade e imputação. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 329-342, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p329.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do direito vivo) de Eugen Ehrlich. **Revista Direito em Debate**, Ijuí: Ed. Unijuí, v. 12, n. 20, p. 115-135, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/740>. Acesso em: 12 maio 2023.
- VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo jurídico clássico: a contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. **Revista Direito, Estado e Sociedade – PUC-Rio**, Rio de Janeiro, v. 47, p. 108-127, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo05n47.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.

OS STANDARDS DO CONVENCIMENTO JUDICIAL PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA FUNDADA NA DEFESA INCONSISTENTE

Rogéria Fagundes Dotti¹⁵⁶, Lorrane Nogueira de Carvalho¹⁵⁷

RESUMO

O texto aborda o *standard* probatório para a concessão da tutela da evidência, quando o pedido se basear na defesa inconsistente do réu. Procura demonstrar que a exigência probatória mencionada no art. 311, IV do Código de Processo Civil é a da preponderância mínima, justamente para garantir um tratamento equilibrado e isonômico entre as partes. Traz ainda a noção de dano marginal e procura demonstrar que toda espera processual causa dano.

Palavras-chave: tutela da evidência; prova; *standard* probatório.

INTRODUÇÃO

A tutela da evidência constitui uma técnica processual que permite a antecipação da realização do direito, independentemente da existência de *periculum in mora*. Baseando-se apenas na probabilidade do direito e na fragilidade da defesa do réu, ela permite uma distribuição mais justa do ônus do tempo no processo.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Doutora e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Secretária Geral do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual, Vice-Presidente da Comissão Especial do Código de Processo Civil do Conselho Federal da OAB, Advogada. E-mail: rogeria@dotti.adv.br

¹⁵⁷ Pós-graduanda em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: lorrane@nec@gmail.com

¹⁵⁸ A distribuição do ônus do tempo no processo vem sendo defendida no Brasil há muitos anos por Luiz Guilherme Marinoni. Cite-se, apenas a título de exemplo, a seguinte passagem da obra "A Antecipação da Tutela", cuja primeira edição foi lançada em 1995: "A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito". (MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela, 3. ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138). Antes mesmo disso, em obra de 1992, Luiz Guilherme Marinoni já se valia da doutrina de Ovídio Baptista da Silva para sustentar que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116).

Embora ela já existisse no sistema reformado do Código de 1973, o legislador de 2015 ampliou-a significativamente. Além das hipóteses de abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu (já contempladas no sistema anterior), o Código de 2015 assegura também essa antecipação em mais três dispositivos do art. 311. Todos eles possuem, em comum, a característica de se basearem em prova documental do fato constitutivo do direito do autor, aliada a uma defesa frágil ou inconsistente do réu (já constada ou presumida pela lei).

O presente artigo tem por objetivo destacar, dentro da técnica da tutela da evidência, a previsão do art. 311, IV do Código de Processo Civil, especialmente no que diz respeito à forma de convencimento judicial para a sua concessão. Aborda, assim, o nível exigido do juízo de probabilidade para autorizar a antecipação dos direitos evidentes. Analisa ainda o elemento da defesa inconsistente, demonstrando que ele é o elemento que permite o equilíbrio entre as partes. Afinal, a técnica da antecipação baseada em evidência procura justamente atribuir o ônus da espera à parte que provavelmente não têm razão.

Além de um histórico a respeito da tutela antecipada nos casos de defesa inconsistente, o artigo trata das noções do dano marginal, em seu sentido lato e estrito. Dessa forma, após criticar o apego exagerado à cognição exauriente, o trabalho faz referência à constatação de que toda espera processual gera dano. Com isso, demonstra a relevância do estudo dos efeitos do tempo na realização dos direitos.

Em síntese, o objetivo principal consiste na demonstração de que, em um sistema adequado de prestação jurisdicional, uma defesa frágil ou inconsistente não pode impedir a imediata realização do provável direito do autor.

1 NOÇÃO HISTÓRICA E ATUAL SOBRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR DEFESA INCONSISTENTE

Fica claro que o Código de Processo Civil de 2015 buscou inspiração no instituto do *référé provision*. Na França, o art. 809, segunda parte do Code de Procédure Civile, autoriza a tutela antecipada, com caráter satisfativo e sem o requisito da urgência, bastando a existência de uma *obrigação não seriamente contestável*.¹⁵⁹ Nas palavras de Yves Strickler, *o juiz desempenhará bem sua tarefa se utilizar a noção de contestação séria como guia*.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Art. 809, segunda parte. Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

¹⁶⁰ STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 81, tradução livre.

A propósito, considera-se séria a contestação que não se utiliza de argumentos manifestamente vãos¹⁶¹ para se opor ao pedido do autor. Com efeito, tal entendimento é central na jurisdição francesa pois estabelece um critério limitador à atuação do juiz. Quando a contestação for séria, o magistrado não poderá atuar em sede de tutela provisória. A decisão caberá, nesse caso, ao juiz da chamada jurisdição *du fond du droit*, ou seja, ao juízo baseado em cognição exauriente. E tal controle é feito de forma rígida, pela Corte hierarquicamente superior.

Por outro lado, sempre que houver uma defesa frágil (*obrigação não seriamente contestável*) estará autorizada a antecipação. Isso gera equilíbrio e eficiência à prestação jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a tutela de evidência prevista no art. 273 do diploma processual anterior (art. 273, II, CPC/73), notadamente para os casos de abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu; e ainda ampliou as suas hipóteses de aplicação. Ao analisar os quatro incisos do art. 311, é possível concluir que a noção de defesa inconsistente é o fio condutor para essas hipóteses, tal como na inspiração francesa. Daniel Mitidiero expõe esse raciocínio com clareza, afirmando que a noção de defesa inconsistente é o “*denominador comum capaz de amalgamá-las*”.¹⁶²

O inciso I do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015 é uma reprodução do antigo art. 273, II, do Código de Processo Civil de 1973, após as alterações trazidas pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Sem dúvidas, o abuso de direito pode manifestar-se no âmbito do processo, sendo possível enquadrar como abusiva a defesa quando ela deixa de manter uma “*relação instrumental apropriada entre o ato processual e os fins ou efeitos dele extraídos*”.¹⁶³ Em outras palavras, considera-se abusiva uma contestação não séria. Mas é necessário ir além. O abuso de direito se caracteriza não apenas pelas alegações frágeis do réu, mas pela clara tentativa de se valer do processo para protelar a solução final.¹⁶⁴ O ato abusivo, descreve Najjar Helena Abdo, reveste-se de aparência de legalidade.¹⁶⁵ É por esse motivo que, diante

¹⁶¹ VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 26.

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. A antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 160.

¹⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena Najjar. As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência, *in* Tutela Provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno... [ed.al], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 458.

¹⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *in* Comentários ao código de processo civil, volume I (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador), São Paulo: Saraiva, 2017, p. 955.

¹⁶⁵ ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103-105.

de uma contestação não séria, caracterizando, portanto, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o art. 311, I do CPC permite a concessão da tutela de evidência.

O inciso II, por sua vez, revela a possibilidade de concessão de tutela de evidência quando os fatos “*puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*”. Isto é, a inconsistência da defesa é presumida se já houver jurisprudência vinculante a respeito do tema. Não obstante, é importante interpretar o referido dispositivo à luz do princípio da isonomia, sendo necessário considerar a particularidade do caso em que a tese foi firmada antes de aplicá-la indistintamente.¹⁶⁶ Valendo-se desse mesmo princípio norteador, também é possível estender a interpretação do dispositivo para abranger a jurisprudência firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais.^{167 168}

O inciso III permite a tutela antecipada com base no contrato de depósito, ou seja, uma vez comprovado o depósito, nos termos do arts 646 a 648 do Código Civil, deve ser determinada a entrega da coisa. Essa hipótese guarda uma certa peculiaridade em relação às demais na medida em que consiste uma forma *típica* de tutela de evidência. Neste caso, a evidência do direito reside no fato de que o autor é detentor de um direito previsto especialmente na legislação. Em razão disso, já se pressupõe que defesa do réu será inconsistente.

Por fim, a hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC diz respeito à existência de prova documental quanto ao fato constitutivo do direito do autor, aliada à fragilidade da defesa do réu. Eis o típico caso em que o autor já se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, porém o réu insiste na produção de provas. Em razão disso, é ele quem deve arcar com o ônus do tempo até a produção da prova.¹⁶⁹

¹⁶⁶ DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 259.

¹⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Op cit. p. 160.

¹⁶⁸ No mesmo sentido, Flávio Yarshell e Helena Abdo: “Nesse ponto, o legislador foi incompleto porque fez referência apenas a duas das espécies de precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC de 2015. Nada se falou sobre a possibilidade de concessão de tutela da evidência nos casos em que a tese jurídica esteja baseada em decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, tampouco em enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal (em matéria constitucional) e do Superior Tribunal de Justiça (em matéria infraconstitucional). Sobre o tema, a doutrina tem proposto a interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra para admitir a concessão de tutela da evidência quando baseada em qualquer desses precedentes”. (YARSELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena Najjar, Op. Cit, p. 461).

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Op cit., p. 160/161.

Em suma, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC, a defesa inconsistente é presumida pelo próprio legislador, razão pela qual é permitida que a tutela seja concedida liminarmente (parágrafo único do art. 311, CPC). Já no caso do inciso I e IV, a eventual concessão da tutela de evidência só poderá ocorrer após a contestação, justamente porque é necessário saber se o réu pretende se valer do processo para protelar a solução final (inciso I), ou se insiste na produção de provas, mesmo tendo apresentado contestação não-séria (inciso IV).

2 O APEGO À COGNIÇÃO EXAURIENTE

A tutela jurisdicional é prestada mediante o emprego de duas atividades judiciais: cognição e execução.¹⁷⁰ A primeira encontra a sua melhor definição na doutrina clássica de Kazuo Watanabe. De acordo com o autor, *cognição* é a técnica processual utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.¹⁷¹

Nesse sentido, cognição pode ser contemplada em dois planos: horizontal, em que se busca saber qual a *extensão* com que serão analisados os elementos objetivos do processo; e vertical, relativa à *profundidade* dos elementos a serem apreciados pelo magistrado.^{172 173} Ao que interessa o presente estudo, no plano vertical, há três espécies de cognições: (i) superficial, em que o juiz será levado por um juízo de possibilidade, (ii) sumária, em que o magistrado irá emitir um provimento baseado em juízo de probabilidade; e (i) exauriente, em que a decisão judicial será proferida em um grau de certeza jurídica.¹⁷⁴

Tradicionalmente, existe uma forte associação entre a *cognição exauriente* e a *execução de título judicial*, porque essa dependeria do grau de certeza jurídica que somente o exaurimento do processo seria capaz de conferir-lhe.

A doutrina italiana, que forneceu as bases teóricas para o processo civil brasileiro, durante muito tempo foi incisivo na concepção de que há um caminho “normal” para o processo: a sentença definitiva deve anteceder à execução. É, por excelência, o princípio *nulla executio sine titulo*. Chiovenda

¹⁷⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. Op. Cit, p. 166.

¹⁷¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 41

¹⁷² Ibid. p. 83.

¹⁷³ CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 314.

¹⁷⁴ Ibid. p. 317.

confessa expressamente que a “execução provisória” da sentença seria uma figura anormal, justamente por não ser dotada de certeza jurídica.¹⁷⁵

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, se propôs a encerrar — ou, ao menos, amenizar — a dicotomia entre essas duas atividades judiciais. No sistema atual, execução e cognição “*não estão reunidas como duas fases distintas que se sucedem: entremeiam-se no seu curso*”.¹⁷⁶ É nessa relação entrelaçada que se situa a tutela provisória.

Contudo, em que pese o esforço legislativo, há uma grande dificuldade em alterar, na prática, o *modus operandi* da prestação jurisdicional. Está arraigado no sistema processual brasileiro a noção de que somente o esgotamento do processo é apto a qualificar um verdadeiro julgamento.

Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, por detrás da ideia de que a execução depende do prévio esgotamento do processo de conhecimento, está “*a premissa de que o juízo de cognição sumária, exatamente por ser um juízo que posticipa o direito de defesa, não é suficiente para a instauração da execução*”.¹⁷⁷ Esse tipo de raciocínio desconsidera que o tempo impõe um prejuízo à parte que aparenta ter razão, o que poderia ser evitado através da antecipação da tutela de evidência.

A verdade, porém, é que o sistema “ordinarizou-se” de forma aguda.¹⁷⁸ A concepção de que julgar verdadeiramente pressupõe certeza jurídica fincou raízes tão profundas no processo civil brasileiro que os operadores nem mesmo se dão conta da possibilidade mudança. Conforme antevisto por Ovídio Baptista da Silva, “*para o sistema, não pode haver sequer “julgamento provisório”. Julgar provisoriamente é não julgar. Para o sistema, não há decisão provisória sobre a lide. Na verdade, decidir provisoriamente é nada decidir*”.¹⁷⁹

¹⁷⁵ “Entretentes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é, todavia, executória, uma vez que o recurso para a cassação não suspende a execução da sentença. Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica ...” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 235).

¹⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95, (1997), 2. ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

¹⁷⁷ Ibid. p. 83

¹⁷⁸ Expressão cunhada por Ovídio Baptista da Silva (“Racionalismo e tutela preventiva em processo civil”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 91, v. 801, p. 40, julho de 2002).

¹⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Racionalismo e tutela preventiva em processo civil”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 91, v. 801, p. 40, julho de 2002.

3 A TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO INCISO IV DO ART. 311 DO CPC E O PRESTÍGIO À DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO

A tutela antecipada busca uma distribuição mais justa dos *efeitos deletérios da demora (fisiológica ou patológica)* do processo.¹⁸⁰ Trata-se de uma alteração ou até mesmo inversão na ordem entre cognição e realização do direito. Cassio Scarpinella Bueno lembra muito bem que a tutela antecipada consiste em uma *forma pela qual o processo civil passou a ter autorização para ‘começar do fim para o começo’ (da satisfação de seus resultados para a confirmação desses mesmos resultados)*.¹⁸¹

Com efeito, a antecipação da tutela tem o condão de alterar o momento de concessão dos provimentos declaratório e executivo. Não há dúvida que isso é, ao mesmo tempo, revolucionário e vital na busca por efetividade dos direitos e pela eficiência da prestação jurisdicional.

Importante lembrar que a antecipação consiste em fenômeno distinto das técnicas que buscam apenas imprimir celeridade ao processo. Como bem destaca François Ost, não se trata de mera aceleração do procedimento, mas sim de uma verdadeira inversão, no plano temporal.¹⁸² Aquilo que deveria suceder o fenômeno da cognição completa, na verdade, o antecede.

O art. 311, IV do Código de Processo Civil autoriza a antecipação da tutela sempre que houver prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que *o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*.

Mas, qual seria o *standard* dessa prova? Teria optado o legislador pela exigência de uma demonstração mais robusta, consoante a orientação do *beyond any reasonable doubt* de outros países? A resposta é negativa. Tal raciocínio, além de não encontrar fundamento no sistema probatório civil brasileiro, acabaria por trazer uma exigência demasiadamente grande¹⁸³, conforme se expõe no item 7, abaixo.

Ao que parece, o verdadeiro intuito do legislador foi o de propor, para o convencimento judicial, uma comparação entre as provas e as alegações de ambas as partes. Trata-se de uma avaliação quanto à força probante da

¹⁸⁰ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

¹⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. XIII.

¹⁸² “Au plan temporel, l’effet produit n’est pas seulement d’accélération, mais aussi d’inversion: dans bien des cas, l’urgence permettra à l’*imperium* (la force) de précéder la *jurisdictio* (l’*énoncé* de la règle), immunisant le fait accompli à l’égard d’une remise en cause juridique ultérieure”. (OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 284).

¹⁸³ Nesse sentido, vide DOTTE, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 273 e seguintes.

prova documental já produzida, em contraposição à prova ou à alegação do adversário. Algo muito semelhante à ideia de *contestação não séria* do sistema processual francês, conforme exposto no item 2 deste trabalho.

4 A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO AO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Não se deve confundir a evidência do direito do autor (probabilidade somada à fragilidade das alegações do réu) com a *incontrovérsia* do direito.¹⁸⁴ Essa hipótese é tratada pelo Código de Processo Civil de 2015 como julgamento antecipado do mérito, disposto nos artigos 355 e 356.

O art. 355 do Código de Processo Civil preconiza que o magistrado poderá julgar antecipadamente o mérito quando (i) não houver necessidade de produção de outras provas; e (ii) o réu for revel, ocorrido o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349. Ante a não apresentação de defesa pelo réu, incide a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. E, como não houve requerimento ou necessidade de produção de provas, o juiz poderá antecipar o julgamento do mérito da demanda, sendo tal decisão revestida de cognição exauriente.¹⁸⁵

A corroborar, o art. 356 do Código de Processo Civil determina que o juiz julgará parcialmente o mérito quando um ou mais pedidos, ou parcela deles, forem incontroversos e estiverem em situação de imediato julgamento, nos termos do art. 355. Nessa hipótese, o magistrado irá apreciar somente uma parcela do mérito e não a sua totalidade.¹⁸⁶

Por outro lado, a tutela de evidência baseada em prova documental do autor e defesa inconsistente do réu, notadamente aquela prevista no inciso IV do art. 311 do CPC, é concedida justamente porque o réu apresentou defesa inconsistente e, como se não bastasse, ainda requereu a instrução probatória.

Dessa forma, caso seja necessário proceder à instrução probatória —se em respeito ao direito de defesa do réu ou alguma outra circunstância—, deverá o juiz conceder a tutela de evidência para que o ônus do processo não recaia sobre aquele que demonstrou ter razão em sede cognição sumária. Por outro lado, caso não haja nenhum outro ato que possa infirmar o acolhimento da pretensão autoral, deverá ocorrer o julgamento antecipado.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC 1973 ao CPC/2015. In: ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (coords.) Coleção Liebman. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 198.

¹⁸⁵ CAMBI, Eduardo. SCHMITZ, Nicole. Questões Procedimentais Da Tutela De Evidência. Revista dos Tribunais | v. 1017/2020 | p. 159 - 201 | Jul / 2020 | DTR\2020\8183

¹⁸⁶ Ibid.

Em que pese tais distinções, já foi observada que ocorre uma certa confusão na prática forense no momento de aplicação do direito. De acordo com pesquisa randômica realizada por Fernanda Medina Pantoja, no qual se analisou mais de oitocentas decisões proferidas nos Tribunais do país, foi possível concluir que “*embora as situações não se confundam em tese, na prática parece difícil aferir a intensidade da cognição realizada pelo julgador, máxime quando se tem exigido, para tutela de evidência, o contraditório prévio*”.¹⁸⁷

5 O DANO MARGINAL EM SENTIDO ESTRITO, DECORRENTE DA SIMPLES PERMANÊNCIA DO ESTADO DE INSATISFAÇÃO DO DIREITO

Para que a prestação jurisdicional ocorra de forma adequada é fundamental ter em mente que decurso do tempo é potencialmente lesivo à parte que tem razão. Não se trata, portanto, de um fator irrelevante do ponto de vista processual. Na verdade, o tempo é um elemento que deve ser considerado por todos os sistemas judiciais, diante de sua capacidade de interferir negativamente na realização dos direitos.

Por outro lado, não é possível imaginar a cognição sem o decurso de um período, no qual sejam expostos os argumentos e produzidas as provas. Nesse sentido, a natureza do Direito é procedimental, justamente por ser deliberativa e comunicacional. A essência do jurídico é o procedimento ou, em outras palavras, a troca regrada dos argumentos tendo em vista a produção do justo.¹⁸⁸ Daí porque *não é possível dizer o direito sem lhe dar o tempo*.¹⁸⁹

Mas, ao tratar dos procedimentos de cognição plena, Andrea Proto Pisani esclarece que a mera duração do processo pode constituir causa de prejuízo irreparável ao autor que, em virtude do monopólio da jurisdição, se vê impossibilitado de utilizar a autotutela.¹⁹⁰ Refere-se então à *durata fisiologica* e à *lentezza patologica* do processo.¹⁹¹ A primeira é algo natural ao procedimento

¹⁸⁷ PANTOJA, Fernanda, Edição Comemorativa - Tutela de Evidência, 08 de maio de 2017. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/455850793/edicao-comemorativa-tutela-de-evidencia>. Acesso em 20.09.2021.

¹⁸⁸ É o que bem esclarece François Ost: “Il est en effet de la nature du droit d’être procédural. Depuis toujours, l’essence du juridique (s’il est encore permis de parler ainsi) est la procédure, ou l’échange réglé des arguments en vue de la production du juste”. (OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 320).

¹⁸⁹ No original: “Nous montrerons qu’il n’est possible de ‘dire le droit’ qu’en ‘donnant le temps’”. (OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 13).

¹⁹⁰ PROTO PISANI, Andrea. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in **Revista de Processo**, v. 131, Jan/2006, p. 239 a 249.

¹⁹¹ PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, in **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, 1987, p. 111 e 112.

e não pode ser evitada. A segunda, contudo, decorre do prolongamento malicioso do tempo por uma das partes. Esta, então, deve ser combatida mediante a aplicação das sanções previstas no ordenamento.

Observe-se que o efeito negativo do tempo ocorre nas duas hipóteses, inclusive quando não há má-fé do réu. É claro que a atuação maliciosa pode ser ainda mais nefasta, agravando significativamente a situação. Mas é fundamental ter em mente que, mesmo nos casos em que não existe atitude protelatória, o simples decurso do tempo pode gerar ou agravar o prejuízo do autor. Isso afasta a *crença na neutralidade do tempo do processo*.¹⁹²

A partir da constatação de que o decurso do tempo gera prejuízos, percebe-se a necessidade da criação de técnicas para combater o problema.

A noção de dano marginal, por exemplo, foi utilizada por Enrico Finzi, no ano de 1926.¹⁹³ Comentando a decisão da Corte de Apelação de Firenze que permitiu o imediato cumprimento de uma sentença de despejo, Finzi abordou a execução provisória, citando um critério diferenciador entre *pericolo nel ritardo* e *danno nel ritardo*, ou seja, entre o *periculum in mora* que constitui o dano marginal e o dano pela espera da execução.¹⁹⁴ Segundo ele, somente o primeiro autorizaria a execução provisória.

Mas, o mais relevante, foi a sua constatação de que não existe lide onde não se verifique, em relação à parte vitoriosa, um dano causado pela demora em obter o fruto de sua vitória.¹⁹⁵ Trata-se, assim, do prejuízo que sofre o autor, após ter reconhecido seu direito pela sentença, sem poder satisfazê-lo imediatamente em virtude do efeito suspensivo da apelação.

Por outro lado, o perigo da demora seria algo diverso, não decorrente apenas da demora na execução da sentença. Ele implicaria em um interesse autônomo, o qual mereceria ser protegido. Nas situações de *pericolo nel ritardo*, a própria prestação jurisdicional poderia tornar-se sem efeito.¹⁹⁶

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5. ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 144.

¹⁹³ Nesse sentido, Flávio Yarshell e Helena Abdo destacam que tal expressão foi utilizada por Enrico Finzi ao comentar questões controvertidas em tema de execução provisória, na Rivista di Diritto Processuale, em 1926. (YARSELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência, in Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 456).

¹⁹⁴ FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. in **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. III, parte II, 1926, p. 49 e 50.

¹⁹⁵ Ibid, p. 49.

¹⁹⁶ “Con maggior precisione mi pare definibile il *periculum in mora* come quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, e che scompare con la esecuzione provvisoria” (Ibid, p. 50).

Entendia, então, Enrico Finzi que a execução provisória, por inverter o ônus da espera (permitindo a execução antes do trânsito em julgado) só poderia ocorrer em situações excepcionais¹⁹⁷, caracterizadas pelo *periculum in mora* ou *danno marginale*.

Fiel ao ensinamento de Enrico Finzi, Italo Andolina também deixa claro que para a ocorrência do dano marginal, não basta o mero decurso do tempo. É necessário que a ele se acrescente um fato novo, que aumente o prejuízo do autor durante o tempo de insatisfação de seu direito, comprometendo a *fruttuosità pratica della esecuzione forzata*.¹⁹⁸ Tal demora não é a causa em si, mas a situação específica, na qual se verifica um novo prejuízo. Exemplifica dizendo que durante esse tempo de espera pode ocorrer o empobrecimento do devedor, um ato fraudulento de disposição do direito controvertido, a perda da garantia patrimonial do crédito ou a desvalorização monetária. É então o surgimento desse evento ulterior que caracteriza o *danno marginale*.

Contudo, Adolina aborda o dano marginal a partir de uma dupla classificação: o *danno marginale in senso lato*, que ocorre nas situações de *infruttuosità* e o *danno marginale in senso stretto (da induzione processuale)*, presente no plano dos títulos executivos e decorrente da simples permanência do estado de insatisfação do direito.¹⁹⁹

De igual forma, Piero Calamandrei vale-se dessa noção na sua clássica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.²⁰⁰ Para o mestre italiano, o *periculum in mora* que está na base das medidas cautelares²⁰¹ não é o perigo genérico de dano jurídico, mas sim especificamente o dano marginal, aquele que pode derivar do retardamento, tornado inevitável, em virtude da lentidão do procedimento na tutela definitiva. É essa impossibilidade prática de acelerar a prolação da decisão final que faz surgir o interesse em uma medida provisória.²⁰²

¹⁹⁷ “Solo la esistenza di circostanze eccezionali, può alterare questa norma che è un necessário corollario del doppio grado: e quindi carattere eccezionale deve avere il pericolo nel ritardo che può determinare la inversione nella tutela degli opposti interessi: esso deve essere cioè, come si disse, un dano ulteriore, ovviabile soltanto con la esecuzione provvisoria”. (Ibid, p. 51).

¹⁹⁸ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p.18 a 21.

¹⁹⁹ Ibid., p. 20.

²⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 18.

²⁰¹ Consideradas aqui em seu contexto amplo na Itália, o que abrange as medidas antecipatórias.

²⁰² “ma è specificamente il pericolo di quell’ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinário, del provvedimento definitivo. È la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l’interesse alla emanazione di una misura provvisoria”. (CALAMANDREI,

Como se verifica, a expressão *dano marginal* foi usada pela primeira vez no contexto da execução provisória. Ou seja, o que se perquiria era a possibilidade (ou não) de satisfação imediata, após o reconhecimento judicial com cognição exauriente. Analisava-se, em outros termos, o problema da demora em virtude do efeito suspensivo da apelação.

De qualquer forma, o mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação à espera exagerada para a satisfação de um direito altamente provável, antes mesmo do término da instrução.

Nesse sentido, a parte que já comprovou a existência do fato constitutivo de seu direito, demonstrando de forma suficiente a probabilidade do que alega, não deveria ter que esperar até o final do processo para ver esse direito realizado. Tal espera injusta caracteriza o dano marginal em sentido estrito.

Em outras palavras, em um sistema adequado de prestação jurisdicional, o direito altamente provável (diante da produção de prova documental e da inconsistência das alegações do réu) deve ser imediatamente satisfeito, mediante a aplicação da técnica da tutela da evidência. É exatamente isso o que prevê o art. 311, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Como mencionado acima, as lições sobre dano marginal trouxeram a percepção que a demora na realização de um direito provável é danosa à parte e prejudicial à própria eficiência do sistema.

Essa é a razão pela qual se impõe a antecipação dos direitos evidentes. Trata-se da aplicação dos princípios da duração razoável do processo, da efetividade e da eficiência.²⁰³

6 STANDARDS DO CONVENCIMENTO JUDICIAL PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Uma questão relevante diz respeito ao nível de probabilidade para a concessão da tutela da evidência. Qual seria essa exigência em termos quantitativos?

Desde logo é importante esclarecer que existe um certo mito no sentido de que o juízo de probabilidade na tutela da evidência deveria ser mais intenso que aquele que ocorre na tutela de urgência. Isso não corresponde à concepção correta dessa técnica processual.

Com efeito, a concessão da tutela da evidência vale-se do mesmo juízo de probabilidade aplicável à tutela provisória em geral. O que a distingue,

Piero. Op. Cit., p. 18).

²⁰³ A propósito do *dever de antecipar a tempo*, como decorrência dos princípios constitucionais, vide DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 89 e seguintes.

todavia, é o acréscimo de um outro elemento: a fragilidade ou inconsistência nas alegações do réu (fragilidade essa já constatada ou presumida). Justamente por não se basear em *periculum in mora*, a tutela da evidência pode ser concedida quando se verificar a ocorrência (ao mesmo tempo) de: probabilidade do direito e defesa inconsistente.

No que diz respeito à aferição da probabilidade, o melhor entendimento parece estar com a doutrina sueca. Trata-se de teoria criada para o julgamento de mérito (cognição exauriente), mas que igualmente se aplica ao juízo de cognição sumária. Segundo ela, o ônus da prova consistiria no ponto central de uma régua para aferir qual das partes deve perder ou ganhar. Logo, a parte que conseguisse fazer com que a medida prevalecesse para o seu lado, seria vitoriosa. A análise levaria em conta um mínimo de preponderância da prova, fazendo com que se a posição de uma das partes fosse mais provável que a da outra, mesmo que em percentual mínimo (51%, por exemplo), isso seria suficiente para a vitória. Prevaleceria, nesse caso, o chamado princípio da “verossimilhança preponderante”.²⁰⁴ Nesse sentido, Salvatore Patti esclarece que, na ausência de um grau de prova exigido pela lei, o juiz deve tomar a decisão de acordo com a prevalência da probabilidade, isto é, com base na verossimilhança preponderante.²⁰⁵

Conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, a decisão judicial nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil pode ter por base a convicção de verossimilhança preponderante, consoante a teoria sueca.²⁰⁶ Desse modo, será considerado provável aquilo que for minimamente preponderante, em termos de prova.²⁰⁷

Importante destacar que, no âmbito probatório, é muito melhor uma *regra de textura aberta*²⁰⁸ do que uma previsão rígida e pré-definida. Logo, em

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 357.

²⁰⁵ PATTI, Salvatore. Le prove. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 230.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 358.

²⁰⁷ Para o desenvolvimento mais completo dessa ideia, vide DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 145 e seguintes.

²⁰⁸ A respeito da ideia de uma regra aberta, vale lembrar as lições de Marinoni e Arenhart: “Procura-se uma ilusória segurança, sem considerar o seu alto custo social. Ou melhor, tenta-se obter certa previsibilidade sem perceber que dessa forma se estará impedindo que a regra possa atender de forma adequada a determinadas situações concretas, as quais poderiam ser facilmente tuteladas caso o juiz pudesse trabalhar com uma regra de textura aberta”. (MARINONI,

relação à tutela provisória (inclusive a de evidência) deve-se adotar a ideia de convencimento judicial, libertando-se de conceitos estritos ou de percentuais de probabilidade.

CONCLUSÕES

Por definição, a tutela de evidência consiste em uma *“técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”*.²⁰⁹

É evidente que o legislador brasileiro buscou inspiração no famoso *référé provision* do ordenamento jurídico francês, que permite, sempre que houver uma defesa frágil (*não seriamente contestável*), a autorização para a antecipação da tutela. Em vista disso, o legislador brasileiro previu quatro hipóteses de tutela de evidência. Em todas elas, a defesa inconsistente é o verdadeiro fio condutor, ainda que possua maior presença em algumas hipóteses (inciso I e IV) do que outras (inciso II e III).

Os avanços despendidos nos últimos anos pelo legislador, porém, não foram suficientes por si mesmos. A tutela de evidência encontra grande resistência frente à noção tradicional de necessidade de exaurimento do processo antes da concessão da tutela jurisdicional de evidência, a qual se acredita, de forma equivocada, ser completamente desprovida de urgência. O exaurimento do processo não mais pode constituir o único pressuposto lógico-jurídico para a satisfação dos direitos. O juízo de probabilidade, aliado à constatação de uma defesa inconsistente, também podem e devem autorizá-la. A antecipação de tutela foi prevista como meio para concretização constitucional de direitos. É preciso endossar, sempre que possível, a sua ampla aplicação.

Nesse sentido, a tutela da evidência prevista no inciso IV do art. 311 do CPC prestigia a adequada distribuição do ônus do tempo no processo. Ela permite a satisfação antecipada dos direitos evidentes, cumprindo assim a garantia constitucional da duração razoável do processo.

Não obstante, a tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado do mérito, porquanto não se deve interpretar a fragilidade

Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4. ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 363).

²⁰⁹ Definição elaborada por Bruno da Rós Bodart (Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC (2014). 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.).

de defesa do réu com *incontrovérsia* das alegações do autor. Se, porventura, esse for o caso, deverá ser aplicado o julgamento antecipado do mérito, seja ele total ou parcial, ao invés da concessão da tutela de evidência.

O mais relevante para a correta aplicação dessa técnica processual é a noção de que toda espera processual gera dano. Ainda que não exista a urgência (típica do *periculum in mora*). A doutrina italiana utiliza a expressão *dano marginal em sentido estrito* justamente para se referir à simples permanência do estado de insatisfação do direito. Ou seja, esperar pela realização de um direito já evidente causa dano. Essa lição clássica é de grande importância para uma prestação jurisdicional mais adequada.

Por fim, é preciso refletir sobre os *standards* do convencimento judicial para a concessão da tutela da evidência. O *standard* de prova, em todas as formas de concessão de tutela provisória, é o da prevalência mínima. Nesse aspecto, deve-se combater o mito de que o juízo de probabilidade na tutela da evidência deveria ser mais intenso que aquele que ocorre na tutela de urgência. Na verdade, a tutela da evidência se baseia no mesmo juízo de probabilidade aplicável à tutela provisória em geral. O que a distingue é o acréscimo de um outro elemento: a fragilidade ou inconsistência nas alegações do réu (fragilidade essa já constatada ou meramente presumida).

Probabilidade do direito e inconsistência da defesa constituem, assim, os dois requisitos para a satisfação antecipada dos direitos evidentes. Adotar essa premissa e combater o apego demasiado à cognição exauriente são os dois desafios para se construir um processo civil mais justo e mais eficiente. Afinal, como bem destaca a doutrina francesa, o tempo *faz parte do 'serviço' que o Poder Judiciário deve doravante fornecer à sua clientela.*²¹⁰

²¹⁰ No original: Le temps n'est plus le rythme objectif d'un processus de découverte de la vérité mais l'objet d'un droit subjectif processuel. Il fait partie du 'service' que l'institution judiciaire doit désormais fournir à sa clientèle. (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, in Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996, p. 19).

REFERÊNCIAS

- BDO, H. N. (2007). O abuso do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ANDOLINA, I. (1983). **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè Editore.
- BAPTISTA DA SILVA, O. A. (julho de 2002). “**Racionalismo e tutela preventiva em processo civil**”. Revista dos Tribunais, v. 801.
- BEDAQUE, J. R. (2017). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Em C. S. (Coord.). São Paulo : Saraiva.
- BODART, B. d. (2015). **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC (2014)** (2. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BUENO, C. S. (2004). **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva.
- CALAMANDREI, P. (1936). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- CÂMARA, A. (2014). **Lições de Direito Processual Civil: volume 1** (25. ed.). São Paulo: Atlas.
- CAMBI, E. S. (Jul de 2020). **Questões Procedimentais Da Tutela De Evidência**. Revista dos Tribunais, v. 1017/2020, p. 159 - 201, DTR\2020\8183.
- CAMBI, E., & NEVES, A. R. (2016). **Duração razoável do processo e tutela antecipada**. Em Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.], *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva.
- CHIOVENDA, G. (1965). **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva.
- DOTTI, R. (2020). **Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- FINZI, E. (s.d.). *Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. III, parte II.
- MARINONI, L. G. (2018). **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart (4. ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MARINONI, L. G. (1994). **Tutela cautelar e tutela antecipatória** (1992). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- (1997). **A Antecipação da Tutela** (3ª ed, rev. e ampl. ed.). São Paulo: Malheiros Editores.
- MARINONI, L. G. (2018). **Técnica processual e tutela dos direitos** (2004) (5. ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- MARINONI, L. G. (2019). *Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça* (3. ed. rev. e atual. ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- MARINONI, L. G., & ARENHART, S. C. (2017). **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 a 333**. Em S. C. Luiz Guilherme Marinoni (Dir.), *In. Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. (v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., & MITIDIERO, D. (2020). **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum** (6. ed., rev., atual. e ampl. ed., v. 2.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- MITIDIERO, D. (2019). **A antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória** (4. ed. rev., atual e ampl. ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- OST, F. (1999). *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob.
- PANTOJA, F. M. (08 de maio de 2017). **Edição Comemorativa - Tutela de Evidência**. Acesso em 20 de setembro de 2021, disponível em <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/455850793/edicao-comemorativa-tutela-de-evidencia>
- PATTI, S. (2010). *Le prove*. **Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale**. Milano: Giuffrè Editore.
- PROTO PISANI, A. (1987). *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. **Rivista di Diritto Civile**.
- PROTO PISANI, A. (Jan de 2006). *Verso la residualità del processo a cognizione piena?* **Revista de Processo**, v. 131.
- RIBEIRO, L. F. (2018). **Tutela provisória [livro eletrônico]: tutela de urgência e tutela da evidência**. Do CPC/1973 ao CPC/2015. Em T. A. (coords.), *Coleção Liebman* (3. ed.).

São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

STRICKLER, Y. (2010). **Le juge des référés, juge du provisoire**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes.

TALAMINI, E. (2001). **Tutela monitoria: a ação monitoria** – Lei 9.079/95 (1997) (2. ed. ver., atual. e amp. ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

VUITTON, X., & Jacques, V. (2012). **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale** (3. ed.). Paris:: Lexis Nexis

WATANABE, K. (1987). **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

YARSHELL, F. L., & ABDO, H. N. (2016). **As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência**, . Em C. S. UENO, Tutela Provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo, Saraiva.

CONTRIBUIÇÕES DA MINISTRA ROSA WEBER PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ACESSO A MEDICAMENTOS: OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO PROPOSTA DE APRIMORAMENTO DO DEBATE

Ana Cristina Cremonesi²¹¹, Alessandra Brustolin²¹²,
Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins Santos²¹³

RESUMO

Os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, ocupa o centro das principais discussões globais. Ainda que não exista um consenso sobre as causas da judicialização da saúde, o Poder Judiciário parece ser um ator protagonista no centro desse debate. As demandas de medicamentos ocupam lugar de destaque no cenário da judicialização. O estudo analisa criticamente o direito à saúde constitucionalmente estabelecido, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal e as suas repercussões no cenário de saúde. A ausência de diálogo entre o Poder Judiciário, outros órgãos e instituições e a comunidade pode representar um entrave no avanço para a solução. Diante disso, buscase responder: como os diálogos institucionais e a inteligência artificial podem contribuir para o aprimoramento da política de desjudicialização da saúde? O objetivo é demonstrar a contribuição da Ministra Rosa Weber para o debate. Foi possível concluir que os diálogos institucionais e a inovação tecnológica podem contribuir para o aprimoramento do sistema e-NatJus e dos instrumentos de apoio ao Poder Judiciário e de fomento às boas práticas relacionadas às políticas públicas em demandas complexas que envolvem a saúde e, sobretudo, a concessão de medicamentos. Foram utilizados os métodos dedutivo e de análises qualitativas para o desenvolvimento do artigo.

²¹¹ Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Processual Civil. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6757890002308517>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3381-8645>. Email: anacristinacremonezi@gmail.com

²¹² Doutoranda e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Fundadora e mentora acadêmica na Research - Pesquisa Acadêmica. Professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação na área do Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7897449138181057>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8925-2172> Email: aless.brustolin@gmail.com

²¹³ Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Público e Tributário. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7528704476834632>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4018-3561>. Email: apoemacfvms@gmail.com

Palavras-chave: medicamentos sem registro na anvisa; stf; ministra Rosa Weber; inovação tecnológica; diálogos institucionais.

INTRODUÇÃO

Uma das características centrais da experiência brasileira pós-88 tem sido o crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país. A CF/88 é, em parte, responsável por esse fenômeno. Ao ampliar as possibilidades de reclamação perante o Judiciário em busca da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos e diante da indefinição no que tange à abrangência do direito à saúde, a CF/88 contribuiu de forma mais significativa para a transferência de poderes decisórios das instâncias políticas para os Tribunais.

Há indícios de que a judicialização, diante de todas as suas complexidades, esteja relacionada com uma série de fatores. Por isso, não se ignora a sua influência nas demandas e concessões de parcelas de saúde pela via judicial. Não obstante, o estudo se concentra no aumento significativo das demandas de medicamentos – especialmente aquelas que exigem a concessão de medicamentos de alto custo e aqueles sem registro perante a ANVISA e a ausência e dificuldades de diálogos entre o Poder Judiciário e outros órgãos.

Diante da necessidade de maior alinhamento das decisões à realidade administrativa e conciliando tanto a individualidade quanto coletividade do direito à saúde, questiona-se: como os diálogos institucionais e a inteligência artificial podem contribuir para o aprimoramento da política de desjudicialização da saúde?

A pesquisa se justifica porque, embora todos os esforços empreendidos, a judicialização da saúde ainda é um problema não resolvido no Brasil. Assim, busca-se apresentar as contribuições da Ministra Rosa Weber para o debate demonstrar que os diálogos institucionais e a inteligência artificial podem atuar como importantes mecanismos para possibilitar uma comunicação mais eficiente entre o Poder Judiciário e a Administração, além de integrar ao diálogo outros órgãos e instituições. Foram utilizados os métodos dedutivo e de análises qualitativas para o seu desenvolvimento.

O artigo é dividido em três seções. Na primeira seção, foi apresentado o panorama do direito à saúde no Brasil no pós-88 e realizada uma análise do papel do STF na judicialização da saúde, sendo evidenciada a problemática central e analisadas as repercussões da falta de comunicação entre o Poder Judiciário e órgãos da Administração. Na segunda seção, demonstraram-se as contribuições que os diálogos institucionais podem acrescentar ao debate. E, por fim, como a inteligência artificial pode contribuir para o aprimoramento

do sistema e-NatJus, instituído pela Ministra Rosa Weber pela via da Resolução 238/2016.

1 A AUSÊNCIA DE DIÁLOGO E O PAPEL DO STF NA JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

O direito à saúde é caracterizado pela universalidade no sentido *individual* (enquanto “direito de todos”), o que é reforçado no artigo 196 da CF/88; e, em sentido *coletivo*, conforme sugere o artigo 194, p. ú, I, da CF/88. Da interpretação do texto constitucional brasileiro, Sarlet, Figueiredo e Raefray sustentam que a saúde seria um *direito tanto individual, quanto coletivo*.²¹⁴

A convergência de fatores que envolvem a saúde na ordem constitucional é complexa. Além disso, esbarra em uma série de problemas. Muitos destes decorrem do próprio arranjo federal definido pela CF/88 e da articulação das competências não legislativas na execução das políticas públicas.²¹⁵ Reiteradamente reforçadas pelo texto constitucional, a *universalidade* e a *integralidade* enquanto “proteção social plena”²¹⁶ são os grandes objetivos da política constitucional de saúde no Brasil. Porém, a dificuldade se concentra justamente em estabelecer o que significa e até onde vai essa “plenitude” no cenário fático, consideradas todas as suas variantes.

O Sistema Único de Saúde (SUS) representa “[...] um dos mais importantes exemplos de coordenação federativa na área da execução de políticas públicas do Brasil”.²¹⁷ O texto constitucional atribui competências nesse âmbito a todos os entes federados, além de estabelecer que o financiamento deste sistema único será por meio dos recursos do orçamento da seguridade social em todas as esferas de governo, além de outras fontes.²¹⁸ O sistema é organizado de forma descentralizada, regionalizada e hierarquizada, de

²¹⁴ RAEFRAY, 2005.

FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v. 12, n. 3, São Paulo, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 02 fev. 2023.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, Ano 2 (2013), n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

²¹⁵ SILVA, 2010, p. 549.

²¹⁶ RAEFRAY, 2005, p. 301.

²¹⁷ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 565.

²¹⁸ SILVA, 2010, p. 565.

atendimento integral e com a *participação da comunidade*, nos termos do artigo 198 da CF/88.²¹⁹

Especificamente com relação aos medicamentos, o artigo 6º da Lei 8.080/90 (Lei do SUS) ressalta a integralidade do sistema de saúde ao dispor sobre as ações que são incluídas no campo de atuação do SUS. Nos termos da alínea “d” do inciso I da Lei 8.080/90, garante-se a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.²²⁰ Também a legislação infraconstitucional na regulamentação do sistema de saúde instituído pela CF/88 reforça a assistência garantida pelo texto legislativo sem que sejam definidos eventuais “limites”. Essa é a causa de uma série de problemas, dentre eles a busca pelo judiciário para a determinação de tratamentos, fornecimento de medicamentos, próteses e outras demandas de saúde.

No ano de 2011, foi editada legislação buscando estabelecer o alcance dos princípios da universalidade e da integralidade dentro do SUS. A Lei 12.401/2011 e o Decreto 7.508/2011, que respectivamente altera e regulamenta a Lei 8.080/90 (Lei do SUS), são editados com o objetivo de traçar algumas balizas sobre o aspecto de “integralidade” do SUS. A Lei 12.401/2011 inclui o “CAPÍTULO VIII” na Lei 8.080/90 instituindo algumas regras no âmbito dos medicamentos. A legislação estabelece que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas devem indicar os remédios ou produtos necessários para o tratamento de doenças e que os medicamentos são avaliados “quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade”.²²¹

O artigo 19-T²²² veda em todas as esferas de gestão do SUS o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, bem como a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, não autorizados ou sem registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.²²³ A Lei parece conduzir uma interpretação textual

²¹⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

²²⁰ BRASIL. **Decreto 7.508/2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

²²¹ BRASIL. **Lei 12.401/2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Acesso em: 29 abr. 2011.

²²² BRASIL, 2011.

²²³ BRASIL, 2011.

no sentido de não respaldar, no âmbito do SUS, a concessão de “medicamentos” sem registro na ANVISA, tenham eles a sua eficácia comprovada com o registro em outras entidades ou não. A lei não faz tal diferenciação, mas veda, em todos os casos, o fornecimento de medicamento sem registro no órgão nacional.

Gradativamente, a judicialização da saúde tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. A judicialização da saúde no Brasil “[...] iniciou-se aproximadamente há duas décadas, em meados de 1990, acelerou na virada dos anos 2000 e, desde então, cresce infalivelmente ano a ano”.²²⁴ Para Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas, a “[...] postura do Judiciário brasileiro permitiu — e até incentivou — o impressionante aumento no número de ações pleiteando tratamentos médicos com base no direito constitucional à saúde”.²²⁵ Parece haver um consenso de que, em termos numéricos, o posicionamento do STF tem sido determinante para ordenar o número de litígios de saúde no cenário nacional.

A interpretação do STF sobre o direito constitucionalmente estabelecido tem concebido a saúde e acesso aos serviços de saúde no caso brasileiro, enquanto direitos *absolutos e quase imediatamente realizáveis*. Estudos sugerem indícios de que a postura do STF estaria contribuindo para o crescimento do litígio em saúde no país.²²⁶

A demanda por medicamentos tem ocupado posto de maior relevância no índice de judicialização da saúde pública. Até os anos de 1998, esse tipo de demanda envolvia quase que exclusivamente medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS, mas com a implantação da política universal para tratamento da doença (1999), atrelado ao surgimento de novas patologias e consequentemente a modernização dos serviços de saúde e de medicamentos com cada vez menos efeitos colaterais, a demanda de medicamentos pela via judicial sofreu um aumento significativo.²²⁷

O crescimento da indústria farmacêutica no Brasil é um dos fatores de destaque. Bihel e Petryna (2016, p. 176) demonstram que o litígio pelo tratamento ocorre com base nas influências do mercado e “[...] no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.” Os autores consideram este o “fator chave” para a judicialização da saúde no Brasil. Os autores ainda chamam a atenção para a forma como o *marketing* influencia

²²⁴ FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 maio 2023.

²²⁵ WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014, p. 1193.

²²⁶ WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; BIHEL; PETRYNA, 2016; INSPER, 2019; VASCONSELOS, 2020.

²²⁷ BIEHL; PETRYNA, 2016.

este cenário. Pepe e Veras²²⁸ destacaram o problema da influência que o *marketing* realizado pela indústria farmacêutica exerce sobre a prescrição médica quando relacionado ao crescimento do mercado farmacêutico no Brasil e ao litígio pelo tratamento que ocorre no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.

Relacionado a esse aspecto, um ponto frequentemente levantado pela academia é se as intervenções do judiciário favorecem os mais excluídos. A pesquisa realizada pelo INSPER²²⁹, considerando o indicador “perfil dos demandantes”, sugere ser este um dado relevante que pode impactar na análise da judicialização da saúde, especialmente em sua dimensão ao acesso a medicamentos. O estudo indica a variação nos indicadores de hipossuficiência econômica, sugerindo que um quinto das demandas é oriundo de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Apesar de a pesquisa não concluir especificamente neste sentido, os dados sugerem uma baixa justiciabilidade, isto é, possibilidade de acessar o judiciário para efetivação de direitos, pela parcela menos abastada da sociedade e, sobretudo, daquela que possui acesso ao Judiciário.

De acordo com Vasconcelos²³⁰, em primeiro lugar, a grande dificuldade tem sido o modo como a Corte busca solucionar o problema. A autora critica as estratégias de solução buscadas pelo STF. Sustenta que os critérios adotados para realização de audiências públicas para ouvir a comunidade jurídica e científica sobre o assunto desde 2009 – quando se teve uma percepção mais clara do problema e todas as suas complexidades – são questionáveis.²³¹ Com relação às audiências públicas, ela chama a atenção para o fato de que “[...] a maior parte dos expositores selecionados [pelo Ministro Gilmar Mendes] pertencia ou a gestão da saúde federal ou eram operadores do direito, o que explica certa prevalência de posições críticas em relação à judicialização”.²³²

A autora afirma que, apesar de a realização da audiência pública STA-175 ter sido a primeira decisão importante no âmbito do STF, em busca de respostas para a judicialização da saúde, “[...] foi utilizada poucas vezes contra a pretensão dos demandantes. Das 20 decisões monocráticas em ações de saúde em que é citada, apenas 4 decisões são favoráveis à administração

²²⁸ PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. **A prescrição médica**. Instituto de Medicina Social. n. 111. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. Disponível em: <https://www.ims.uerj.br/wp-content/uploads/2017/05/SESC-111.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²²⁹ INSPER, 2019, p. 72-73.

²³⁰ VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

²³¹ VASCONCELOS, 2020, p. 85-90.

²³² VASCONCELOS, 2020, p. 90.

pública”.²³³ Segundo a autora²³⁴, a posição a demandas individuais de medicamentos e tratamentos hospitalares por parte do STF contrasta com as ações que promove para reduzir a judicialização da saúde, por meio do CNJ, um órgão de atuação ativa e fiscalizatória, desprovido de competência para tanto. Para Vasconcelos²³⁵, este é um dos fatores determinantes para compreender a judicialização da saúde no Brasil e essa aparente contradição: a atuação da Corte enquanto “parte do problema” e “gestora” da judicialização que ajuda a criar.²³⁶ Não obstante as críticas para sustentar o paradoxo, o estudo de Vasconcelos pode orientar estudos futuros que envolvam discussões sobre desenhos e diálogos institucionais, foco central da presente análise.

Quando se fala nos impactos resultantes de ordens judiciais para conceder determinados serviços ou produtos de saúde – como é o caso dos medicamentos –, há uma série deles que podem ser considerados. Maestad, Rakner e Ferraz²³⁷ apontam, dentre estes, os impactos diretos e indiretos, impacto real, impacto estrutural, impacto na política de saúde, impacto no acesso geral e de distribuição de serviços e, principalmente, nos impactos orçamentários que as decisões judiciais podem causar.

Dentre os possíveis impactos da atuação do Poder Judiciário brasileiro nos cenários do país, o que mais se destaca na literatura ainda é o orçamentário.²³⁸ Alguns estudos já concluíram que as decisões podem, em longo prazo, influenciar o orçamento nacional de saúde.²³⁹ Em diferentes abordagens, estudos apontam os impactos orçamentários em todos os níveis da federação.

De acordo com Maestad, Rakner e Ferraz²⁴⁰ e Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas²⁴¹, o maior impacto no caso do Brasil, assim como ocorre na Colômbia, é sentido pelos municípios. Isso ocorre porque “os efeitos são mais acentuados nos sistemas de saúde com estruturas e financiamento altamente descentralizados, devido à menor flexibilidade na alocação de recursos”.²⁴²

²³³ VASCONCELOS, 2020, p. 90.

²³⁴ VASCONCELOS, 2020, p. 87.

²³⁵ VASCONCELOS, 2020.

²³⁶ VASCONCELOS, 2020.

²³⁷ MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011.

²³⁸ WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; FERRAZ, 2019; MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011.

²³⁹ MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011; WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014; INSPER, 2019.

²⁴⁰ MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, 2011 p. 290.

²⁴¹ WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014.

²⁴² MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 291-292.

De acordo com Norghein e Gloppen²⁴³, a maior parte dos medicamentos fornecidos no Brasil por meio de litígios parecem ter baixo e às vezes extremamente baixo custo-benefício, ressalvados alguns casos, e isso parece impactar no acesso global de saúde. Em curto e médio prazos, o litígio é financiado pela realocação de recursos, dado o curto prazo para cumprimento das decisões – autoridades não têm tempo para aguardar recursos.²⁴⁴ Mas, segundo os autores, o que parece preocupar são os impactos dos litígios na distribuição dos serviços de saúde a longo prazo.

Os medicamentos importados concedidos pela justiça e não originalmente incluídos na lista de medicamentos representaram 78,4% dos custos de todos os litígios de direito à saúde contra o governo federal. Wang, Vasconcelos, Oliveira e Terrazas²⁴⁵ apontam que, no estado de São Paulo, houve um aumento de 1.722,65% em cinco anos no gasto do Ministério da Saúde com medicamentos cuja provisão foi determinada por ordem judicial.

Com esse cenário, na tentativa de conter as massivas ações perante o Judiciário, foram adotadas algumas medidas, como a edição de legislações a fim de estabelecer o escopo e abrangência do direito à saúde. Em 2010, houve uma atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME²⁴⁶ e foi criada a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC. A Comissão tem como objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relacionadas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde no SUS. Além disso, a Comissão também trabalha na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

O próprio Judiciário se mobilizou visando à contenção dos impactos da judicialização ao instituir pela via da Resolução 238/2016, editada pela Ministra Rosa Weber, um sistema de núcleos de apoio ao Poder Judiciário, com o intuito de fornecer subsídios técnicos para aprimorar o conhecimento dos magistrados na solução de demandas e conferir maior celeridade às ações judiciais (CNJ, 2019), o e-NatJus ou simplesmente NATJUS.

Mesmo com essas medidas, a pesquisa do INSPER²⁴⁷ indicou que os gastos com a judicialização podem impactar a política de compra de

²⁴³ NORGHEIN, O. F.; GLOPPEN, S. *Litigating for Medicines: How Can We Access Impacto in Health Outcomes?* In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. **Litigating health rights: can courts bring more justice to health.** Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 304-332, *kindle*.

²⁴⁴ MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 293.

²⁴⁵ WANG; VASCONCELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014, p. 1193.

²⁴⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME 2010.** 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/renome_2010.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

²⁴⁷ INSPER, 2019.

medicamentos no país. Especialmente com relação ao ano base 2016, Ferraz²⁴⁸ elencou que o custo estimado do gasto público com concessões provenientes de demandas de saúde, em todo o país, foi de sete bilhões de reais. Uma parcela bastante relevante deste montante, em proporção 15,71% do gasto com judicialização em todo o país, foi gasta apenas *em nível federal* com a demanda de dez tipos de medicamentos: Laronidase; Lomitapida; Metrelptina; Atalureno; Alfacalsidase; Idursulfase; Eloisulfase Alfa; Gasulfase; Eculizumabe. De acordo com Xavier²⁴⁹, “o fornecimento direto pela União dos dez medicamentos listados acima representou quase 91% (noventa e um por cento) dos gastos com aquisições diretas de medicamentos, insumos e produtos no ano de 2016”.

A preocupação em relação aos dados se torna ainda maior quando eles são contrastados com os relatórios da CONITEC e as informações disponibilizadas pela ANVISA. Esta, como visto, trata-se de órgão fiscalizatório e regulatório. À CONITEC, por sua vez, compete a decisão sobre a implementação de medicamentos e novas tecnologias no SUS. No contexto que envolveu a criação da CONITEC há alguns pontos que se sobressaem.

Através da avaliação das informações disponíveis, foi possível constatar que, dos dez medicamentos mais judicializados em 2016, *apenas dois* deles atualmente não possuem registro perante o órgão regulatório: Lomitapida²⁵⁰ e Metrelptina. Estes também não são os medicamentos que ocuparam a maior parte parcela do orçamento dispensado para tanto.

Dos dez medicamentos, apenas um deles obteve registro posterior a 2016 perante a ANVISA: o Atalureno, registrado em 2019.²⁵¹ Os demais, destacando-se especialmente, em ordem crescente, os três medicamentos responsáveis pela maior fatia de gastos, foram registrados entre os anos de 2005 e 2008: Eloisulfase (2013); Gasulfase (2008); Eculizumabe (2015).

Ainda foi possível verificar que três dos dez medicamentos não possuem avaliação pela CONITEC, não tendo sido analisados os eventuais custos para a sua implementação no SUS. E, do mesmo modo, não foram objeto de avaliação sobre possível incorporação ou não às listas de medicamentos custeados pelo sistema. É o caso da Lomitapida, Metrelptina e Atalureno.

²⁴⁸ FERRAZ, 2019, p. 6.

²⁴⁹ XAVIER, 2018, p. 56.

²⁵⁰ Tem sido noticiado na mídia nacional existência de fraudes na concessão judicial deste medicamento. Não se teve maiores informações a respeito e tampouco é possível afirmar tal ocorrência.

²⁵¹ ANVISA, AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Consulta medicamento Atalureno**, 2019. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351717381201767/?nomeProduto=Translarna>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Também constatou-se que, dos sete medicamentos com avaliação pela CONITEC, *nenhum deles* teve uma recomendação de implementação pelo SUS definitivamente favorável de acordo com o órgão. Laronidase e Idursulfase tiveram uma *recomendação preliminarmente* favorável; Alfagalsidase teve a sua recomendação inicialmente desfavorável. E, novamente, os medicamentos com maior dispensação orçamentária em razão da judicialização (Eloisulfase, Gasulfase e Eculizumabe) possuem parecer da CONITEC *desfavorável por unanimidade* para implementação no SUS.

Os critérios considerados pela CONITEC nos pareceres desfavoráveis por unanimidade levam em consideração fatores como “altos custos, razões de custo-utilidade e custo-efetividade”. De se observar ainda que, segundo o CONITEC²⁵², embora os medicamentos Lomitapida e Metrelptina não possuam registro na ANVISA, o SUS oferece “alternativas terapêuticas”, mediante a disponibilização de outros medicamentos com eficácia comprovada para o tratamento das doenças que eventualmente se destinariam a combater.

Essas informações levam a duas constatações importantes: 1) os medicamentos que mais impactam no orçamento em nível federal no ano de 2016 – sem considerar os níveis estadual e municipal, sendo, neste caso, onde se concentrariam os maiores impactos, conforme indicam os trabalhos já mencionados – possuíam registro perante a ANVISA; 2) mesmo registrados, o órgão administrativo responsável por tal decisão, nos termos da competência legislativa que lhe foi estabelecida, não considerou viável a sua implementação nas listas do SUS, o que se demonstra prejudicial porque a função da CONITEC é justamente analisar a incorporação ou alteração de tecnologias, garantindo que o SUS ofereça o melhor tratamento.²⁵³

Quando a judicialização avança nestes termos, o judiciário desconsidera a função administrativa do órgão, que detém competência legislativa para a análise e determina de forma abrupta (e inconsequente) a concessão para determinados(as) pacientes de forma individual. Não há, por parte do STF nas decisões analisadas, por exemplo, uma determinação de revisão da política pública ou sequer consta nas decisões a menção – não sendo possível avaliar se houve solicitação – de uma nova avaliação por parte da CONITEC.

²⁵² CONITEC, 2020.

²⁵³ XAVIER, C. Judicialização da Saúde: Perspectiva Crítica sobre os Gastos da União para o Cumprimento das Ordens Judiciais. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018, p. 52-61. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 57.

Biehl e Petryna²⁵⁴ sustentam que “[...] os estados brasileiros veem o número de ações judiciais bem-sucedidas nos tribunais, chegando a dezenas de milhares, um processo que tem redefinido as funções e responsabilidades do Estado, alterando as práticas administrativas e excedendo os orçamentos da saúde”.

O panorama revelado demonstra que, não obstante os esforços desempenhados pelo STF, ainda existem inúmeros desafios que demandam diferentes articulações na compatibilização entre a efetivação do direito à saúde e a disponibilidade orçamentária. O maior obstáculo, como demonstrado, parece ser a falta de comunicação entre os diferentes atores envolvidos pela judicialização da saúde, sendo necessário um diálogo entre órgãos e instituições de forma efetiva. A ausência de abertura ao diálogo para a compatibilização dos interesses em jogo diante da postura adotada pela Corte nos últimos anos é apontada como um fator potencial no aumento das desigualdades na prestação de serviços de saúde.²⁵⁵

É inegável que os Tribunais estão assumindo um papel cada vez mais importante nas decisões sobre até que ponto os interesses aparentemente inegociáveis incorporados nas constituições devem ser considerados e protegidos na formulação das políticas públicas.²⁵⁶ Mas a revisão judicial pode servir para entrincheirar ou polarizar ainda mais os conflitos existentes, ameaçando tanto a legitimidade do tribunal e a estabilidade do acordo constitucional mais amplo. Com essas constatações, é possível avançar com a proposição da abertura ao diálogo e o estímulo e utilização de novas técnicas e mecanismos que permitam uma via intermediária entre uma Corte ativa na jurisdição constitucional, mas guiada pela proporcionalidade e pelo constitucionalismo deliberativo com abertura dialógica.

A Ministra Rosa Weber exerceu um papel de vanguarda ao editar a resolução que criou o e-NatJus, com um primeiro canal de abertura. Esse sistema pode ser aprimorado para a atuação eficiente por meio da incorporação de elementos da Inteligência Artificial (IA) e complementado com instrumentos que facilitem o diálogo, como por exemplo, a utilização dos Centros de Demandas Estruturais, também criados pela Ministra que exerce papel de fundamental importância na efetivação dos direitos sociais no Brasil.

²⁵⁴ BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 180.

²⁵⁵ BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 176.

²⁵⁶ BRINKS, D. M.; GAURI, V. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. In: GAURI, V.; BRINKS, D. M. **Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 303-353.

2 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO CONTRIBUIÇÃO PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A inafastabilidade da jurisdição e a insuficiência de recursos para assegurar a prometida universalidade e integridade do direito à saúde lança o Poder Judiciário ao cerne da discussão sobre os limites de atuação e a inadequação da postura ativista na construção e implementação de políticas públicas. Em que pese a atuação proativa, por vezes, decorra da inércia inconstitucional dos demais Poderes, é necessário maior alinhamento das decisões à realidade administrativa, sob pena de a tutela individual afetar irremediavelmente o direito da coletividade. “Para que o ativismo seja efetivamente um ponto de equilíbrio na movimentação do dispositivo *check and balances* é necessário que o Poder Judiciário tenha em sua atuação Juízes comprometidos com a Justiça e dotados de sensibilidade social”.²⁵⁷

A universalidade e o acesso igualitário não assegura “um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize”.²⁵⁸ A legitimidade da atuação do Poder Judiciário em demandas desta natureza, portanto, não dispensa a ressalva de que a inclusão de determinado problema social na agenda política afetará o atendimento de outras áreas, inclusive de idêntica importância, em razão da patente limitação de recursos públicos.

A incursão do Poder Judiciário em políticas públicas, ainda que mediante a provocação do indivíduo afetado, é objeto de críticas como a ausência de legitimidade democrática, a politização da Justiça e a ausência de capacidade institucional para assuntos afetos à Administração Pública. Acerca da capacidade institucional, o questionamento recai sobre “qual Poder está mais preparado para produzir a melhor decisão sobre a matéria, em razão dos aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade que geralmente não são de conhecimento de profissionais da área jurídica”.²⁵⁹ Especificamente sobre a última objeção, tem se preocupado o STF, em suas atividades de cunho

²⁵⁷ SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvêncio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

²⁵⁸ VALLE, 2016, p. 126.

²⁵⁹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. *Revista Paradigma*, [S. L.], v. 29, n. 2, p. 146–165, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2049>. Acesso em: 14 jun. 2023.

administrativo, em criar instrumentos de amparo e capacitação técnica dos magistrados em decorrência da vedação do *non liquet*.

Neste contexto, a Resolução nº 238 de 06 de setembro de 2016 do Conselho Nacional de Justiça determinou que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criassem o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) para auxiliar os magistrados na construção de decisões em demandas relacionadas à saúde, por intermédio do qual profissionais capacitados elaboram pareceres médicos vinculados ao caso concreto. No entanto, as notas técnicas amparam-se preponderante em informações arregimentadas pela CONITEC, que, conforme apontado na seção anterior, preocupa-se em grande parte com o efeito econômico da inclusão dos medicamentos e procedimentos na listagem do SUS, relegando ao Poder Judiciário, em última análise, a adequação sobre a eficácia do tratamento pretendido pelo paciente.

A análise sobre os medicamentos e tratamentos incorporados pelo SUS não basta para a solução de todas as pretensões formuladas junto ao Poder Judiciário. No Recurso Extraordinário 1.165.959²⁶⁰, o voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que “garantir acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, não basta estabelecer um dado padrão de atendimento público e pretender que o direito à saúde se esgote nesse figurino”. Apontando a influência econômica na construção de políticas públicas relacionadas à saúde, o Ministro destacou:

uma compreensão tão taxativa da padronização da política de atenção à saúde teria o efeito de submeter pessoas necessitadas de tratamentos mais complexos ou portadoras de doenças de baixa prevalência e por isso vitimadas pela ausência de interesse da indústria farmacêutica a uma condição de dupla vulnerabilidade, obrigando-as a suportar um sacrifício absolutamente desproporcional.²⁶¹

Paralelamente aos núcleos de apoio técnico, precedentes de caráter vinculante estabelecem requisitos de aferição obrigatória para a concessão da tutela prestacional na área de saúde, a exemplo dos medicamentos não incorporados ao SUS, em que se exige a demonstração de três requisitos cumulativos: a apresentação de laudo médico fundamentado e circunstanciado

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1165959/SP**. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/06/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/10/2021). Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RE_1165959_a9f4c.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1687895152&Signature=tkb77Pp%2FVsM6OYI7lmd3AhDOKHw%3D. Acesso em: 27 jun. 2023.

²⁶¹ BRASIL, 2021.

sobre a imprescindibilidade do medicamento, além da indicação de ineficácia dos fármacos disponibilizados pela rede de saúde para o tratamento da moléstia; a incapacidade financeira do cidadão para arcar com os custos do tratamento e a existência de registro na ANVISA.²⁶²

De igual forma, a tese firmada no Tema 1.161 de Repercussão Geral norteia a atividade jurisdicional e deveria guiar também a análise promovida pela ANVISA e CONITEC. Neste precedente vinculante, restou estabelecido que cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.²⁶³

Além dos dados técnicos e balizamentos disponibilizados pelos precedentes, com esteio na compreensão da finitude dos recursos públicos, é necessário ao intérprete o sopesamento dos interesses em conflito e, ainda, o impacto da decisão que afeta o planejamento estratégico do gestor público. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 22, § 1º, exige que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, além das circunstâncias práticas que tenham imposto limitações à ação do agente, de modo que a concessão irrestrita de medicamentos ou procedimentos de alto custo, sem a averiguação do impacto orçamentário, poderá afetar o serviço público à coletividade, deslegitimando a atuação judicial.

As peculiaridades que envolvem a construção de uma política pública integram um procedimento intrincado, sujeito a interferências variadas, com retrocessos e avanços em todo o seu curso. Por consequência, o modelo tradicional de processo de enfoque bilateral e em direitos disponíveis mostra-se insuficiente e inadequado, razão pela qual Osvaldo Canela Júnior²⁶⁴ adverte que “a intervenção há de se realizar preferencialmente por meio de processo de índole coletiva”, uma vez que o tratamento individual poderá redundar em ofensa à universalidade e igualdade que se almeja das políticas públicas. Mas,

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1102457/RJ**. Tema Repetitivo 106. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. J: Acesso em: 25 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 27 jun. 2023

²⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.165.959/SP**. Tema Repetitivo 1.161. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Alexandre de Moraes. J: 21 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348384226&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

²⁶⁴ CANELA JR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

em decorrência do veto ao artigo 333 do Código de Processo Civil, suplantou-se a possibilidade de coletivização de demandas, instituto de extrema relevância em matérias abordadas neste estudo.

A judicialização da saúde, decorrente do modelo institucional ofertado pela Constituição Federal de 1988, não pode ser afastada pelo acolhimento genérico da reserva do possível ou mesmo pela contenção judicial nos casos de demonstrada inércia dos demais Poderes. Por outro lado, constata-se que a decisão adjudicada, ainda que com respaldo em informações técnicas, poderá afetar o desenvolvimento das políticas públicas destinadas ao atendimento de toda a comunidade.

Atentando a referidas ponderações, é necessário buscar um ponto de equilíbrio entre o acesso à justiça e a deferência às escolhas e planejamento do gestor público. O modelo tradicional do processo, a despeito dos recentes avanços, prefere as soluções adjudicadas e processos individuais. Ainda que com respaldo em informações técnicas, dados extraídos do relatório produzido pelo CNJ demonstram alta litigiosidade na área da saúde. Mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitavam na Justiça brasileira quando firmado o relatório, de acordo com dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Quanto às decisões, a grande maioria – acima de 95% – é referente às ações individuais. Em 2021, foram mais de 700 mil processos nessa modalidade e, em 2022, foram registradas mais de 263 mil decisões em ações individuais de saúde.²⁶⁵

Neste contexto, importante ressaltar que, paulatinamente, o Brasil vem adotando meios alternativos de solução de conflito, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 adotou o sistema multiportas, que viabiliza maior participação dos sujeitos processuais e o contraditório substancial, ressaltando o princípio da colaboração processual e a relevância dos meios de composição. “Considerando que o Poder Público é um dos litigantes habituais, responsáveis pela sobrecarga de processos e pela lentidão na prestação jurisdicional, é indispensável que os métodos de solução consensual de conflitos sejam adotados pelo Estado”.²⁶⁶ Neste modelo participativo, mitiga-se

²⁶⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

²⁶⁶ CAMBI, Eduardo. CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do Processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1. janeiro a Abril de 2018. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. pp. 83-106. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114/23718>. Acesso em: 18 abr. 2023.

o protagonismo, com a aplicação de técnicas dialógicas e gestão equilibrada do processo, viabilizando inclusive a implementação paulatina da política pública mediante o emprego de técnicas estruturais, conforme almeja o Projeto de Lei nº. 8.058/2014.²⁶⁷

As demandas individuais deverão seguir com análise cautelosa, pautada em elementos técnicos e com fomento à solução consensual, pois “consensualidade, proporcionalidade e reflexividade são os grandes vetores axiológicos da norma para promover maior segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito público”.²⁶⁸ Mas a mitigação do acervo judicializado e da própria ingerência do Poder Judiciário em escolhas administrativas depende da atualização das políticas públicas de saúde, sobretudo, da ponderação sobre os medicamentos ou procedimentos reiteradamente pleiteados junto ao Poder Judiciário.

3 COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE CONTRIBUIR PARA O APRIMORAMENTO DO SISTEMA E-NATJUS

O CNJ, desde a criação por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, tem desempenhado relevante papel na criação de políticas públicas vinculadas à atuação do Poder Judiciário, inaugurando um estágio de maior adequação no controle estatístico, formulação de metas e padronização de procedimentos administrativos. “Os dados estatísticos possibilitam visualizar de forma ampla e sistemática o desempenho de cada órgão do Poder Judiciário brasileiro e, a partir dessas verificações, desenvolver programas e estratégias de aprimoramento da atuação jurisdicional”.²⁶⁹

Além do incremento do controle estatístico, o Conselho Nacional de Justiça inaugurou por intermédio da Portaria 25/2019 o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial Eletrônico e o Centro de Inteligência Artificial, substituída pela Resolução 395 de 07 de junho de 2021 que instituiu a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário, visando ao aprimoramento

²⁶⁷ BRASIL, Projeto de Lei 8.058/2014. **Institui o processo especial para o controle e intervenção de políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL%208058/2014. Acesso em: 04 abr. 2023.

²⁶⁸ MENEGAT, Fernando. A Nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do Carvão”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 233-260, 2023.

²⁶⁹ BARBOZA, Ingrid Eduardo Macedo. A Jurimetria aplicada na criação de soluções de Inteligência Artificial, desenvolvidas pelo CNJ, em busca do aprimoramento do Poder Judiciário. **Diálogo Jurídico**, v. 18, n. 2, p. 9-23, 2019. Disponível em: <http://revistaffb.educacao.ws/index.php/dialogo-juridico/article/view/57>. Acesso em: 20 jun. 2023.

das atividades dos órgãos judiciários, por meio da difusão da cultura da inovação, com a modernização de métodos e técnicas de desenvolvimento do serviço judiciário.

A adoção do controle das informações produzidas e utilização de inteligência artificial enriquecem a criação de políticas públicas do próprio Poder Judiciário e constituem acervo relevante de pesquisa aos demais entes na formação da agenda pública. “O rico conjunto de dados gerenciado pela administração pública é uma fonte poderosa para ressignificar como os serviços são entregues ao cidadão e uma alternativa disruptiva de desenvolver políticas públicas dirigida por dados²⁷⁰”, cabendo o diálogo interinstitucional para o melhor aproveitamento das bases de conhecimento.

Sob o comando da Ministra Rosa Weber, vislumbra-se a atuação direcionada à criação de instrumentos de apoio ao Poder Judiciário e de fomento às boas práticas relacionadas às políticas públicas em demandas complexas, dentre as quais se inserem os processos que buscam assegurar o acesso eficiente aos serviços de saúde. Assim, é imprescindível destacar a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Cesal), por intermédio da Resolução 790/2022, sendo integrado por três unidades: Centro de Mediação e Conciliação (CMC/STF); Centro de Cooperação Judiciária (CCJ/STF) e Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC/STF). De igual forma, aponta-se a Resolução nº. 501 de 24 de maio de 2023, que altera a Resolução nº 107/2010 e institui o Prêmio “Justiça e Saúde do CNJ”, que visa selecionar, premiar e disseminar ações, projetos ou programas voltados a orientar as políticas judiciárias para o aprimoramento das formas adequadas de soluções de conflitos envolvendo a saúde pública e suplementar.

Pautando-se, portanto, na cultura da inovação incremental ou disruptiva, conforme proposto pela Resolução 395/2021, mostra-se viável o desenvolvimento de estratégias de controle de desfecho em demandas que buscam a tutela do direito à saúde, conjugando os instrumentos normativos e estruturas disponíveis ao Poder Judiciário, com a utilização de dados estatísticos e da inteligência artificial.

Nesta lógica, é crescente a utilização dos grandes bancos de dados - *Big Data*, que se diversificam na gestão pública. o seu uso na saúde se faz necessário para direcionamento das políticas públicas, propondo tornar as organizações públicas

²⁷⁰ CAMPOS, Sansro Luís Brandão; FIGUEIREDO, Josiel Maimone de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. **Cadernos de Prospecção**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 196–214, 2022. DOI: 10.9771/cp.v15i1.42957. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/42957>. Acesso em: 19 jun. 2023.

mais organizadas e transparentes por meio de mecanismos de controle de resultados e uso de indicadores objetivando mensurar desempenho e gerar mais eficiência.²⁷¹

É importante ressaltar que a Inteligência Artificial não substitui a tomada de decisões humanas no sistema judiciário. Em vez disso, ela pode ser usada como uma ferramenta auxiliar para fornecer informações e *insights* que apoiem o processo de decisão dos profissionais jurídicos e de saúde envolvidos no caso. Implementar tecnologias como inteligência artificial pode agilizar a análise dos pedidos e isso pode incluir o uso de algoritmos para triagem inicial a nível de Estado, a exemplo do sistema adotado no sistema processual eletrônico PROJUDI para a identificação de similaridade do processo, mas que fica restrito ao âmbito da própria Comarca.

A pesquisa realizada por Ferraz²⁷², conforme anotado na seção 2 deste estudo, revela que os gastos realizados no ano de 2016 foram de sete bilhões de reais e que uma parcela bastante relevante deste montante, em proporção 15,71%, foi empregada apenas *em nível federal* com a demanda de dez tipos de medicamentos. Ainda, o fornecimento direto pela União dos dez medicamentos listados acima representou quase 91% dos gastos com aquisições diretas de medicamentos, insumos e produtos no ano de 2016. Ou seja, o acesso e utilização desses dados, ao menos, possibilitaria a aquisição concentrada e por menor preço, fator que já impactaria positivamente no dispêndio orçamentário.

Com o enfoque no paciente, a Inteligência Artificial permite a criação de um sistema de prontuário virtual, com a concentração de elementos importantes sobre a pretensão deduzida em juízo. A partir de referido prontuário, seria possível uma triagem de urgência e emergência, ajudando a identificar pedidos que requerem uma atenção mais imediata, apontando inclusive o estabelecimento adequado para a realização rápida do procedimento ou cirurgia. Outra informação de relevo passível de inclusão no prontuário e que muito auxiliaria a prestação jurisdicional, conferindo segurança, equidade e celeridade, recai sobre o posicionamento do paciente na fila de espera do SUS.

Implementar um sistema de *feedback*, no qual os solicitantes de pedidos de medicamentos e tratamentos possam ser acompanhados, de igual forma, pode ajudar a identificar áreas de melhoria e aprimorar o sistema ao longo do tempo. Sugere-se, pois, a instituição de um sistema para integrar as

²⁷¹ ATTADEMO, Carolinne Vargas et al. Impacto do big data na implementação de políticas públicas voltadas à saúde. *Vita et Sanitas*, v. 15, n. 2, p. 41-52, 2021. Disponível em: <http://fug.edu.br/revistas/index.php/VitaetSanitas/article/view/243>. Acesso em: 24 jun. 2023

²⁷² FERRAZ, 2019.

informações sobre os tratamentos e medicamentos ministrados a partir de decisões judiciais, além da alimentação do banco de dados para o controle da evolução do quadro clínico do paciente, para a investigação da eficácia do tratamento ou medicamento, objeto de judicialização. As informações arregimentadas poderão incrementar o funcionamento do e-NatJus, com uma perspectiva para além dos medicamentos inseridos na lista do SUS e que foram objeto da tutela jurisdicional.

O controle do desfecho, dessa forma, apresenta a potencialidade de estender o alcance das informações técnicas e de contribuir para o diálogo interinstitucional, com o fornecimento de elementos concretos que recomendem eventual alteração na ordem de precedência da análise pela ANVISA e CONITEC pelo número de processos sobre determinado procedimento ou medicamento, servindo de indicador da extensão da demanda pública. Ainda, o resultado do desfecho, demonstrado por dados estatísticos, servirá de embasamento seguro para a análise de liminares, em que a consulta ao e-NatJus poderá ser dispensada, com a racionalização do uso do sistema, prevenindo sobrecarga e atenuando retrabalhos.

A medida alinha-se à política estampada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e CNJ conforme normativas citadas e também guarda convergência com a Recomendação do Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que é constituída por 35 países membros e 8 países estratégicos, com a finalidade de discutir políticas públicas e econômicas que orientem a atuação governamental dos integrantes. Dentre as recomendações da OCDE, destaca-se a *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, que estabelece que os governos devem considerar o investimento público de longo prazo e incentivar o investimento privado em pesquisa e desenvolvimento interdisciplinares a fim de estimular a inovação em uma IA confiável quanto às questões técnicas desafiadoras, implicações sociais, legais, éticas e políticas.²⁷³

A utilização de dados estatísticos e IA, a partir de informações extraídas de processos judiciais, para viabilizar o diálogo interinstitucional na construção de políticas públicas ou mesmo para servir de esquadro técnico para novas decisões também encontram amparo na Emenda Constitucional nº 85/2015, que alterou o artigo 218 da Constituição Federal e assentou que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento e a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

²⁷³ Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 30 maio 2023.

CONCLUSÃO

Foi possível concluir que a postura do STF no que diz respeito à concessão de medicamentos revela a ausência de diálogo com os demais Poderes. Além disso, a repercussão desse posicionamento é capaz de gerar impactos negativos no cenário de saúde e o estudo aponta indícios de que a manutenção do posicionamento pode vir a comprometer o orçamento de saúde.

As contribuições da Ministra Rosa Weber para a problemática são significativas na medida em que promovem a abertura para o diálogo. Com o aprimoramento e fortalecimento desses mecanismos dialógicos diante da incorporação de tecnologias de inteligência artificial que permitam, sobretudo, uma atualização mais eficiente dos dados, e com a abertura efetiva para ouvir outros atores é possível que se avance na problemática da judicialização da saúde.

É necessário encontrar um meio termo que permita a conciliação de direitos e interesses, buscando-se o equilíbrio dessas relações, especialmente, com o fomento e engajamento da participação da comunidade, exigência constitucional no que tange à própria organização do SUS, nos termos do artigo 198 da CF/88.

REFERÊNCIAS

- ANVISA, AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Consulta medicamento Atalureno**, 2019. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351717381201767/?nomeProduto=Translarna>. Acesso em: 12 jun. 2023.
- ATTADAMO, Carolinne Vargas et al. Impacto do big data na implementação de políticas públicas voltadas à saúde. **Vita et Sanitas**, v. 15, n. 2, p. 41-52, 2021. Disponível em: <http://fug.edu.br/revistas/index.php/VitaetSanitas/article/view/243>. Acesso em: 24 jun. 2023.
- BARBOZA, Ingrid Eduardo Macedo. A Jurimetria aplicada na criação de soluções de Inteligência Artificial, desenvolvidas pelo CNJ, em busca do aprimoramento do Poder Judiciário. **Diálogo Jurídico**, v. 18, n. 2, p. 9-23, 2019. Disponível em: <http://revistaffb.educacao.ws/index.php/dialogo-juridico/article/view/57>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. v. 23, n. 1, enero-marzo, 2016, pp. 173-192. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. **Decreto 7.508/2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei 12.401/2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Acesso em: 29 abr. 2011.
- BRASIL. **Lei 8.808/90**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 395 de 07 de junho de 2021**. Institui a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>. Acesso em: 30 maio 2023.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 95, De 15 De Dezembro De 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME 2010**. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/renome_2010.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 8.058/2014**. Institui o processo especial para o controle e intervenção de políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. [Phttps://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL%208058/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL%208058/2014). Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1102457/RJ**. Tema Repetitivo 106. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. J: 25 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pet 1246 Mc / Sc - Santa Catarina Medida Cautelar Na Petição**. Decisão proferida pelo(a): Min. CELSO DE MELLO. Presidente: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 31/01/1997. Publicação: DJ 13/02/1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despachos83171/false>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº. 790, de 22 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRINKS, D. M.; GAURI, V. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. In: GAURI, V.; BRINKS, D. M. **Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 303-353.

BRUSTOLIN, A.; BUENO, M. P.; MACHADO, E. D. A justiciabilidade do direito à saúde na pandemia: o que a África do Sul tem a nos ensinar? In.: PRAZERES, P. J. (Org.). **Os desafios do direito em tempo de pandemia**. Editora IPANEC: Recife, 2020, p. 107-122.

CAMBI, Eduardo. CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do Processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1. janeiro a abril de 2018. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. pp. 83-106. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114/23718>. Acesso em: 18 abr. 2023.

CAMPOS, Sansro Luís Brandão; FIGUEIREDO, Josiel Maimone de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. **Cadernos de Prospecção, [S. l.]**, v. 15, n. 1, p. 196–214, 2022. DOI: 10.9771/cp.v15i1.42957. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/42957>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CANELA JR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema e-NatJus**, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/e-natjus/>.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Laronidase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo I**, maio/2017. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2017/Relatorio_Laronidase_Mucopolissacaridosel_CP23_2017.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Nota de Esclarecimento à Interfarma**. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimentos_Interfarma.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Metreleptina para hipercolesterolemia familiar homozigótica**, 2020. Disponível em: <http://conitec.gov.br/perguntas-e-respostas>.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Alfa-agalsidase e beta-agalsidase como terapia de reposição enzimática na doença de Fabry**, fev./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Agalsidase_DoencaFabry_CP13_2018.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Idursulfase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo II**, jul./2017. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2017/Relat%C3%B3rio_idursulfase_MPSII_CP.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Alfaelosulfase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo IVa (Síndrome de Morquio A)**, ago./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Alfaelosulfase_MPS_IVa_CP51_2018.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Galsulfase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo VI**, ago./2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_Galsulfase_MPSVI_CP52_2018.pdf.

CONITEC, COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AO SUS. **Eculizumabe para tratamento da Síndrome Hemolítica Urêmica Atípica**, nov./2019. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2019/Relatorio_Eculizumabe_SHUa.pdf.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. **Rev. Saúde Públ.** São Paulo, v. 22, p.57-63, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v. 12, n. 3, São Paulo, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt.

INSPER, INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. In: AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords.). Conselho Nacional de Justiça, 2019.

MAESTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. L. M. Assessing the Impacto f Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 273-371, *kindle*.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Rev. Saúde Pública [online]**. 2007, v. 41, n. 1, p.101-107. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102007000100014&script=sci_abstract&tlng=pt.

MENEGAT, Fernando. A Nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do Carvão”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 233-260, 2023.

NORGHEIN, O. F.; GLOPPEN, S. Litigating for Medicines: How Can We Access Impacto in Health Outcomes? In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 304-332, *kindle*.

PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. **A prescrição médica**. Instituto de Medicina Social. n. 111. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. Disponível em: <https://www.ims.uerj.br/wp-content/uploads/2017/05/SESC-111.pdf>.

RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no

Brasil. **RIDB**, Ano 2 (2013), n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvêncio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI:10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X

STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AGRG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 271.286-8. RIO GRANDE DO SUL**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>.

STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 657718 MG - MINAS GERAIS**, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>.

STJ, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL. REsp 1657156 RJ – RIO DE JANEIRO**, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Superior Tribunal de Justiça. Data de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

VILLEGAS, M. G. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en la América Latina. **Análisis Político**. v. 25. n. 75. p. 89-110, 2012.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>.

XAVIER, C. Judicialização da Saúde: Perspectiva Crítica sobre os Gastos da União para o Cumprimento das Ordens Judiciais. In: SANTOS, A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). **Coletânea Direito à Saúde**: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Brasília: CONASS, 2018, p. 52-61. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf.

YAMIN, A. E.; PARRA-VERA, O.; GIANELLA, C. Judicial Protection of the Right to Health: na Elusive Promise? In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. **Litigating health rights**: can courts bring more justice to health. Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, *kindle*.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. **Revista Paradigma**, [S. L.], v. 29, n. 2, p. 146–165, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2049>. Acesso em: 14 jun. 2023.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS: MEIOS ADEQUADOS, COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E PROCESSOS ESTRUTURAIS²⁷⁴

Felipe Dellê²⁷⁵, João Vítor Oliveira Cé²⁷⁶

RESUMO

O presente artigo expõe a atual realidade da jurisdição constitucional brasileira. O desenvolvimento do processo constitucional pressupõe um adequado tratamento do direito material constitucional e, ainda mais, dos direitos fundamentais. Tal constatação implica o entendimento de que processos complexos pressupõem a aplicação de técnicas de controle de constitucionalidade e da tutela dos valores constitucionais, passando necessariamente pela análise de fatos do processo e pela aplicação de técnicas processuais diferenciadas. Para tanto, defende-se a possibilidade de aplicação de técnicas do procedimento comum do processo civil no processo constitucional, uma vez que as técnicas processuais gerais são aplicadas de forma subsidiária em procedimentos especiais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal criou, por meio das Resoluções n° 790/2022 e n° 775/2022, os centros de tratamento adequado de determinados processos que permitem um tratamento diferenciado de processos pelo uso de técnicas processuais específicas como meios adequados de solução de conflitos, cooperação judiciária e processos estruturais.

Palavras-chave: jurisdição; processo constitucional; meios adequados de solução de conflitos; cooperação judiciária nacional; processos estruturais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe analisar a contribuição específica da criação do Centro de Soluções Alternativas de Conflitos (CESAL) a partir de uma

²⁷⁴ Artigo escrito em homenagem à Ministra Rosa Weber por toda a sua dedicação e conhecimento técnico aplicado em todos esses anos de trabalho junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). A Ministra, neste período como Presidente do STF, decidiu, conciliou e inovou em prol da jurisdição e do processo constitucional.

²⁷⁵ Mestrando em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9872022266966236>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3566-1756>. E-mail: felipedelled@gmail.com

²⁷⁶ Graduando na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9166338952325796>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9736-5834>. E-mail: joaovitoroce@gmail.com

perspectiva da jurisdição constitucional, sobretudo em relação às novas formas de tratamento de fatos e de técnicas processuais diferenciadas no processo constitucional brasileiro.

Além disso, em forma de homenagem, citam-se especificamente as inovadoras Resoluções nº 697, nº 775 e nº 790, todas do Supremo Tribunal Federal (“STF”), que instituíram no âmbito do STF alguns Centros que servem como forma de tratamento específico de litígios e de casos diferenciados.

A partir da descrição técnica de elementos relevantes das Resoluções mencionadas, passa-se à análise da importância de tais iniciativas em relação à jurisdição constitucional. Isso é relevante na medida em que as técnicas impostas pelas Resoluções estão calcadas, na maior parte das vezes, em institutos processuais consagrados no Código de Processo Civil (“CPC”).

Portanto, o que se pretende é operacionalizar, no direito brasileiro, a autorizada aplicação de técnicas processuais previstas no CPC e nas recentes Resoluções do STF às leis específicas de controle de constitucionalidade.

1 OS PROCESSOS DIFERENCIADOS E A ANÁLISE DE CASOS COMPLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O atual “estado da arte” da jurisdição mostra que a jurisdição constitucional se manifesta por meio da técnica do controle de constitucionalidade, servindo a dois fins: a um, para gerar um controle interpretativo de leis e atos normativos à luz da Constituição²⁷⁷; a dois, serve para o controle interpretativo de leis e atos normativos à luz da Constituição, garantindo tutela material diante de violações de valores constitucionais e descumprimento de preceitos fundamentais.²⁷⁸ No primeiro caso, constam, em geral, as ações diretas de

²⁷⁷ “A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que o Bundesverfassungsgericht não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 1, n. 2, out./dez. 1993, p. 29.

²⁷⁸ “Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.

inconstitucionalidade (ADI), as ações diretas de omissão constitucional (ADO) e as ações diretas de constitucionalidade (ADC), enquanto no segundo caso são geralmente lembradas as ações de arguição de descumprimento de direito fundamental (ADPF).

Diantedisso, há muito tempo se afirma que o controle de constitucionalidade não analisa os fatos em seus processos. Tal assertiva é equivocada diante do contemporâneo controle de constitucionalidade.²⁷⁹ Isso porque a expansão dos direitos fundamentais implica necessariamente em uma nova dimensão de controle de constitucionalidade brasileiro, que inexoravelmente analisa os fatos para melhor decidir sobre a técnicas de implementação e a efetividade dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais.²⁸⁰

Primeiro, porque a interpretação de fatos no controle de constitucionalidade leva a uma melhor decisão sobre o controle de constitucionalidade, seja no controle de compatibilidade de leis e atos normativos em face à Constituição, seja no controle de violações de preceitos e valores constitucionais em casos concretos. Ambas as hipóteses, quando analisadas pela Corte constitucional, consagram a noção de força normativa da Constituição.

Parte-se da premissa no presente trabalho que é somente pela instrumentalidade do processo que a técnica processual é meio para o

Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. (...). Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 9, nº 36, pgs 84-85).

²⁷⁹ “O ato de interpretar e aplicar a norma não é absolutamente abstraído da realidade, da mesma forma que não é o ato de legislar. Os fatos e as prognoses legislativas consistem na percepção que o legislador tem da realidade, dos eventos (sociais, políticos, econômicos, etc.) que levam em consideração na elaboração de um ato normativo, ou nas presunções ou suposições sobre os efeitos futuros de uma norma a ser aprovada pelo Poder Legislativo. Em outras palavras, trata-se da inclusão de elementos fáticos na hermenêutica constitucional, não se resumindo às questões de fato, mas abarcando todos os fatos relevantes na elaboração e aplicação da espécie normativa”. CARDOSO VALENTE, Oscar. O Amicus Curiae e a Análise dos Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Revista de Direito Público (DPU), Brasília, v. 6, nº 27, p. 130.

²⁸⁰ FAIGMAN, David. Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts. New York: Oxford University Press, 2008, *passim*; MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p.685-688.

seu adequado fim que é a tutela do direito material.²⁸¹ Somente assim é possível conceber a ideia de técnicas processuais aptas a auxiliar o processo constitucional brasileiro e ao STF.

Nos últimos anos, o STF se deparou com e julgou diversos casos complexos que não teriam adequado tratamento se analisados somente pelas Lei 9.868/99 (ADI, ADC e ADO) e Lei 9.882/99 (ADPF). Esses casos invariavelmente obrigam o STF a revisitar e a compreender novos institutos e técnicas processuais para melhor tratamento do processo constitucional brasileiro.

É justamente esse tipo de problemática que dá azo à atuação do STF na formulação do Centro de Soluções Alternativas de Conflitos (CESAL). É a partir da perspectiva de adequação da realidade concreta, cada vez mais complexa, que surge a necessária adequação de solução de conflitos complexos.

2 A INOVAÇÃO DA MINISTRA ROSA WEBER: O CESAL COMO *LOCUS* DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Analisados, de maneira breve, os fatos e as perspectivas gerais da jurisdição constitucional contemporânea, é necessário compreender como o STF identifica e dá o adequado tratamento desses casos que necessitam de técnicas processuais diferenciadas.

Nesse sentido, as Resoluções n° 697/2020, n° 790/2022 e n° 775/2022, todas do STF, buscaram justamente adequar internamente a gestão judicial de seus processos. Isso se dá por meio do tratamento dos procedimentos em relação ao direito material tutelado, implicando um processo que funciona como verdadeira locomotiva da prestação adequada dos direitos fundamentais aos cidadãos.²⁸²

Em vista disso, o STF instituiu o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL)²⁸³ que tem por finalidade garantir tratamento e intervenção diferenciados em processos estruturais e litígios complexos em trâmite no

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo. 16. ed. Salvador: Malheiros Juspodivm, 2022, *passim*; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2020, *passim*.

²⁸² Vale ressaltar, porém, que não se trata de uma visão meramente instrumental do processo, aderindo a teorias já ultrapassadas. O que ocorre, e foi aqui discutido, é a internalização do direito material tutelado ao processo constitucional contemporâneo.

²⁸³ A instituição do CESAL ocorreu na gestão da Presidência da Ministra Rosa Weber. É nítido que a potencial efetividade do órgão em auxiliar nos julgamentos do STF pressupõe que as próximas gestões de presidência da Corte sigam e utilizem os Centros de tratamento de conflitos, pois, assim, haverá no STF a possibilidade de tratamento adequado de conflitos complexos e estruturais na Corte constitucional brasileira.

Supremo.²⁸⁴ Inclusive, o fundamento político/jurídico para a implementação desse órgão para auxiliar no tratamento de processo é o princípio da eficiência da administração pública (art. 37, caput, da CRFB/88), somado à ideia de racionalidade de procedimentos movidos pela administração pública e ao direito à tutela jurisdicional efetiva.

O CESAL é um órgão que integra a Presidência do Supremo Tribunal Federal e é composto por três unidades: o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), o Centro de Cooperação Judiciária (CCJ) e o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC).

Esse tema se relaciona diretamente com a noção de gestão processual (*court management*) pelos tribunais na criação de melhores formas de tratamento dos seus processos por meio de resoluções, portarias e instruções normativas internas. Tal forma de gestão, por óbvio, impacta de forma inevitável na atividade gerenciadora do juiz (*case management*) e, no caso em análise, na atividade gerenciadora dos Ministros do STF.

Isto posto, serão feitos delineamentos gerais sobre cada uma das unidades da CESAL, bem como serão feitos apontamentos sobre a possibilidade de as técnicas processuais poderem auxiliar no tratamento de processos pelo STF em cada uma das unidades que integram o CESAL.

2.1 CENTRO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO (CMC)

A Resolução nº 697/2020 do STF trata da criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC) para a implementação de soluções consensuais em processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

Essa resolução está em total consonância com a atual tendência dos meios adequados de solução de conflitos, mais especificamente em relação aos métodos de solução autocompositivos. Esses métodos de resolução de conflitos tratam da figura de terceiro que não atua no processo, mas que auxilia as partes a chegarem a um acordo, a uma resolução para o conflito de forma consensual.

Tal resolução consensual em nenhuma medida pode ser confundida com a promoção de decisões “injustas” ou que, em alguma medida, serve de entrave ao acesso à jurisdição; pelo contrário, as soluções autocompositivas servem de reforço à autonomia das partes ao tempo que servem como eficazes meios de obtenção de “justiça”.

Essa tendência foi consagrada na legislação brasileira pelo art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC que prevê que o Estado crie *incentivos e estímulos* específicos e

²⁸⁴ Em consulta formulada ao juiz auxiliar que atua no CESAL, em abril de 2023, os autores obtiveram a resposta de que tramitam ao todo 10 processos no órgão da Presidência do STF.

promova os métodos consensuais de solução de conflitos. O termo “Estado” aqui deve ser compreendido em sentido amplo como todos os Poderes da União, v.g.: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º da CRFB/88).

Além disso, a Lei da Mediação e Conciliação (Lei nº 13.140/2015) dispõe especificamente sobre os métodos consensuais previstos na mediação e na conciliação em conflitos que envolvam particulares e/ou a administração pública.²⁸⁵

Merece menção, ainda, a Resolução 125 do CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. Em certa medida, foram impostos nos procedimentos internos de atuação do magistrado a oferta de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.²⁸⁶

Todas as acima mencionadas normas tratam da tendência geral da autocomposição dos litígios no processo civil brasileiro, o que permite a conclusão de, ao menos, uma tentativa de mudança da cultura do litígio a fim de um novo modelo de pacificação social.

Inclusive, vale ressaltar que, em que pese a valorosa tentativa de mudança cultural, ecoando no STF com o CMC, a doutrina - e os fatos, acima de tudo - têm, com razão, tratado como urgente a necessidade de instauração de uma cultura de incentivo à resolução alternativa que parta da iniciativa privada, independentemente da iniciativa do Poder Judiciário.²⁸⁷

²⁸⁵ A mediação, a título de exemplo, é um método autocompositivo que foi especialmente relevante no passado: “Na prática, a mediação tem raízes muito antigas e pode ser encontrada em diversas culturas, sendo sua utilização considerada prioritária em certas situações; no direito internacional, por exemplo, é usual valer-se da mediação entre países em conflito, e a ONU vem defendendo a ampliação de seu uso. [...] Nos últimos anos tem havido uma “redescoberta” da mediação; desde a década de 1960 vários países decidiram reestudá-la e alguns sistemas de justiça têm defendido sua utilização para atender de modo mais eficiente ao volume crescente de demandas”. GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 77

²⁸⁶ Ao comentar a resolução, Kazuo Watanabe assim arrematou: “além de criar um importante filtro da litigiosidade, estimulam em nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável de conflitos”. WATANABE, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de Processo, v. 36, 2011, p. 385.

²⁸⁷ “Ao lado da cooperação do Poder Público, mostra-se de extrema importância a cooperação da iniciativa privada no fomento aos ADRs e no incentivo ao desenvolvimento da cultura da paz. Isto porque, além de ser tema afeto ao escopo público de pacificação social, o desenvolvimento dos ADRs representa uma nova atividade econômica. De fato, além dos serviços de mediação e conciliação prestados publicamente e associados ao Poder Judiciário, é possível a sua utilização no meio privado, assim como já ocorre com a arbitragem” (COELHO, Eleonora. *Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados De Solução de Conflitos: uma urgência para o Brasil*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. *Arbitragem e Mediação: a Reforma da Legislação Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 6, p. 118).

Parece ser essa a posição atual do STF ao aliar a justificativa política de uso dos meios adequados de solução de conflitos na Corte. Inclusive o CMC, conforme disposição expressa do art. 1º da Resolução nº 697/2020, é o responsável pela realização dos acordos no Supremo.

O CMC é anterior à criação do CESAL, ou seja, ele foi inserido ao órgão central de tratamento de litígios, mas desde a sua criação o Centro de Mediação e Conciliação era vinculado à Presidência do STF. Para tanto, a tentativa de solução por meio de acordo pode ocorrer em qualquer fase processual (art. 3º).

A atuação do CMC pode ser solicitada até mesmo antes da judicialização de demandas – desde que a resolução do conflito seja de competência apriorística do Supremo Tribunal Federal. Mesmo em casos já judicializados, frise-se, é possível a solicitação da atuação do CMC em conflitos de especial importância, como foi recentemente tratado o ARE 1266095.²⁸⁸

2.2 CENTRO DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA (CCJ)

A Resolução nº 775/2022 do STF prevê os casos e procedimentos de cooperação judiciária recíproca entre o STF e os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro. A finalidade dos atos de cooperação diz respeito à atuação conjunta e cooperativa entre o STF e demais juízes, em verdadeiro *diálogo intrainstitucional*, para a prática de atos processuais, judiciais ou administrativos.

Em relação à jurisdição contemporânea, a aplicação das técnicas de cooperação por meio de atos cooperativos e atos concertados nos tribunais superiores e, em especial, no STF, servem ao fim de mitigar o risco de supremacia judicial na interpretação constitucional e incentivar a deliberação interna de órgãos colegiados dado a sua capacidade institucional.²⁸⁹

²⁸⁸ Despacho proferido pelo Min. Luiz Fux, então Presidente da Corte, ao designar a Ministra Ellen Gracie: “O fomento à consensualidade como meio adequado de solução das controvérsias, encontra lugar também nos litígios sob apreciação desta Corte, em que as partes, de comum acordo e mediadas ou conciliadas por jurista capacitado, buscam construir a melhor forma composição da lide, que por vezes ultrapassa os limites do estritamente jurídico, seja por sua complexidade, seja pela relevância constitucional, institucional ou socioeconômica. Trata-se, aliás, de vertente contemporânea dos valores constitucionais do acesso à justiça, fortalecido pelo Código de Processo Civil de 2015, que destina aos juízes a incumbência de promover a autocomposição a qualquer tempo (art. 139, V), inclusive no âmbito dos Tribunais (art. 932, I), em concretização da norma fundamental que estabelece o dever de o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). À luz dessas considerações, para o presente feito, designa-se Ministra Ellen Gracie como mediadora do litígio, nos termos do art. 7Q, I, da Resolução STF nº 697/2020.

²⁸⁹ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial

Vale lembrar, antes de mais nada, que a cooperação na legislação processual pode ser vista de duas formas que não se confundem: a cooperação como norma fundamental, um modelo de estabelecimento de relações que impactam o modelo processual adotado, que parte da atuação cooperativa entre os sujeitos processuais, isto é, *interpartes* e também entre as partes e juiz (art. 6º do CPC); e a cooperação nacional entre órgãos do judiciário (arts. 68 e 69 do CPC). É certo que a cooperação *como modelo* é mais intimamente ligada ao CMC (tópico 3.1), enquanto a os arts. 68 e 69 dizem respeito ao CCJ.

É desejável, assim, a criação do CCJ na medida em que é reflexo de um mandamento legal: a de cooperação judiciária (arts. 68 e 69) como elemento fundante do melhor exercício da jurisdição. Inclusive a edição de resolução garante um procedimento para o exercício dos atos de cooperação tanto para o STF como também para demais juízes e tribunais cooperarem entre si.

Ainda, o art. 2º, §1º da Resolução 790/2022, autoriza que os Ministros do Supremo indiquem entre os servidores e os juízes auxiliares de seus gabinetes para eventuais atos de cooperação interna na Corte e para atuação conjunta em processos encaminhados ao CESAL.

Essa disposição é interessante, pois cria um espaço deliberativo interno no STF, promovendo um espaço de diálogo intrainstitucional para a melhor solução de casos complexos e demandas estruturais ou que precisem de uma determinada técnica de solução de litígios.²⁹⁰ A cooperação entre os servidores, antes mesmo do julgamento, é desejável não só pelo quesito da deliberação interna do tribunal, mas também pelo melhor tratamento do processo para chegar à melhor decisão possível naquele caso complexo e/ou demanda estrutural que enseja atuação do CESAL.

2.3 CENTRO DE COORDENAÇÃO E APOIO ÀS DEMANDAS ESTRUTURAIS E LITÍGIOS COMPLEXOS (CADEC)

Por sua vez, dando fim ao arco de soluções diferenciadas com em problemas estruturais, foi editada a Resolução nº 790/2022 do STF.

O Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC), como o nome já induz a crer, serve ao fim de dar tratamento diferenciados a litígios específicos. Dois, portanto, são os pontos a serem descobertos: qual é o tratamento diferenciado e, por óbvio, quais são os litígios específicos eleitos.

e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, passim; CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 322-327.

²⁹⁰ É comum que cada Ministro do Supremo Tribunal Federal tenha como integrantes na sua equipe, além de servidores concursados, o auxílio de assessores, de juízes auxiliares e de juízes instrutores especialistas em determinadas áreas do direito (em alguns casos alguns são mestres e doutores em direito).

Para tanto, os processos estruturais surgem como uma necessidade de o Judiciário responder problemas de natureza institucional, seja referente a políticas públicas, seja relacionado a casos que tratem de interesses privados. O ponto central é que os juízes e tribunais são provocados a atuar em casos que envolvam problemas além dos aspectos do direito subjetivo das partes, mas sim de problema da realidade concreta que tratem de questões de interesse público, de direitos fundamentais e da implementação e interpretação dos valores constitucionais.²⁹¹

Assim sendo, os processos estruturais são configurados a partir de suas características como a “complexidade, multipolaridade, recomposição institucional e prospectividade”.²⁹² Lembre-se que não são requisitos cumulativos, sendo possível a presença de somente uma das referidas características para configurar um processo como estrutural. Não diferente de outros casos, esse tipo de litígio pode estar presente no STF diante de demandas que tratam da implementação ou proteção de valores constitucionais ou de direitos fundamentais da CRFB/88.

Em busca do primeiro nó a ser desatado, deve-se ter em mente que as resoluções internas do STF, por óbvio, têm caráter duplo de organização e de incentivos.

Em relação ao *caráter organizacional*, por não ser, em regra, dotado do poder de agir com fundamento no ato administrativo legislativo, o judiciário produziu uma Resolução que naturalmente possui caráter “*interna corporis*”.

Tal constatação, ainda que evidente, é relevante na medida em que possibilita compreender que a Resolução não consegue - e nem poderia - esgotar todas as possibilidades de tratamentos diferenciados a litígios complexos - pois não deriva, em si, de um processo legislativo. Além disso, não há como uma legislação esgotar o tema relacionado às demandas estruturais que ensejam a intervenção do judiciário.

Assim, há lacunas que permitem a conclusão de que o tratamento adequado de demandas estruturais se dá justamente pela flexibilização e abertura do procedimento para técnicas processuais diferenciadas, pois, a finalidade principal é solucionar o problema institucional e/ou estrutural que violaria direitos fundamentais que implicaram intervenção do STF na questão.

²⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de processo estrutural. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021, p.30-33.

²⁹² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Op. Cit., p. 59-92; VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural: aplicada ao processo civil brasileiro. In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Felix Jobim (Orgs.) Processos Estruturais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

É o que se vê no art. 5º da Resolução nº 790: “(...), serão adotadas providências para pormenorizar o problema estrutural e delinear as medidas necessárias ao seu enfrentamento, com planificação de metas e prazos”.

Quanto ao *caráter incentivos*, as resoluções estimulam que no processo constitucional brasileiro haja a aplicação de técnicas processuais diferenciadas, dada a complexidade de alguns processos, para resolver litígios submetidos à jurisdição constitucional.

Observa-se que a Resolução nº 790/2022 dispõe que os processos estruturais exigem técnicas processuais diferenciadas, como “flexibilidade de procedimento, consensualidade, negociações processuais, atipicidade dos meios de provas, das medidas executivas e das formas de cooperação judiciária”.

O referido rol é meramente exemplificativo, conforme será demonstrado no item seguinte, pois é possível considerar outras tantas técnicas processuais para resolver litígios complexos ou estruturais no STF. E justamente por não ser taxativa, que a Resolução cria incentivos para o uso das técnicas processuais expressamente citadas na Resolução, bem como de outras técnicas previstas nas demais leis esparsas com a finalidade única em dar melhor tratamento ao direito material.²⁹³

No que diz respeito à eleição dos litígios específicos, servem também os apontamentos iniciais: a Resolução, por si, não esgota o que ou quais seriam as seriam demandas ou litígios complexos. Neste tópico, porém, devem ser ressaltados os artigos 3º, parágrafo único, e 4º.

O art. 3º, parágrafo único, indica que os processos qualificados são “aqueles voltados a reestruturar determinado estado de coisas constitucionalmente desconforme e os que exigem, para a concretização dos direitos correspondentes, técnicas especiais de efetivação processual e intervenções jurisdicionais diferenciadas”. Por sua vez, o art. 4º indica que os processos qualificados serão assim tratados a partir da indicação do relator.

Em outras palavras, o processo “eleito” precisa estar relacionado a um estado de coisas “constitucionalmente desconforme”, que necessitaria de um tratamento adequado.²⁹⁴ Além disso, deve haver expressa determinação do relator do processo para que haja um encaminhamento ao CADEC.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p.45

²⁹⁴ O estado de coisas inconstitucional está intimamente ligado à inércia legislativa - que, em alguma medida, pode ter gerado também a iniciativa dessas resoluções do STF, reforçando a jurisdição constitucional: “esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma ‘Teoria da omissão inconstitucional’ (...) Esse estado de coisas parece ter sido superado, e a consciência da importância do estudo dos instrumentos constitucionais de superação da omissão legislativa está definitivamente instaurada”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 18. ed. Brasília: Saraiva, versão eletrônica, 2023, p. 624.

3 QUAL A IMPORTÂNCIA DESSAS RESOLUÇÕES AO PROCESSO CONSTITUCIONAL? O TRÂNSITO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA A ADEQUADA TUTELA DO DIREITO MATERIAL CONSTITUCIONAL

Diante da exposição de todos os elementos que compõem o CESAL, é nítida sua importância para a organização interna do STF em relação à gestão judicial e à distribuição de procedimentos específicos. Em alguma medida, é uma boa sinalização para a jurisdição constitucional atual, mas ainda assim não resolve o problema de como as técnicas processuais devem ser aplicadas na prática para dar tratamento adequado específico do direito material constitucional e direitos fundamentais.

Nesses casos, o processo constitucional serve como instrumento ao se valer das técnicas processuais para melhor solução em processos de controle de constitucionalidade ou de violação de preceitos ou valores constitucionais.

Isso é possível, uma vez que a legislação especial prevista na Lei 9.868/99 (ADI, ADC e ADO) e na Lei 9.882/99 (ADPF) é omissa em relação ao tratamento de procedimentos de forma diferenciadas previstas em cada unidade que compõe o CESAL. Há omissão da legislação especial sobre controle de constitucionalidade referente às técnicas processuais de mediação, de cooperação judiciária e de técnicas estruturais (flexibilização procedimental, formas cooperação judiciária, consensualidade, produção de provas, medidas atípicas para execução ou prática de demais atos processuais).

Justamente a omissão na legislação especial sobre o tratamento dessas matérias é que se atrai a aplicação das técnicas previstas no procedimento comum, nos termos do artigo 318, parágrafo único, do CPC. A doutrina tem chamado tais técnicas de *livre trânsito de técnicas*, que no caso seriam das técnicas do procedimento comum para o procedimento especial.²⁹⁵

Obviamente as disposições expressas nas Resoluções do STF acima referidas são orientadoras sobre como se dá o procedimento de cada uma das técnicas, mas sua função ao final é de *organizar a implementação* de cada unidade (CMC, CCJ e CADEC) e de *incentivo* ao uso de técnicas diferenciadas. Portanto, é lógico que a omissão na legislação especial atrairia a incidência tanto da norma geral prevista em Lei Federal, bem como das disposições de cada uma das Resoluções, obviamente, naquilo que for possível de aplicação.

Desse modo, é possível se valer de técnicas processuais do procedimento comum nos procedimentos especiais da Lei 9.868/99 e da Lei 9.882/99 por

²⁹⁵ DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2022, p.75-76.

meio do artigo 318, parágrafo único, do CPC. Essas técnicas se aplicam de forma subsidiária para a adequada tutela do direito material em procedimentos especiais.²⁹⁶ Essa reflexão permite operacionalizar o CESAL com base no fundamento normativo do Código de Processo Civil (artigo 318, par. único).

Nesse sentido, o processo é instrumento em que as técnicas processuais se adaptam para a adequada tutela do direito material. Quanto aos processos julgados pelo STF, é nítida a relação direta entre o processo e a Constituição Federal, principalmente se analisarmos o artigo 1º do CPC que dispõe que o processo será “ordenado, disciplinado e interpretado” consoante aos valores constitucionais e as normas fundamentais previstos na CRFB/88.

Conforme acima exposto, o uso de técnicas processuais em processos complexos não se esgota na Resolução do STF, mas abre margem para aplicação de inúmeras técnicas processuais na legislação especial que trata dos procedimentos de ADI, ADC, ADO (Lei 9.868/99) e ADPF (Lei 9.882/99).

Por exemplo, as normas de gerenciamento do processo nos termos dos artigos 139, caput, e 357, caput, ambos, do CPC. O gerenciamento do processo permite ao Ministro do STF alterar prazos processuais, promover soluções consensuais, organizar a atividade instrutória, assegurar o diálogo, igualdade e cooperação das partes no processo, além de outras determinações no processo constitucional que se vinculam com as ideias de *case management* no processo constitucional brasileiro.

Outro exemplo seriam as técnicas de cooperação judiciária previstas no artigo 69 do CPC, que permitem, caso analisadas em conjunto com a Resolução 775/2022, ao STF que: pratique atos de cooperação com outros juízos com a finalidade de esclarecimentos sobre determinadas informações relacionadas a direito ou a fatos do processo (artigo 69, III, CPC); que formule pedido de consulta formulado dos juízos e tribunais a Ministros do STF ou vice-versa, diante da possibilidade de implementação do juiz consultor por ato de cooperação (artigo 6º, XXI, da Resolução 350/2020)²⁹⁷; e que pratique atos concertados com a finalidade coletivização de questões pelo STF no processo constitucional (artigo 69, §2º, do CPC).²⁹⁸

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p.153.

²⁹⁷ Artigo 6º, XXI, da Resolução n° 350/2020 do CNJ, com redação incluída pela Resolução n. 499/2023: “na formulação de consulta dirigida a outro magistrado ou órgão do Poder Judiciário (incluindo comitês, comissões e grupos de trabalho instituídos em seu âmbito) ou, ainda, no caso de cooperação interinstitucional, a pessoa, órgão, instituição ou entidade externa ao Judiciário, solicitando manifestação ou opinião em resposta, facultada a participação do consultor no processo, a critério do juízo consulente”

²⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. *In*: Revista de Processo, v. 310, 2020, passim.

Já em relação às técnicas para auxiliar no tratamento de processos estruturais, é possível a implementação das ferramentas de flexibilidade do procedimento, negócios processuais (artigo 190 do CPC), soluções consensuais (artigo 3º, §§ 2º e 3º, do CPC e artigo 32 da Lei nº 13.140/15)²⁹⁹, intervenção de terceiros como os *amici curiae* (artigo 138 do CPC) dentre outros, justamente pela tendência da Corte constitucional brasileira em adequar o processo de controle constitucionalidade à jurisdição contemporânea.

Desse modo, já é possível tratar de processos estruturais e litígios complexos que se encontram no STF na medida em que existem casos que exigiram tratamento processual diferenciado dado às características do litígio na Corte constitucional. Cita-se como exemplo de casos submetidos ao CESAL: ACO 2733, as ADI's 4916, 4917, 4918, 4920, 5038 e 5621, a ADI 6533, a RCL 14404, além de outros casos igualmente relevantes e complexos, mas que não estão submetidos, neste momento, ao CESAL, v.g.: ADPF 709, a ADPF 708 e ADPF 347.

CONCLUSÕES

A primeira conclusão que se chega é de que os litígios complexos e os processos estruturantes demandam exercício diferenciado da jurisdição.

A segunda conclusão a que se chega é de que a criação do CESAL, ramificado pelo CCJ, pelo CADEC e pelo CMC estão alinhados a um fim constitucionalmente valioso: a de promoção do exercício de jurisdição adequada à resolução de conflitos, promovendo a pacificação social. O esforço do STF, sobretudo da Min. Rosa Weber, no exercício de sua Presidência, é uma sinalização de que a Corte Suprema está atenta às demandas concretas dos jurisdicionados, que inexoravelmente batem à porta do Poder Judiciário como um todo.

Por último, a conclusão foi de que as Resoluções do STF também estão em absoluta consonância com a busca a instrumentos processualmente adequados para a resolução de conflitos. Em leitura adequada das Resoluções, é possível perceber a consagração de institutos já utilizados na dogmática do processo civil brasileiro, como a flexibilização procedimental, formas cooperação judiciária, consensualidade dentre outros.

É no sentido exposto que as Resoluções podem servir, junto com as normas do procedimento comum, para a promoção dos direitos fundamentais nas ações de leis especiais (ADPF, ADI, ADO e ADC).

²⁹⁹ VEIGA, Guilherme. Mediação nas cortes superiores: da teoria à prática. Londrina: Thoth, 2023, p.100.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. *In: Revista de Processo*, v. 310, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, nº 36.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Diário Oficial da União, 1998.
- BRASIL. Lei Ordinária 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DF: Diário Oficial da União, 2015.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Resolução nº 697. Brasília: União, 06 agosto. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Resolução nº 775. Brasília: União, 31 maio. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao775-2022.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Resolução nº 790. Brasília: União, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CARDOSO VALENTE, Oscar. O Amicus Curiae a Análise dos Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista de Direito Público (DPU)*, Brasília, v. 6, nº 27.
- COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados De Solução de Conflitos: uma urgência para o Brasil**. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. Arbitragem e Mediação: a Reforma da Legislação Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 6.
- DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2022.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural: aplicada ao processo civil brasileiro*. *In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Felix Jobim (Orgs.) Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 16. ed. Salvador: Malheiros Juspodvim, 2022.
- FAIGMAN, David. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 2, out./dez. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. Brasília: Saraiva, versão eletrônica, 2023.

VEIGA, Guilherme. **Mediação nas cortes superiores: da teoria à prática**. Londrina: Thoth, 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, v. 36, 2011,

O NÚMERO DE ASSENTOS DA JUSTIÇA ESTADUAL E A LEGITIMIDADE DOS ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ENQUANTO ÓRGÃO DE GOVERNANÇA JUDICIAL

Thiago Flôres Carvalho³⁰⁰

RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem competências administrativa, financeira e disciplinar sobre juízes e tribunais, exceto o Supremo Tribunal Federal. Ostenta papel preponderante na gestão do serviço judicial e, assim, sob o aspecto da governança. É composto por 15 (quinze) membros, com representantes dos variados ramos da justiça, além de garantir espaço ao Ministério Público, à advocacia e a cidadãos. Essa formação visou à democratização. A Justiça Estadual tem, objetiva e subjetivamente, espaço destacado no Judiciário Nacional, abarcando fatia que, em diversos aspectos, alcança mais do que o dobro daquela correspondente às Justiças Federal e do Trabalho. Os atos do Conselho Nacional de Justiça, na prática e no mais das vezes, portanto, têm reflexos mais impactantes sobre juízes e tribunais estaduais. Apesar disso, a composição do órgão de controle não observa essa particularidade, a lançar questionamento sobre a legitimidade de seus atos à vista do conceito de governança.

Palavras-chave: conselho nacional de justiça; governança judicial; legitimidade; justiça estadual; número de assentos.

INTRODUÇÃO

A Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe diversas alterações, provocadas pela vontade de conferir eficiência e transparência. Visto como um Poder avesso à prestação de contas, ganhou órgão de controle, o Conselho Nacional de Justiça, com competências administrativa, financeira e disciplinar.

Componente da estrutura do Judiciário, o Conselho não tem atuação meramente figurativa, mas determinante, notadamente sob o enfoque da

³⁰⁰ Juiz de Direito Substituto do TJPR. Professor de prática processual penal na Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Emap. Mestrando em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. E-mail thifloresc@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7435586204307516>. Registro Orcid: 0000-0001-7113-9710.

governança judicial, entendida como mecanismo de boa gestão. Assume papel relevante sob o aspecto da governança judicial.

Nessa linha, tem composição voltada à pluralidade. Sua criação sobreveio em ambiente de desconfiança acerca do trabalho do Judiciário. Por isso, assegurou-se representação de variados ramos de justiça, bem como de agentes externos.

A despeito da ideia de democratização, o número de assentos destinados a representantes de cada segmento que o compõe não observa, ao menos não objetivamente, a amplitude de cada uma delas no país. A Justiça Estadual é a que apresenta o maior número de juízes e de servidores e os maiores gastos, além de ser responsável pela esmagadora maioria dos processos em tramitação. É, pois, em tese, a maior afetada pelas deliberações do Conselho. Em contrapartida, tem número de representantes igual ao de outros ramos ou mesmo ao de agentes externos, como Ministério Público, advocacia e cidadãos.

É dessa incongruência que cuida este trabalho, com abordagem sob o viés da governança, em destaque para a legitimidade.

1 GOVERNANÇA

1.1 BREVE CONCEITO

A expressão governança se relaciona com o vocábulo “direção”. Guarda sintonia com a capacidade de agir de forma resolutiva, antevendo problemas e, em sequência, desatando-os de modo assertivo.

Sobre o tema:³⁰¹

A raiz da palavra governança vem de um vocábulo grego que significa direção. Assim, logicamente, o significado fundamental da governança é dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos. O processo de governança envolve descobrir meios de identificar metas e depois identificar os meios para alcançar essas metas.

Embora muito debatida na atualidade, não há um consenso quanto à sua definição. Oscila, de qualquer modo, em conceitos que apontam para a redução de custos e potencialização de efeitos, com sistema de controle que propicie resultados. Entram nesse debate, também, tópicos como responsividade e responsabilização, que decorrem da ideia de *accountability* ou, simplesmente, prestação de contas.

³⁰¹ PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *In: Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 45, n. 127, maio/agosto de 2013, p. 28/33.

A esse respeito:³⁰²

Legitimidade é o conceito central do institucionalismo organizacional (CRUBELLATE; PASCUCCI; GRAVE, 2008; DEEPHOUSE; SUCHMAN, 2008; MACHADO-DA-SILVA; FONSECA; CRUBELLATE, 2005; RUEF; SCOTT, 1998; SCOTT, 2008; SUCHMAN, 1995). Sua importância deriva da premissa de que as organizações, enquanto parte do sistema social (PARSONS, 1956), necessitam mais do que recursos técnicos e informação do ambiente, elas necessitam de aceitação e credibilidade (SCOTT et al., 2000).

A origem de tal premissa é predominantemente creditada a Weber (1947, 1991) (DEEPHOUSE; SUCHMAN, 2008; DORNBUSCH; SCOTT, 1975; JHONSON, 2006; QUEIROZ; VASCONCELOS; GOLDSZMIDT, 2007; RUEF; SCOTT, 1998; SUCHMAN, 1995). Para Weber (1991), as práticas sociais são orientadas por máximas ou regras aceitas como obrigatórias, que, por sua vez, são tidas como socialmente válidas pelos agentes. Assim, se elas se referem à aceitação das formas de conduta de qualquer ator social, elas podem também envolver as organizações, já que essas são tidas como agentes que atuam dentro de uma realidade social (SCOTT, 2008).

De maneira condensada, mas que, por natural, não a exaure, a governança é o mecanismo de bem governar. Pressupõe eficiência, pautada em planejamento e ações autossustentáveis. Por consequência e para salvaguardar a legitimidade, preocupa-se em dar atendimento às demandas do governado, o que implica a criação de mecanismo de responsabilização do governante, em caso de distanciamento dos valores da organização, e, ainda, de participação efetiva do governado, inclusive na esfera decisória.

1.2 GOVERNANÇA JUDICIAL

No Judiciário, a governança também encontra espaço. É uma forma de lidar com a adequada gestão.

A Constituição Federal atribui como norte à administração pública o princípio da eficiência (art. 37, caput). Impõe ao administrador fazer o mais com o menos. Esse comando também vale para o Judiciário, na atividade puramente jurisdicional e na função atípica de administrador. Conquanto não haja maior dificuldade conceitual na distinção dessas atuações, o cotidiano em unidades judiciais demonstra que não são temas que sobrevivem separados.

³⁰² ROSSONI, Luciano. Governança corporativa, legitimidade e desempenho das organizações listadas na Bovespa. Tese de Doutorado em Administração – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 52. 2009.

O processo só tem vazão se houver adequada gestão de recursos, humanos e materiais. O juiz que não atua como gestor não dá conta da quantidade e da complexidade das demandas que lhe são confiadas. Tais premissas, aliás, têm especial relevância quando se vê que a Constituição da República exige que a solução do processo ocorra em espaço de tempo minimamente aceitável ou, no dizeres do art. 5º, LXXVIII, em prazo razoável.

Aponta a doutrina que:³⁰³

Na iniciativa privada, a boa gestão é condição indispensável à sobrevivência da empresa, seja para reduzir custos, seja para conseguir lucro. A necessidade de gestão está muito associada ao desenvolvimento de atividade econômica ou empresarial, mas se tornou uma realidade também no âmbito do poder público – os sistemas devem ser geridos, sob pena de irracionalidade, incapacidade de atingir os seus fins ou satisfazer os seus propósitos.

A governança no Judiciário, assim, igualmente, tem relação com a efetividade, mas não só. Também precisa de planejamento atento à acessibilidade à justiça e transparência.

Akutsu e Aquino trazem pertinente consideração:³⁰⁴

A governança judicial é ancorada por regras e princípios constitucionais, por leis, normas gerais e instituições, e por recursos, capacidades, práticas e métodos de gestão utilizados para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades de organizações encarregadas da prestação de serviços judiciais. (...) a qualidade da governança judicial pode ser medida pela efetividade das decisões judiciais, pela acessibilidade à Justiça e pela equidade, transparência e celeridade com que os serviços judiciais são prestados.

A atividade reclama habilidades para conjugar a boa técnica jurídica ao correto manuseio das ferramentas disponíveis, sem que isso, entretanto, ocasione prejuízo à qualidade do serviço judicial. De igual forma, não pode negar transparência e participação aos agentes envolvidos (magistrado, servidor, funções essenciais à justiça, jurisdicionado e sociedade em geral), vetores que são indispensáveis à boa administração.

³⁰³ Manual de administração judicial: enfoque conceitual: volume 1. Carlos Henrique Borlido Haddad, Luís Antônio Capanema Pedrosa. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2017, p. 29.

³⁰⁴ AKUTSU, Luiz. GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. Revista de Direito GV 8. junho de 2012.

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

2.1 HISTÓRICO, CRIAÇÃO E CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional nº 45 teve origem no ano de 1992, na Câmara dos Deputados. Depois de mais de década de tramitação e inúmeras emendas, a denominada “*Reforma do Judiciário*” foi aprovada em novembro de 2004.

A inovação legislativa trouxe expressivas alterações, todas ou quase todas voltadas, em tese, à eficiência e à transparência do sistema de justiça. Foi uma resposta àquilo que, argumentava-se, seria a “*caixa-preta do Judiciário*”, expressão que se tornou comum e que foi cunhada para resumir o que se chamou, na época, de “*Poder intocável*”.³⁰⁵

É nessa linha que ganharam espaço, por exemplo, mecanismos tendentes a agilizar o trâmite de processos e a responsabilizar juízes que adotassem comportamento dissonante (arts. 93, II, “c” e “e”, IV, XII, XIII, XIV, XV, e 95, parágrafo único, IV e V, entre outros).

Também nesse caminho é que surgiu o Conselho Nacional de Justiça, que, naquele tempo e ainda hoje, é visto como órgão de controle *externo* do Judiciário, vocacionado, grosso modo, a uniformizar a administração judiciária e, sob o aspecto disciplinar, a punir servidores e magistrados.

Dalmo de Abreu Dallari, ao defender a criação, argumentou que:³⁰⁶

(...) é necessário estabelecer um sistema de controle. É oportuno lembrar aqui a atitude de Thomas Jefferson, que defendeu com firmeza a independência dos juízes e tribunais, mas admitiu que tinha medo do corporativismo dos magistrados, o que pode significar não só uma comunhão de interesses, mas também um relacionamento afetivo. Daí a conveniência de um órgão controlador (...).

Apesar do discurso, o Conselho Nacional de Justiça não é corpo estranho, mas componente da estrutura do Judiciário (art. 92, I-A, da Constituição Federal). Ainda, tem composição majoritária de magistrados e, ademais, a indicação de membros pelo Legislativo não permite a integração de congressistas. Por isso, é imprópria a designação de controle *externo*.

³⁰⁵ Vide, por exemplo, discurso do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em 2003, que ao criticar que a justiça não alcançava ricos e poderosos, expôs que “*É por isso que nós defendemos há tanto tempo o controle externo do Poder Judiciário. Não é meter a mão na decisão do juiz. É pelo menos saber como funciona a caixa-preta de um Judiciário que muitas vezes se sente intocável*”, publicado em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm>, acesso em 18.07.2022, às 11:05 horas.

³⁰⁶ Juízes independentes, judiciário sob controle social. In: Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro, ano 2, n. 8, p. 33.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, que entre outras vertentes impugnava, sob o viés da separação dos poderes, a própria existência do Conselho Nacional de Justiça. Cita-se, a propósito, trecho do voto condutor do acórdão, relatado pelo Ministro César Peluso:³⁰⁷

Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (Art. 92, I-A), composto, por maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros.

Em complemento, o Supremo também concluiu que a atuação do Conselho, porque administrativa, não viola a independência judicial, nota distintiva da imparcialidade. O juiz continua, observados os parâmetros constitucionais e legais, livre na atividade tipicamente jurisdicional, não podendo sofrer qualquer interferência nesse ponto.

2.2 COMPETÊNCIAS E EFEITOS

O art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça “*o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*”, exceto no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, que lhe é hierarquicamente superior. Tem por foco, assim, funções ligadas à administração judicial propriamente dita (“*atuação administrativa e financeira*”) e à esfera disciplinar (“*cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*”).

Nesse panorama, ilustrativamente, faculta-se ao Conselho expedir atos regulamentares (art. 103-B, § 4º, I), avaliar atos administrativos (art. 103-B, § 4º, II) e receber reclamações (art. 103-B, §4º, III), bem como rever processos disciplinares (art. 103-B, § 4º, V).

Os poderes conferidos ao Conselho Nacional de Justiça não são meramente figurativos. Ostentam densidade, capaz de alterar - e muito - o funcionamento do Judiciário. É o que se extrai das decisões e respectivas fundamentações do Supremo Tribunal Federal, que, sem negar a autonomia

³⁰⁷ (ADI 3367, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029).

dos juízes e tribunais (art. 96, I, da Constituição Federal), validaram diversos atos proferidos pelo Conselho, os quais, por suas particularidades, levantaram naturais resistência e debates.

No primeiro ano de existência, por exemplo, o Conselho editou a Resolução nº 7/2005. Vedou o dito nepotismo, prática que viabilizava a nomeação de parentes para cargos e funções. Ao analisar a questão e na parte que interessa a este trabalho, o Supremo reconheceu que a competência regulamentadora lhe confere poder normativo primário, com origem na própria Constituição, e, assim, sem necessidade de outra lei inferior.

Vejamos:³⁰⁸

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

Sob o aspecto financeiro, a Resolução nº 184/2013, também ilustrativamente, condicionou a criação de cargos e funções à prévia remessa do anteprojeto ao Conselho, para que, se o caso, emita nota técnica. O dispositivo correspondente foi chancelado em ação direta de inconstitucionalidade:³⁰⁹

A adoção da nota técnica, no que couber, quanto aos Estados-membros e respectivos Tribunais de Justiça prestigia, a um só tempo: (i) o cumprimento da missão constitucional do CNJ para realizar o controle financeiro em relação a toda a magistratura nacional; e (ii) o respeito ao federalismo, à autonomia dos Estados-membros no que tange à programação financeiro-orçamentária (art. 24, I, CF) e ao autogoverno dos Tribunais de Justiça quanto à gestão de recursos humanos (art. 96, I, CF).

³⁰⁸ (ADC 12 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427).

³⁰⁹ (ADI 5119, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 30-06-2022 PUBLIC 01-07-2022).

No campo disciplinar, também se reconheceu que, não obstante a competência das corregedorias locais, o Conselho tem atribuição correicional originária e autônoma:³¹⁰

O CNJ possui atribuição correicional originária e autônoma, a qual não é subsidiária da atribuição dos órgãos de correição local, mas sim concorrente, de modo que seu exercício não se submete a condicionantes relativas ao desempenho da competência disciplinar pelos tribunais locais. Precedentes.

Os dispositivos objeto de julgamento, é claro, não exaurem as competências do Conselho Nacional de Justiça. Todos foram citados exemplificativamente. Ademais, inúmeros outros atos são editados e aplicados, sem ressalva pelos destinatários. Não se trata de sugerir que existe irrefletida resistência, por tribunais e juízes, quanto a eles. As impugnações, porém, demonstram que a atuação do órgão tem reflexos em temas sensíveis – basta ver que, se assim não fosse, sequer haveria a propositura de ações buscando a sua invalidação.

2.3 COMPOSIÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 (quinze) membros, com mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução (art. 103-B, caput): a) o Presidente do Supremo Tribunal Federal; b) 1 (um) Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; c) 1 (um) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; d) 1 (um) desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; e) 1 (um) juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; f) 1 (um) juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; g) 1 (um) juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; h) 1 (um) juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; i) 1 (um) juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; j) 1 (um) membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; k) 1 (um) membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; l) 2 (dois) advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; m) 2 (dois) cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

³¹⁰ (MS 38404 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 28-06-2022 PUBLIC 29-06-2022).

De maneira resumida, são 9 (nove) membros de dentro do Judiciário, 2 (dois) oriundos do Ministério Público, 2 (dois) advogados e 2 (dois) cidadãos.

Conforme acentuado no acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, a composição majoritária de magistrados é, por si, elemento a desnaturar o caráter de controle *externo* do órgão. De outro lado, a criação do Conselho, que visou também a dar transparência, atentou-se ao espírito democrático e plural da administração pública:³¹¹

De modo que, num juízo objetivo e sereno, como convém à matéria e ao interesse público, a composição do Conselho – cujo modelo não pode deixar de ser ‘pluralístico e democrático’ – estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, de um lado permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e, de outro, respondendo às críticas severas, posto nem sempre de todo justas para com a instituição, que lhe vinham de fora e de dentro, como ecos da opinião pública.

Nessa linha, há que se compreender, ao menos em tese, que a existência de magistrados de diversos ramos e de membros externos traz a ideia de representatividade e democracia dentro do Judiciário, o que lhe confere, por extensão, legitimidade.

3 NÚMEROS DOS RAMOS DE JUSTIÇA COM ASSENTO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Atento à ideia de que há necessidade de medições para o gerenciamento do serviço judicial³¹², o Conselho Nacional de Justiça faz constante levantamento de dados acerca do Judiciário. Concretiza-o, sem prejuízo de outros instrumentos, por meio do denominado *Justiça em Números*.

Conforme exposto no próprio sítio eletrônico do órgão:³¹³

Principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga

³¹¹ (ADI 3367, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029).

³¹² “O que não é medido, não é gerenciado” é a frase atribuída a Robert Kaplan e David Norton, criadores da conhecida metodologia de gestão estratégica chamada de Balanced Scorecard. A ideia é que a gerência de qualquer instituição ou projeto depende de parâmetros e métricas bem estabelecidas. GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 14, n. 1, p. 2.

³¹³ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 18 jul. 2022, às 15:55 horas.

a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.

O relatório abarca os diversos tribunais, de todos os ramos da Justiça. No presente trabalho, porém, a abordagem será apenas quanto às Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, uma vez que são as que, hoje, tem assento na composição do Conselho.

Feito esse recorte, o último relatório, publicado em 2021, com dados do ano de 2020, individualiza o número de juízes e de servidores, bem como as despesas e o acervo processual.

O levantamento aponta que, em 2020, o Judiciário tinha 17.988 (dezesete mil, novecentos e oitenta e oito) magistrados e 267.613 (duzentos e sessenta e sete mil, seiscentos e treze) servidores. A Justiça Estadual concentrou 68,3% (sessenta e oito vírgula três por cento) dos magistrados e 63,9% (sessenta e três vírgula nove por cento) dos servidores. Na Justiça Federal, de outro lado, estavam 10,8% (dez vírgula oito por cento) dos magistrados e 10,3% (dez vírgula três por cento) dos servidores, enquanto a Justiça do Trabalho apresentava 20,1% (vinte vírgula um por cento) dos magistrados e 14,3% (quatorze vírgula três por cento) dos servidores.

Ainda, no que se refere às despesas, a Justiça Estadual foi responsável por 58% (cinquenta e oito por cento). Já a Justiça Federal por 12% (doze por cento) e por 20% (vinte por cento) a Justiça do Trabalho.

Outro indicador, o dos processos em tramitação, deu conta de que 77% (setenta e sete por cento) dos processos tramitavam na Justiça Estadual, em contraposição aos 14% (quatorze por cento) na Justiça Federal e aos 6% (seis por cento) na Justiça do Trabalho.

4 GOVERNANÇA JUDICIAL E PARTICIPAÇÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O relatório *Justiça em Números* demonstra que mais da metade dos magistrados e servidores do Judiciário estão na Justiça Estadual. Essa mesma conclusão se aplica às despesas, já que maior parte dos gastos se concentra na manutenção desse mesmo ramo. De forma ainda mais gritante, é na Justiça Estadual em que se agrupa fatia expressiva dos processos em tramitação: mais de $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos feitos estão sob condução de juízes e servidores estaduais.

O estudo assim não conclui, mas a estatística aponta, também, objetivamente, que o Judiciário Estadual é o que mais está próximo da população. Isso também é extraído das competências que lhe são atribuídas,

uma vez que a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho atuam com partes e matérias mais restritas. No mais, a Justiça Estadual é mais capilarizada. Tem sede em maior número de municípios, inclusive os mais longínquos dos grandes centros, algo que não se vê com frequência nas demais justiças.

Essa constatação, portanto, parece distanciar da ideia de pluralidade que inspirou o Conselho Nacional de Justiça, a lançar questionamento sobre a proporcionalidade dos assentos assegurados a cada Justiça pelo art. 103-B, caput, da Constituição Federal.

A Justiça Estadual tem somente 2 (dois) dos 15 (quinze) lugares. Apesar de sua objetiva e destacada importância no Judiciário Nacional, é representada em número igual à Justiça Federal e à Justiça do Trabalho. Sequer, a bem da verdade, tem força para sozinha, fazer frente a grupos de integrantes externos, em conjunto ou isolados, já que o Ministério Público, a advocacia e os cidadãos têm, cada um dos segmentos, 2 (duas) cadeiras.

Dentro do Conselho, ademais, não há diferenciação nas votações. Ao voto de cada conselheiro é atribuído o mesmo peso. Não existe, ainda, por exemplo, distinção quanto às matérias, de modo que todos os processos são distribuídos livremente entre eles (art. 45, caput, do Regimento Interno). Em outros dizeres, ainda que a decisão, em especial no que toca àquelas com função normativa, alcancem, como regra, todo o Judiciário, não se discute o fato de que terá maior reflexo administrativo, financeiro e disciplinar quanto à Justiça Estadual. De igual modo, aparentemente, não se examina se outras questões, vocacionadas apenas à Justiça Estadual, serão decididas, em esmagadora maioria, por deliberação de quem não integra e, assim, não vive aquele cotidiano.

O tema também ganha relevância sob o enfoque de que, no mais das vezes, as dificuldades operacionais se apresentam em maior ênfase na Justiça Estadual. Sua atuação alcança comarcas longe dos grandes centros, com restrições como comunicação e qualificação de mão-de-obra, além da indisponibilidade de serviços públicos e privados facilmente acessíveis em lugares mais desenvolvidos.

Não se trata de questionamento puro e simples, a sugerir que os atos do Conselho deixam a desejar quanto à Justiça Estadual. Não se tem notícia, aliás, de que essa temática tenha sido levantada nas diversas impugnações aviadas contra atos diferentes. Ainda, não se ignora a possibilidade de audiências e consultas públicas nem tampouco o fato de que, em correições e inspeções, há deslocamento à sede do Juízo, o que aproxima todo o órgão de controle dessa realidade.

Em acréscimo, porque ressalva importante, os representantes de cada segmento não atuam ou não devem atuar, ao menos a rigor, com partidarismos,

mas com o objetivo de aperfeiçoamento do Judiciário. Isso implica dizer que, embora inaceitável primar por interesse unicamente corporativista, é conveniente dar maior peso a quem vive o cotidiano da realidade que sofrerá o impacto da decisão a ser tomada.

Nesse panorama, não se pode desprezar que o Conselho Nacional de Justiça tem relevante papel em relação à governança judicial. O controle administrativo, financeiro e disciplinar, sob a perspectiva de gestão, também depende, para surtir o efeito desejado, de participação do e, logo, legitimidade sobre o administrado.

CONCLUSÃO

A governança judicial é nota distintiva da boa gestão no Judiciário. Preocupa-se não só com os resultados, como forma de satisfazer o princípio da eficiência, ou com a rapidez, em obediência ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Também leva em consideração o atendimento a demandas do jurisdicionado, o que implica a responsabilização, se o caso, de magistrados e servidores. Além disso, o custo do serviço judiciário, enquanto fator importante à administração, tem especial relevância.

O Conselho Nacional de Justiça tem papel preponderante no assunto. Idealizado para conferir maior transparência e controle, não é mero figurante, mas protagonista dos rumos da governança, à vista dos poderes conferidos pela Constituição Federal nas áreas administrativa, financeira e disciplinar. É que, embora não substitua, a rigor, cada tribunal e juiz, direciona toda a administração judicial. A tanto, tem composição plural, com representantes de diversos ramos da Justiça, além de atores externos.

A formação do Conselho, porém, não observa que parte significativa do Judiciário - leia-se: número de magistrados, servidores e processos, além de despesas - está na Justiça Estadual. É o ramo que, apesar de ser, objetivamente, o mais atingido, não tem representatividade equivalente nos assentos, circunstância que pode lançar questionamento acerca da legitimidade de suas deliberações.

REFERÊNCIAS

- PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *In: Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 45, n. 127, maio/agosto de 2013, p. 28/33.
- ROSSONI, Luciano. **Governança corporativa, legitimidade e desempenho das organizações listadas na Bovespa**. Tese de Doutorado em Administração – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 52. 2009.
- Manual de administração judicial: enfoque conceitual**: volume 1. Carlos Henrique Borlido Haddad, Luís Antônio Capanema Pedrosa. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2017, p. 29.
- AKUTSU, Luiz. GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. **Revista de Direito GV 8**, junho de 2012.
- Folha. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm>, acesso em: 18.07.2022, às 11:05 horas.
- Juizes independentes, judiciário sob controle social. *In: Revista da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro*, ano 2, n. 8, p. 33.
- (ADI 3367, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029).
- (ADC 12 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427).
- (ADI 5119, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 30-06-2022 PUBLIC 01-07-2022).
- (MS 38404 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 28-06-2022 PUBLIC 29-06-2022).
- GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 1, p. 2.

A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA E O DESVIRTUAMENTO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Rafaela Mattioli Somma Leonardi³¹⁴

RESUMO

O presente artigo se propõe a debater o desvirtuamento da garantia constitucional do acesso à justiça verificado em algumas situações de litigância habitual e na litigância predatória, abordando suas implicações e o tratamento conferido à questão pelo Poder Judiciário brasileiro. Ao final, são apontados possíveis mecanismos para lidar com o excesso de demandas. Parte-se da análise do princípio do acesso à justiça, seguindo-se para os abusos deste decorrentes, que se traduzem em prejuízo à celeridade processual e à qualidade da tutela jurisdicional. Busca-se apresentar como a problemática tem sido tratada pelos Tribunais brasileiros, bem como os instrumentos que podem ser utilizados em combate e desestímulo à litigância em excesso e desconforme com a boa-fé. Além do incremento dos custos do processo, a coletivização de demandas e a adoção de medidas de gestão processual pelo magistrado são apresentados como ferramentas suscetíveis de agregar efetividade à garantia constitucional do acesso à justiça.

Palavras-chave: acesso (efetivo) à justiça; abuso processual; litigância predatória; custos do processo; proporcionalidade panprocessual.

INTRODUÇÃO

Ainda que este estudo não seja palco para discussão acerca do conceito de justiça, a garantia do acesso à justiça, também denominada inafastabilidade da jurisdição, trata-se de temática correlata à presente obra, desenvolvida em homenagem à Ministra Rosa Weber.

A evolução da cultura da sociedade tem reflexos significativos no processo, o qual, de acordo com Oscar Chase, molda e é moldado pela

³¹⁴ Doutoranda em Processo Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista pela Universidade de Barcelona. Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – 1ª Seção Judiciária do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. E-mail: rafaela_somma@yahoo.com.br

cultura³¹⁵, de modo que os avanços sociais experimentados fazem com que a própria definição de jurisdição mereça ser revisitada.

Partindo dos conceitos clássicos, chega-se à moderna compreensão da jurisdição enquanto concretizadora de direitos fundamentais, o que torna mais que evidente que a garantia constitucional insculpida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República vai muito além do direito de se valer do Poder Judiciário para a resolução de conflitos, para albergar também a efetiva implementação prática dos valores públicos previstos no texto constitucional.

Serão abordadas as três ondas de acesso à justiça desenvolvidas por Mauro Cappelletti, assim como analisados os obstáculos ao acesso efetivo apresentados pelo autor em conjunto com Bryant Garth, em relatório final de pesquisa sobre o acesso à justiça – Projeto de Florença.

Na atual realidade, o que se observa é que a própria busca da promoção do acesso à justiça acaba por obstar a efetividade da garantia, dado o imenso quantitativo de demandas propostas e a escassez de recursos à disposição do Poder Judiciário.

Muitas dessas ações decorrem de mau uso do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo que, sob esse prisma, o presente artigo, após tecer breves comentários acerca da litigância habitual, se debruça sobre a litigância predatória, representada pelo ajuizamento de ações em massa, de maneira repetitiva, por meio de petições padronizadas contendo teses genéricas.

Motivada na imensa maioria das vezes pelos baixos custos do processo, a litigância predatória representa utilização despropositada e abusiva do Poder Judiciário, que busca ferramentas suscetíveis de minimizar os impactos negativos da prática sobre a prestação jurisdicional.

Exatamente na busca da efetividade, o Conselho Nacional de Justiça editou recomendações que têm por objeto a temática da litigância predatória, sendo que os juízes e Tribunais vêm empreendendo esforços para minimizar os efeitos deletérios decorrentes do abuso da garantia constitucional do acesso à justiça.

É neste cenário que se apresenta o tratamento das demandas em massa a partir de uma visão panprocessual como possível ferramenta de gestão à serviço do Judiciário, capaz de, em grande medida, contribuir para o alcance de uma prestação jurisdicional efetiva, consentânea com o que verdadeiramente se espera da jurisdição: a consecução dos mais altos valores previstos na Constituição da República.

³¹⁵ CHASE, Oscar. Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Gustavo Osna e Sérgio Cruz Arenhart. p. 187.

1 DO ACESSO À JUSTIÇA AO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

As bases constitucionais do acesso à justiça se encontram no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988.

Acerca do tema, imperioso rememorar o Projeto de Florença, oportunidade em que Mauro Cappelletti e Bryant Garth externaram preocupação com uma justiça acessível a todos.³¹⁶

É exatamente na transição de um Estado liberal, em que a justiça somente podia ser buscada por aqueles dotados de capacidade econômica para suportar seus custos, para um Estado social, promotor dos direitos fundamentais, que se situa o cerne da discussão sobre o acesso efetivo à justiça, com o reconhecimento de que não basta a titularidade do direito, sendo de rigor o desenvolvimento de mecanismos capazes de garantir sua implementação.

Cappelletti e Garth, na busca do “significado de um direito ao acesso efetivo à justiça”, apontam elementos que obstaculizam o acesso à justiça, os quais, segundo os autores, guardariam relação com as custas judiciais, com o tempo do processo e com o acesso à informação.

Entendendo o movimento do acesso à justiça como movimento para a efetividade dos direitos sociais, mais especificamente da igualdade, Mauro Cappelletti, em conferência proferida no Plenário da Assembleia Legislativa, em 26 e 27 de novembro de 1984, faz alusão às tão conhecidas “ondas de acesso à justiça”.

A primeira delas, partindo da constatação de que a resolução dos litígios possui elevado custo, guarda relação com a assistência jurídica gratuita para os mais necessitados, visando garantir que serviços jurídicos básicos estivessem disponíveis gratuitamente para aqueles que não podiam pagar por eles. Vale lembrar que essa abordagem tem palco em momento que se segue à Segunda Guerra Mundial, enquanto resposta ao reconhecimento de que muitas pessoas não tinham recursos para acessar o sistema judicial.

Os interesses difusos, compreendidos em sentido amplo, consistem no objeto da segunda onda. O destaque desta onda específica parte da compreensão de que se revela premente a necessidade de busca de meios adequados à tutela desses interesses, os quais acabavam por não ser efetivamente tutelados na esfera do processo civil clássico, em sua lógica dicotômica.

Por fim, a terceira onda enfatiza a necessidade de abordar as desigualdades estruturais e os problemas sistêmicos que afetam o acesso à

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>.

justiça. Vai além, portanto, da problemática específica dos interesses difusos, atinente à barreira da reunião dos interessados e à sua representação, para reconhecer que o acesso à justiça não é apenas uma questão de fornecer assistência jurídica gratuita ou informações legais, exigindo mudanças nas próprias estruturas e nas instituições legais.

Essas três ondas representam progressão na compreensão do acesso à justiça, desde o fornecimento de assistência jurídica gratuita até a busca por uma transformação mais ampla do sistema jurídico para promover a igualdade e a justiça social. Cada onda constrói e expande os conceitos da anterior, levando a um entendimento mais abrangente do acesso à justiça e dos desafios que ele enfrenta.

No atual contexto nacional, o acesso à justiça possui previsão constitucional (art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e no Código de Processo Civil (art. 3º, CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”). Trata-se de garantia de que qualquer conflito pode ser levado ao Poder Judiciário para que seja solucionado, sendo que todos possuem direito de acessar o sistema de justiça, no sentido de que todos possuem seu “dia na corte”.

Não se pode, porém, entender o acesso à justiça como o simples direito de buscar a tutela de um direito em juízo, já que o ingresso em si considerado não dota de efetividade a previsão constitucional.

Cappelletti, na obra “Garantias fundamentais” deixa claro que não é suficiente a previsão do direito de acesso à justiça, sendo que, em qualquer sistema legal socialmente avançado, há que se perquirir por acesso efetivo.³¹⁷

Ao se versar sobre o acesso à justiça, sendo este compreendido como inafastabilidade da jurisdição, importa breve incursão na própria definição de jurisdição e na evolução deste conceito ao longo da evolução histórico-social.

Chiovenda conceitua a jurisdição como atuação do Estado para, por meio da substituição, aplicar a vontade da lei.³¹⁸ Estar-se-ia, pois, diante de expressão de soberania, distinta das demais atividades estatais, porquanto o escopo da jurisdição seria a própria atuação do direito. Merece destaque a visão de fim público atribuído ao processo, consistente na aplicação da vontade concreta da lei.

Carnelutti, a seu turno, traz abordagem privada ao conceito de jurisdição, esta compreendida como a justa composição da lide.³¹⁹ Sendo “justo”

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. New York: Dobbs Ferry, 1973. p. 740.

³¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 2.

³¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

o que é conforme o direito, percebe-se que os fins públicos se incorporam ao processo, de modo que o estudo se inicia a partir de conceitos de direito privado para, na sequência, entrar na ótica do direito público, acabando por conceber a lógica de que o processo deve ser visto como uma totalidade, decorrente da integração entre o direito privado e o direito público.

Sem olvidar o valor histórico desses e de outros conceitos clássicos de jurisdição, mas em atenção à necessidade de o processo ser interpretado a partir da realidade fática vivenciada, passa-se às acepções modernas do termo, suscetíveis de definir o contorno atual do instituto e evidenciar, à luz de uma ideia conjectural de jurisdição, correlata ao perfil de cada Constituição, que outra deve ser a compreensão da garantia constitucional do acesso à justiça.

Observa-se nítida distinção do papel entendido como sendo ocupado pelo juiz para a doutrina clássica (neste estudo referida como sendo a doutrina de Chiovenda e de Carnelutti) e para os autores modernos, os quais reconhecem a efetiva interferência dos sujeitos processuais no processo.

Autor contemporâneo, Owen Fiss defende que a jurisdição não pode ser confundida com a mera resolução de disputas, apesar de, originariamente, o Judiciário ter atuado com esse foco. A expressão nuclear da jurisdição, segundo o pensamento do autor, é a afirmação de valores públicos. Nesse sentido, a jurisdição consistiria no processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos.³²⁰

O exposto evidencia que a jurisdição não se trata de definição estática e, por consequência, também não o é a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do próprio acesso à justiça.

Justo por isso, há que se abordar a garantia em questão sob perspectiva diversa, partindo da premissa de que o efetivo acesso à justiça depende também de resposta adequada do aparato estatal, possibilitando àqueles que buscam o Poder Judiciário não só o ingresso em juízo, mas a consecução do propósito da jurisdição, esta compreendida a partir da evolução histórica, social e tecnológica, em interpretação em consonância com a realidade fática subjacente.

2 A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA ENQUANTO ABUSO DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O uso desvirtuado da garantia constitucional do acesso à justiça pode desbordar para a própria inviabilização do que atualmente se compreende

³²⁰ Nas palavras do autor: "Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values." FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, nov./1979. p. 2

como acesso efetivo à justiça, fazendo com que não se tenha mais que previsão normativa passível de assegurar tão somente o ajuizamento de ação, sem a correspondente implementação do resultado esperado com a prática.

A análise da prática forense nacional evidencia a litigância predatória como forma de abuso da garantia do acesso à justiça, assumindo papel de destaque quando se debate o excesso de demandas ajuizadas.

Ao se falar em explosão de litigiosidade e no imenso quantitativo de feitos que ocupa a integralidade da pauta do Judiciário brasileiro, importa trazer a perspectiva de Marc Galanter acerca da litigância habitual, em que pese a prática não poder ser sempre caracterizada como abusiva (ao contrário do que se verifica com a litigância predatória, a instauração de lides temerárias e de demandas frívolas, temas que serão debatidos em maior profundidade nos subitens deste capítulo).

2.1 A LITIGÂNCIA HABITUAL A PARTIR DA TIPOLOGIA DAS PARTES DE MARC GALANTER

Em texto clássico, fundante da ideia de sociologia do processo, Marc Galanter³²¹ analisa o sistema legal a partir das partes que o compõem, dividindo-as entre aqueles que ocasionalmente atuam em juízo, litigantes eventuais, a quem denomina *one-shoters*, e o que conhecemos como grandes litigantes ou litigantes habituais, atores que se repetem em diversos conflitos semelhantes ao longo do tempo, pelo autor chamados de *repeat players*.

Normalmente, o que se verifica é que os litigantes habituais são grandes corporações, para as quais o custo do litígio acaba se afigurando ínfimo, ao passo que, para os eventuais, os custos se revelam elevados, a ponto de desestimular sua ida a juízo.

As diferenças entre os tipos de litigantes fazem com que a própria atuação em juízo se verifique de forma distinta, de modo que os litigantes habituais desfrutam de algumas vantagens quando em juízo, em comparação com os eventuais. São algumas dessas vantagens experimentadas pelos litigantes habituais: - experiência anterior, passível de colocar os litigantes habituais à frente dos eventuais nas negociações; - acesso facilitado a especialistas e - acesso informal aos membros das instituições.³²²

³²¹ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. Source: Law & Society Review, v. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn, 1974), p. 95-160.

³²² GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. Source: Law & Society Review, v. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn, 1974), p. 95-160.

Os litigantes habituais, inclusive, possuem maiores oportunidades que os eventuais de ajuizar ações com resultados promissores e, do mesmo modo, obter êxito nas defesas por eles perpetradas, eis que até mesmo as regras acabam por se delinear a favor dos *repeat players*.

Nítida a existência de posição de vantagem entre as partes em disputa, ainda que se esteja diante de um sistema legal formalmente neutro, sendo que esse mesmo sistema acaba por contribuir para o incremento dessas vantagens.

Pensando o processo sob a perspectiva do usuário, conclui-se que o instrumento serve, em grande medida, para afirmação do mais forte sobre o mais fraco.

Os litigantes habituais tendem a ser instituições maiores que os eventuais, em regra munidas de serviços advocatícios de maior qualidade, utilizando-se de escritórios com facilidade de acesso à informação, à propositura (e continuidade) de ações, que conferem acesso a trabalho preventivo e a conhecimento especializado para áreas específicas.

Percebe-se, pois, que as vantagens estratégicas experimentadas pelos litigantes habituais aumentam a partir das vantagens advindas da distribuição do serviço jurídico. Na verdade, as vantagens referidas decorrem dos aparatos institucionais atinentes ao próprio tratamento das demandas, representados pela passividade e pela sobrecarga.

A inércia da jurisdição acaba por conferir vantagem ao litigante que dispõe de informação, de recursos financeiros e de conhecimento técnico especializado, já que dotado de maiores condições de movimentar a máquina judiciária (Princípio da demanda). Com isso, fomenta o incremento da habitualidade de litigância pelas mesmas partes (e advogados).

Uma vez proposta a ação, o desenvolvimento desta, com a correlata coleta e apresentação das provas, fica a cargo das partes (Princípio dispositivo), sendo estas tratadas como se estivessem em condições iguais (econômicas, investigativas e legais). Contudo, na grande maioria dos casos, não existe essa igualdade material de condições entre as partes em litígio.

Com isso, as vantagens conferidas pela passividade institucional acabam por se acentuar pela sobrecarga crônica que caracteriza essas instituições, o que evidencia que à litigância habitual se pode, em grande medida, imputar o resultado de expressiva obstrução do Poder Judiciário, que fica impedido de dar resposta às questões que lhe são postas em período de tempo consentâneo com a garantia constitucional da duração razoável do processo, o que culmina com a inefetividade do acesso à justiça.

Por apreço à precisão terminológica e ao adequado uso conceitual, menção há que ser feita ao fato de que a litigância habitual, embora, como asseverado no parágrafo precedente, contribua para o incremento da escassez

de recusos à disposição do Judiciário, nem sempre configura abuso ou desvirtuamento da garantia constitucional do acesso à justiça.

2.2 A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA, A INSTAURAÇÃO DE LIDES TEMERÁRIAS E DE DEMANDAS FRÍVOLAS

Já em um cenário de uso não virtuoso da garantia constitucional do acesso à justiça, situa-se a litigância predatória, expressão cuja origem remonta à doutrina e jurisprudência norte-americanas segundo a lógica do direito concorrencial, definindo-se em ações ajuizadas sem fundamentos e com a intenção de prejudicar os negócios de concorrentes.

Observa-se a adoção de práticas em que os demandantes ou seus advogados exploram o sistema legal de maneira oportunista, movendo ações frívolas ou de baixo mérito, com o objetivo de obter benefícios financeiros sem uma base substancial.

A litigância predatória envolve estratégias de abuso do sistema legal, dentre as quais se pode citar o ajuizamento de demandas temerárias e frívolas.

O conceito de litigância predatória ainda se encontra em construção pela doutrina e jurisprudência pátrias, de modo que inexistente consenso acerca de sua definição. Todavia, é certo afirmar que a prática da litigância predatória apresenta, em regra, determinadas características que permitem sua classificação, como a utilização de petições padronizadas, em larga escala, fundamentadas em ilações genéricas.³²³

Nesse sentido, cumpra trazer à baila a conceituação constante da Nota Técnica 02/2022, emitida pelo Centro de Inteligência da Justiça Estadual do Estado de Pernambuco – CIJUSPE:

Cuida-se de espécie de demanda oriunda da prática de ajuizamento de ações produzidas em massa, utilizando-se de petições padronizadas contendo teses genéricas, desprovidas, portanto, das especificidades do caso concreto, havendo alteração apenas quanto às informações pessoais da parte, de forma a inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa. A prática é favorecida pela captação de clientes dotados de algum grau de vulnerabilidade, os quais podem ou não deter conhecimento acerca do ingresso da ação, e pelo uso de fraude, falsificação ou manipulação de documentos e omissão de informações relevantes, com nítido intento de obstaculizar o exercício do direito de defesa e potencializar os pleitos

³²³ Disponível em: https://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/documentos/publicacoes/cijese/nota_tecnica-01.pdf.

indenizatórios. As demandas predatórias são marcadas pela carga de litigiosidade em massa, por ações ajuizadas de maneira repetitiva e detentoras de uma mesma tese jurídica (artificial ou inventada), colimando ainda, no recebimento pelos respectivos patronos de importâncias indevidas ou que não serão repassadas aos titulares do direito invocado.

Como mencionado, a litigância predatória é comumente associada com as formas de litigância frívola e temerária, as quais também evidenciam abuso do direito de acesso à justiça.

Em seu Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery apresentam características inerentes às lides temerárias, fazendo-o, em alusão a Mortara, nos seguintes termos:

A mera imprudência ou simples imperícia não caracteriza a lide temerária, mas sim a imprudência grave e a imperícia fruto de erro inescusável, que não permitem hesitação do magistrado em considerar ter havido má-fé (Mortara. *Commentario CPC4*, v. IV, n. 79, p. 143). O litigante temerário age com máfé, perseguindo uma vitória que sabe ser indevida”. (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 307).

No mesmo sentido, Chiovenda afirma que “proceder de modo temerário é agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão”.³²⁴

A denominada demanda frívola se caracteriza pela ação cujo fundamento possui conhecida baixa probabilidade de ser acolhido pelo Poder Judiciário, sendo que este conhecimento prévio não obsta seu ajuizamento, entendendo o autor que não sofrerá qualquer prejuízo com a propositura da ação, ainda que seu direito seja frágil ou de difícil êxito.

Robert Bone, ao realizar análise econômica no contexto norteamericano, trata da litigância frívola, definindo-a como processo em que o autor, sabendo que seu direito não tem respaldo legal para ser provido, ainda assim ajuíza a ação.³²⁵

A partir do modelo econômico de litigância, Bone discorre acerca do valor esperado e a decisão de litigar ($P \times W - C > 0$), chegando, assim, à definição supra de litigância frívola, decorrência de assimetria de custo e assimetria informacional, às quais se imputa muitos dos mais sérios problemas enfrentados pelas cortes de justiça, a exemplo da demora na tramitação processual.

³²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*, 1. ed., 1901, nº 319, p. 321.

³²⁵ BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

A demanda frívola se caracteriza pela baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado que, ao ajuizá-la, considera tão somente os baixos custos pessoais, sem atentar aos custos acarretados ao Erário com a propositura da ação.³²⁶

O fenômeno ocorre quando o litigante propõe demanda cujo pedido, ainda que julgado procedente, importará à parte autora benefício muito inferior ao custo de tramitação do feito para os cofres públicos.³²⁷

Quando se volta o olhar ao contexto nacional, constata-se que a litigância predatória e o ajuizamento de demandas frávolas guardam estrita relação com o baixo custo do processo, notadamente nos Juizados Especiais.

A gratuidade da justiça, assegurada por lei a partir de simples declaração no sentido da ausência de recursos para suportar (os já baixos) custos do processo, sob a ótica da análise econômica do direito, também emerge como fator influenciador do abuso do direito de acesso à justiça.

Miguel Carlos Teixeira Patrício aponta outros elementos que acabam por favorecer a litigância frívola no direito brasileiro: 1. assimetria informativa; 2. o fato de que o autor inicia a ação com um custo reduzido, sabendo que irá ser beneficiado com um acordo, a não ser que o réu promova um esforço intenso – e provavelmente mais custoso – para se defender; 3. as diversas percepções das partes quanto ao resultado do julgamento, o que pode beneficiar o litigante frívolo; e 4. a possibilidade de erros judiciais na condenação.³²⁸

A jurisprudência norte-americana desenvolveu critérios para detectar esse tipo de abuso de direito, dentre os quais se pode destacar: 1. a propositura de demandas sem fundamentos jurídicos; 2. o ajuizamento de ações com intenção de prejudicar concorrentes (finalidades anticompetitivas); e 3. a identificação de um padrão de conduta do autor que litiga de forma predatória – já que a análise de uma demanda isolada pode não deixar entrever o caráter anticompetitivo de uma estratégia de litigância.³²⁹

Tendo em vista o desborde, o próprio abuso do direito de acesso à justiça, representado pelo sem número de demandas desprovidas de fundamento que

³²⁶ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 230.

³²⁷ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 64.

³²⁸ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.

³²⁹ CARVALHO, Angela Prata. “O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro – contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do recurso especial 1.817.845”. **Revista de Processo**, v. 319 p.339-357, Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 9.

compõem a vultosa massa de processos judiciais, foi desenvolvido, no ano de 2021, o Projeto de Lei nº 90 (PL 90/21), com vistas a “Estabelecer regras para reunião de ações judiciais em face de demandas opressivas”.

Trata-se de iniciativa importante, mas, todavia, não implementada, pelo que surge ao Poder Judiciário, em exercício de interpretação constitucional e no intuito de exercer jurisdição em conformidade com conceituação atenta à realidade atual, o dever de dar concretude ao valor constitucional do acesso efetivo à justiça, desenvolvendo ferramentas para lidar com o mau uso da previsão constante do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

3 O TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA PELO PODER JUDICIÁRIO

O Conselho Nacional de Justiça editou recomendação, a ser observada a partir da aplicação das regras processuais hoje em vigor, a fim de viabilizar a reunião de ações abusivas para julgamento conjunto, punindo-se seus autores.

De autoria do ministro Luiz Fux, o Ato Normativo nº 0000092-36.2022.2.00.0000 – aprovado no dia 08 de fevereiro de 2022 – classifica como judicialização predatória o ajuizamento em massa de ações no território nacional, com pedido e causa semelhantes, contra uma pessoa ou um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão.

Com o intuito de coibir a litigância predatória, o Conselho Nacional de Justiça editou, em fevereiro de 2022, a Recomendação nº 127/2022, que sugere aos Tribunais a adoção de cautelas visando à redução da judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão (fala-se especificamente na garantia fundamental da liberdade de expressão em virtude da situação paradigma para o tratamento institucional da questão no Brasil).³³⁰

Visando combater a litigância predatória, os representantes das Presidências e das Corregedorias-Gerais dos Tribunais brasileiros aprovaram metas e diretrizes da Corregedoria Nacional de Justiça para 2023 pertinentes ao tema, no 16º Encontro Nacional do Poder Judiciário, que ocorreu em novembro de 2022.

³³⁰ Quanto ao caso que ensejou a aprovação da Recomendação, consta do relatório do acórdão do Conselho Nacional de Justiça: “A medida decorre de comunicações encaminhadas ao Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário, em que a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Rio de Janeiro menciona, por meio da Procuradora da República Bruna Menezes Gomes da Silva, que a Associação Brasileira de Imprensa denunciou o ajuizamento de ações similares em todo o Brasil contra um jornalista devido às suas publicações na rede social Twitter. Segundo apurado, há fortes indícios de possível ação orquestrada por grupos que movem centenas de processos judiciais em diversas comarcas do país, por meio da utilização de petições padronizadas, com os objetivos de limitar a liberdade de expressão e o direito de defesa em juízo, o que consistiria, na perspectiva da, em uma forma de “assédio judicial”.

As metas e diretrizes da Corregedoria Nacional estabelecem um plano de ação para os órgãos do Poder Judiciário com função correcional, definindo objetivos para o andamento dos processos disciplinares e fixando prioridades e linhas de atuação nos segmentos da Justiça, buscando a melhoria da prestação jurisdicional.

A Diretriz Estratégia 7 do Conselho Nacional de Justiça busca a regulamentação do combate à litigância predatória, possuindo aderência com o macrodesafio de Garantia dos Direitos Fundamentais.³³¹

Essa litigância predatória envolve temas mais abrangentes do que o objeto da citada Recomendação, se verificando na prática com relação a ações judiciais das mais diversas naturezas, nas quais há uso abusivo do Poder Judiciário, tais como ações declaratórias de inexistência de débito, de restituição de indébito, produção antecipada de provas.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento no Resp 1.817.845-MS, defende a garantia do acesso à justiça ao litigante sério e probo, entendendo de rigor refrear os que abusam do direito fundamental em questão por meio do ajuizamento de demandas temerárias.³³²

A caracterizar a prática como abuso do direito de ação, trecho do REsp. 1.817.845-MS, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “[...] o ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual.” (STJ. 3ª Turma. REsp 1.817.845-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Accl. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/10/2019). (Info 658).

³³¹ DIRETRIZ ESTRATÉGICA 7 – Regularizar e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transmitir as respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de um painel único, que deverá ser criado com essa finalidade.

³³² “Inicialmente cumpre salientar que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo. Especificamente dos precedentes formados nos Estados Unidos da América, que se extrai fundamentação substancial para coibir o abusivo do exercício do direito de peticionar e de demandar, isto é, para a proibição do que se convencionou chamar de sham litigation. A despeito de a doutrina da sham litigation ter se formado e consolidado enfaticamente no âmbito do direito concorrencial, absolutamente nada impede que se extraia, da ratio decidendi daqueles precedentes que a formaram, um mesmo padrão decisório a ser aplicado na repressão aos abusos de direito material e processual, em que o exercício desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea pode, ainda que em caráter excepcional, configurar abuso do direito de ação”.

Alguns instrumentos utilizados pelo Poder Judiciário para desestimular tais práticas são a condenação ao pagamento de multa por má-fé processual, prevista no artigo 81 do Código de Processo Civil³³³ e o reconhecimento do dever de indenizar pelo assédio processual perpetrado.

A partir da constatação de que o baixo custo do processo serve, em grande medida, como facilitador da litigiosidade predatória, é possível apontar a própria condenação da parte ao pagamento dos honorários sucumbenciais em consonância com a previsão constante do Código de Processo Civil (não se valendo os juízes de arbitramento em patamares inferiores, por equidade, em situações diversas das autorizadas pela lei adjetiva) enquanto mecanismo de desestímulo.

Essa postura, apta a dotar o sistema de justiça de alguma racionalidade, afeta diretamente a percepção da parte que pensa em litigar, modificando os parâmetros da análise custo-benefício que embasa sua tomada de decisão.

Se os custos esperados forem menores do que o benefício provável, certamente, a decisão racional será pelo ajuizamento da demanda.

Em grande medida, a fixação dos honorários sucumbenciais é um mecanismo de desestímulo à litigância predatória, já que os custos estimados pela parte, com base no valor da causa, podem variar entre 10 (dez) e 20% (vinte por cento) desse montante.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo, tem precedente no sentido de que, mesmo que o valor da condenação, da causa ou do proveito econômico sejam elevados, os honorários advocatícios devem ser fixados segundo os percentuais dos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, não sendo o caso de fixá-los por equidade.³³⁴

³³³ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

³³⁴ “I) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: a) da condenação; ou b) do proveito econômico obtido; ou c) do valor atualizado

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.935.852-GO, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, pronunciou-se no sentido de que o arbitramento de honorários advocatícios em caso de exclusão de litisconsorte, ainda no início do trâmite processual, sem qualquer oposição do autor, deve observar a regra do artigo 338, parágrafo único, do Código de Processo Civil.³³⁵

Por outro lado, na contramão do que esperado pela análise econômica do direito para fins de coibir (ou, mais timidamente, apenas não fomentar) a litigância predatória, tem-se o tratamento conferido aos pleitos de gratuidade de justiça.

Neste particular, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para o deferimento do pedido, basta a comprovação da condição de hipossuficiência, o que se estabelece por meio de simples afirmação do estado de pobreza, feita pela própria parte³³⁶, de modo que a imensa maioria das decisões de primeiro grau no sentido de determinar a comprovação do alegado acaba sendo revista pela instância superior, o que pode, muitas vezes, estimular a litigância predatória.

De todo modo, a conclusão que se afigura é no sentido de que o Poder Judiciário não está desatento à premente necessidade de repressão da litigância predatória, prática primordial para que se garanta a efetividade do acesso à justiça, fortalecendo a higidez do sistema constitucional e processual brasileiros.

da causa. II) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou b) o valor da causa for muito baixo". (STJ. Corte Especial. REsp 1850512-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/03/2022). (Recurso Repetitivo – Tema 1076). (Info 730).

³³⁵ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

³³⁶ PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.836.136/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/4/2022, DJe de 12/4/2022). (Grifos intencionais).

4 POSSÍVEIS MECANISMOS DE COMBATE AO ABUSO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

4.1 INCREMENTO DOS CUSTOS DO PROCESSO

Ferramenta dependente de iniciativa legislativa que considere os estudos de análise econômica do direito.

A atuação do Judiciário neste particular diz respeito exatamente às custas, mais especificamente no que tange à concessão da assistência judiciária gratuita, e à fixação dos honorários de sucumbência, sendo que a jurisprudência dominante e consolidada acerca dessas questões foi trazida no item precedente, atinente ao atual tratamento da litigância predatória por este Poder.

Embora haja espaço para a atuação jurisdicional nessa frente de combate, há que se reconhecer que maior enfrentamento se faz possível quando se pensa na adoção de postura mais ativa do magistrado, a partir de uma visão panprocessual, ideia trazida ao Brasil pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart, a partir das lições de Remo Caponi, em Pós-Doutorado realizado na *Università degli Studi di Firenze*.

4.2 ADOÇÃO DE VISÃO PANPROCESSUAL: TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES E GESTÃO PROCESSUAL

É assente que o ajuizamento de demandas frívolas evidencia desatenção aos custos impostos ao Erário com a propositura da ação.³³⁷

Juntamente com outros fatores, a instauração de lides temerárias acaba por instalar cenário em que, normalmente, se tem mais demandas que recursos institucionais necessários para o efetivo exercício da jurisdição em cada caso concreto, evidenciando-se contexto de escassez.

Essa sobrecarga apresenta uma série de efeitos colaterais, como o atraso no julgamento das demandas, os elevados custos (para início e continuidade da ação) e a adoção de regras restritivas, a fim de desencorajar o ajuizamento de novas demandas. O aumento de custos e os riscos da jurisdição acabam por formar um ambiente de escassez, em que os direitos previstos não são implementados na prática, o que torna necessário o estabelecimento de prioridades na alocação dos recursos.

³³⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 230.

A insuficiência dos recursos institucionais impede julgamentos qualificados, o que faz com que as partes, que acreditaram ter exercido seu direito de acesso à justiça por terem simplesmente ajuizado uma ação, não alcancem o resultado efetivamente esperado.

É neste contexto que Remo Caponi traz, enquanto derivação do princípio da eficiência, o princípio da proporcionalidade panprocessual, representado pela necessidade de tratamento de uma causa individual considerando a imperiosa reserva de recursos para as demais situações.³³⁸

Há necessidade de repensar a lógica da efetividade da prestação jurisdicional, a qual não pode ser examinada apenas à luz de um caso concreto, já que existem outros casos a serem analisados pelo órgão jurisdicional.

Neste cenário, a solução ideal em um processo só poderia ser obtida em detrimento de outras pessoas, pelo que se recorre ao cânone da proporcionalidade panprocessual, a tornar evidente a “necessidade de gestão adequada e eficiente de toda a massa de feitos judiciais existentes”.³³⁹

A análise se dá do ponto de vista da macrolitigância, sendo que, em um contexto de escassez, a resposta que se propõe é exatamente a economia de recursos para os casos mais complicados.

Sobre a relação que se estabelece entre as garantias processuais, dentre as quais se enquadra o acesso à justiça, e a proporcionalidade panprocessual, Sérgio Arenhart:

Se, dentro do processo, o limite de uma garantia é a sua acomodação a outras garantias, impõem-se também considerações externas – que levem em conta o todo de processos existentes – a fim de dimensionar a extensão em que todas essas garantias podem ser satisfeitas, à luz dessa proporcionalidade panprocessual.³⁴⁰

4.2.1 A tutela coletiva (e a coletivização) dos interesses

A proporcionalidade panprocessual relaciona-se ao aspecto macroprocessual e a ideia do panprocessualismo busca resposta externa à

³³⁸ CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. 2011.

³³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 80, abr. jun. 2021. p. 212.

³⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 80, abr. jun. 2021. p. 213.

relação processual. O princípio se apresenta como forma de dar tratamento à causa de acordo com a justiça, enquanto conceito-ponte entre o processo individual e o conjunto de processos.

Neste aspecto, ressalta-se importância da tutela coletiva e do tratamento unificado das demandas, no intuito de reduzir as desigualdades que se estabelecem não só entre as partes em litígio, mas também entre estas e as que figuram como partes em outras demandas.

Pode-se pensar na litigância em massa como forma de dotar de efetividade a garantia fundamental do acesso à justiça. A reunião de interesses para a defesa conjunta em juízo pode representar maneira de se fazer frente aos obstáculos a serem transpostos, para que se tenha acesso efetivo à justiça.

A partir da análise do sistema legal norte-americano, Marc Galanter traz a *class action* como instrumento capaz de fazer com que os litigantes habituais saiam da posição estrategicamente ocupada por eles.

Para Galanter, a dificuldade de acesso representada pela assimetria financeira e informacional, que acaba por classificar os litigantes em habituais e eventuais (aspecto a ser retomado em item subsequente do presente artigo), poderia ser relativizada pela defesa conjunta dos interesses em juízo.

Haveria potencialização de esforços no sentido de se criar grupos unitários, voltados a ocupar os espaços outrora destinados aos litigantes habituais. O próprio fato de o direito público ser dirigido aos cidadãos de modo geral potencializaria os esforços empreendidos no sentido de se criar grupos unitários para ocupar esses espaços, sendo que mudanças como essas nas posições estratégicas conduzem à possibilidade de alteração da própria estrutura normativa de regência.

A litigância em massa representa, portanto, estratégia para promover o acesso à justiça para grupos marginalizados ou indivíduos que enfrentam desafios significativos na busca de reparação por meio do sistema legal.

Em certos casos, a litigância em massa pode permitir que indivíduos ou grupos que, de outra forma, não teriam recursos suficientes para buscar uma ação legal individualmente se unam para buscar justiça coletivamente. Essa abordagem coletiva pode nivelar o campo de jogo e aumentar a probabilidade de que as vozes dos menos privilegiados sejam ouvidas.

A constatação de que o processo civil tradicional, de cunho individualista, não serve à proteção dos direitos ou interesses difusos, faz com que se pense na promoção do acesso efetivo à justiça por intermédio da litigância em massa.

Neste contexto de tratamento não individualizado das questões que alçam uma coletividade, importa destaque para o tratamento estrutural dos litígios, a partir da doutrina de Owen Fiss.

Segundo a lógica do processo estrutural, não se dá solução para o caso individual, mas para a estrutura defeituosa. Deste modo, a demanda de pretensão individual não poderia ser tratada como individual, devendo ser vista de forma coletiva, de maneira que, em que pese existir a possibilidade de o interesse individual ser levado à corte, não haveria direito ao “dia na corte”.

A ideia de processo estrutural enquanto forma de jurisdição decorre da evolução dos direitos fundamentais: de garantia dos cidadãos contra os abusos do Estado, com densidade normativa negativa, para direito de proteção, assumindo o Estado o papel de promotor desses direitos (direitos fundamentais enquanto direitos de proteção, a exigir uma prestação positiva do Estado).

Ao versar sobre o processo estrutural na realidade brasileira, Sérgio Arenhart afirma que a lógica do processo individual não se coaduna com as situações complexas, que caracterizam as relações de massa, de modo que se impõe a busca de um processo diferenciado.³⁴¹

4.2.2 Medidas de gestão processual

Conforme alinhavado em tópico precedente, sendo moldada a partir dos contornos dados pela Constituição vigente e pela realidade fática subjacente, a jurisdição não pode ser definida apenas como atividade estatal voltada à implementação do direito no caso concreto, indo além para se apresentar como serviço público dirigido à resolução de litígios de acordo com a justiça.

A justiça merece tratamento de serviço público prestado, sendo que quem presta serviço público tem que pensar como gestor, dada a limitação de recursos. A própria justiça passaria de função estatal a serviço público, ante a necessidade de lidar com a escassez de forma eficiente.

Adota-se, pois, a perspectiva de um processo dirigido à gestão eficiente dos escassos recursos destinados à justiça. Exatamente acerca da gestão dos recursos disponíveis, considerada a totalidade dos processos judiciais (existentes ou potenciais), ensina Sérgio Cruz Arenhart, ao abordar o viés estrutural da proporcionalidade panprocessual: “considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo.”³⁴²

³⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.

³⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. São Paulo: Editora Revista

No caso, apresenta-se o próprio conceito de ação em interação com as novas tendências, sendo que, no processo internacional é uma tendência se trabalhar com gestão processual, inclusive negando o acesso individual de ações, a fim de equacionar e tornar o sistema eficiente.

As considerações atinentes ao princípio da proporcionalidade encontram-se atreladas ao estado dos recursos da administração da justiça em um determinado ordenamento jurídico.

Cabe ao magistrado observar o princípio da proporcionalidade quando da interpretação da norma e também quando do exercício de seu poder discricionário.

O princípio da proporcionalidade deve ser visto, portanto, como critério de avaliação do uso de recursos para que se tenha a consecução de um processo eficiente e, nestes termos, sua adoção pode servir para resolver diversas situações.

No que diz respeito às demandas de massa, sua valoração proporcional indica que o critério mais eficiente de resolução é, exatamente, o da coletivização. Neste contexto, a multiplicação de processos representa contrariedade às regras gerais da justiça e da boa-fé, a dificultar o respeito à duração razoável do processo, de modo que a vedação desta multiplicação surge enquanto argumento orientado à proporcionalidade e a valores de eficiência.

O princípio da proporcionalidade também pode se apresentar como forma de conceder flexibilidade ao modelo processual, a partir da análise, pelo juiz, com a colaboração das partes, da complexidade da controvérsia.

Sem se olvidar que o processo continua sendo regido pela lei, seria o magistrado dotado de liberdade na escolha da forma de exercício da jurisdição, da maneira de concretizar a garantia constitucional do acesso à justiça, em busca de solução que melhor atende o cânone da proporcionalidade no emprego dos recursos judiciais, a partir da análise do caráter simples ou complexo da controvérsia apresentada.

CONCLUSÕES

Poderíamos propor postura mais ativa do juiz, no intuito de dotar de efetividade prática o valor constitucional do acesso à justiça?

O aumento exponencial da litigância em massa, impulsionada por ações individuais em grande escala e, sobretudo, pela litigância predatória, representa um dos grandes responsáveis pela crise sistêmica em que o Poder Judiciário brasileiro se encontra imerso.

A sobrecarga processual ocasionada pelo ajuizamento de demandas frívolas e temerárias não pode ser analisada de forma simplista, posto que o fenômeno implica consequências gravosas não apenas ao funcionamento da máquina judiciária, inviabilizando a própria concretização de direitos e garantias constitucionais insculpidos na Constituição da República de 1988.

O descompasso entre os recursos destinados ao funcionamento do aparato judiciário e os custos gerados pelo ajuizamento de ações massificadas, sejam estas de caráter predatório ou mesmo decorrentes da litigância habitual não abusiva, obstam a devida prestação da tutela jurisdicional, em prejuízo à promoção da justiça.

Não é sem razão que se observa a morosidade da prestação jurisdicional como apenas uma das consequências lógicas causadas pela escassez de recursos financeiros

É nesse estado de coisas, em que a mera garantia constitucional do acesso à justiça desprovida da implementação de mecanismos de gestão processual se revela insuficiente para assegurar a efetividade da jurisdição, que se faz imperiosa a adoção de medidas internas de enfrentamento, em desestímulo à prática perniciosa da litigância.

Com base em tais premissas, e a partir das considerações tecidas ao longo deste artigo, chega-se a duas conclusões essenciais.

Primeiro, de que os efeitos da problemática analisada podem ser minimizadas, ao menos em parte, por meio de uma mudança de perspectiva em relação ao papel do Poder Judiciário, no sentido de que o processo judicial não mais deve ser entendido puramente sob seus aspectos endoprocessuais.

É que, para uma gestão eficiente da administração da justiça, deve-se ir além, de modo que o processo judicial seja observado enquanto serviço público, de modo que os Tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário passem a estabelecer critérios objetivos de priorização na alocação dos recursos, cuja distribuição deve levar em consideração tanto a quantidade efetiva de ações em curso como a quantidade potencial de futuros processos a serem ajuizados (e não apenas o processo em sua dimensão individual).

Verifica-se, ainda, que uma eficiente gestão dos recursos da Justiça pode ser obtida por meio da observância do princípio da proporcionalidade panprocessual e do tratamento coletivo e unificado de demandas individuais, a fim de que seja possível o exercício de uma tutela jurisdicional coletiva quando assim permitirem as particularidades dos casos postos à apreciação do Judiciário.

Nesse sentido, conclui-se, a partir das lições de Remo Caponi e da adoção de uma visão panprocessual, que possível solução para o excesso de demandas decorrente da sociedade de massa (com destaque para as ações

que decorrem do mau uso da garantia constitucional do acesso à justiça, a exemplo do que se verifica com a litigância predatória) residiria em um juiz mais ativo, atuando na concretização de uma jurisdição eficiente e consentânea com as atuais necessidades da sociedade em que inserto.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **O papel do Judiciário na implementação de direitos fundamentais: homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin**. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 80, abr. jun. 2021.
- BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. New York: Dobbs Ferry, 1973.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: <https://www.ibr.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- CARVALHO, Angela Prata. “O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro – contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do recurso especial 1.817.845”. **Revista de Processo**, v. 319 p.339-357, Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. Gustavo Osna e Sérgio Cruz Arenhart.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 2.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **La condanna nelle spese giudiziali**, 1. ed., 1901, nº 319.
- FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov./1979.
- GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. Source: *Law & Society Review*, v. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn, 1974).
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- OSNA, Gustavo; MATTOS, Eduardo da Silva (orgs.). **Construção em Direito e Economia**. Curitiba: EVG – Editora Virtual Gratuita, 2023.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.
- CAPONI, Remo. **Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche**. 2011.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos**. In: *Poder judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. Coordenador José Maurício Conti. São Paulo: Almedina, 2017.
- YARSHHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da; FRANCO, Marcelo Veiga (coords.). **Acesso à justiça, direito e sociedade**. Estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS FACE OS DIREITOS DO DEVEDOR

Iara da Cruz Moraes³⁴³

RESUMO

O presente artigo busca analisar a possibilidade e os limites da aplicação dos meios executivos atípicos, frente aos direitos do devedor, definidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A possibilidade de utilização de meios executivos atípicos nos processos de execução de obrigações pecuniárias, se deu com advento do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 139, inciso IV, permite a aplicação pelo juiz de quaisquer medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, e sub-rogatórias, atípicas para dar efetividade à tutela jurisdicional. Entre doutrina e a jurisprudência a grandes divergências quanto aos limites para aplicação dos meios executivos atípicos tendo em vista, a possibilidade de limitação de direitos fundamentais. Assim, sendo inevitável a colisão de direitos, estes devem ser ponderados diante das peculiaridades do caso concreto a fim de atingir a solução mais justa possível ao caso.

Palavras-chave: direitos do devedor; meios executivos atípicos; artigo 139; iv do cpc; limites; direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a aplicabilidade dos meios executivos atípicos no processo civil brasileiro, com ênfase na inclusão das obrigações pecuniárias. Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o juiz passou a ter a prerrogativa de determinar medidas coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias, necessárias para garantir a efetividade da execução por quantia certa, conforme previsto no artigo 139, IV. No entanto, a aplicação desses meios tem sido objeto de debates e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente em relação aos seus limites e possíveis restrições aos direitos fundamentais dos devedores.

Ao longo do artigo, serão explorados atos práticos reconhecidos como meios atípicos, bem como, serão examinados os direitos do devedor no

³⁴³ Bacharela em Direito, Pós-Graduada em Direito Administrativo, Pós-Graduada em Direito Público com Ênfase em Licitações e Contratos, Pós-Graduada em Direito Penal, Acadêmica de Licenciatura em Letras Português/Espanhol. Chefe de Secretaria – Cargo em Comissão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: adviaramoraes@gmail.com Currículo Lattes <https://lattes.cnpq.br/1082459900151502>. ORCID <https://orcid.org/0009-0004-5259-5939>

processo de execução, representados por princípios que devem ser observados em qualquer execução, com o objetivo de encontrar soluções que respeitem os direitos fundamentais dos envolvidos.

Por fim, serão investigados os limites a serem observados na aplicação dos meios executivos atípicos. Com base em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, será possível identificar institutos capazes de delimitar o alcance do artigo 139, IV do Código de Processo Civil nas execuções pecuniárias.

1 DIREITOS DO DEVEDOR

A execução forçada se dá pela iniciativa do possuidor de um crédito contraído e inadimplido, representado por um documento, sobre o qual a lei consignou força executiva, podendo ser um título executivo extrajudicial ou um título executivo judicial, que representa determinada obrigação assumida pelo devedor e não cumprida voluntariamente no prazo pré-estabelecido, não restando ao credor outra forma, a não ser a busca da tutela estatal a fim de ter seu direito efetivado. Uma vez acionado, o poder judiciário passa a aplicar diversas medidas tendentes a forçar o devedor satisfazer a obrigação outrora contraída, efetivando assim o direito do credor (DINAMARCO, 2004, p.33).

Embora o credor possua o direito de exigir o adimplemento do crédito, o devedor, como indivíduo portador de direitos e deveres, também possui direito a uma execução justa, baseada em títulos executivos válidos, e com a aplicação de meios executivos adequados ao caso concreto. Portanto, a efetividade do direito do credor não possui caráter absoluto, há certos óbices aplicados a execução, como limites políticos, “segundo os quais a execução deve buscar a satisfação integral do credor, mas sem sacrificar demasiadamente o devedor”, nesta esfera encontram-se limites à pessoa do obrigado, ao seu patrimônio e aos meios processuais empregados e há também os limites naturais, “óbices decorrentes das leis físicas, quer referentes aos bens, quer à vontade das pessoas”. (DINAMARCO, 2004, p.55).

O Código de Processo Civil determina a forma em que se dará o processo de execução, prevendo um processo justo para ambas as partes, com a devida observação ao texto constitucional, garantindo ao exequente e ao executado um processo igualitário. Entretanto os direitos assegurados ao devedor não se encontram apenas no Código de Processo Civil, mas também na Constituição Federal, sendo principalmente representado através dos inúmeros princípios, positivados ou não, aplicados ao processo de execução, os quais são “capazes de gizar as linhas gerais da efetivação das prestações no sistema brasileiro”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.709).

1.1 PRINCÍPIOS PROTETORES APLICADOS À EXECUÇÃO

Quando o devedor não cumpre com a obrigação assumida, o estado uma vez acionado, utiliza-se da sub-rogação ou da coerção a fim de sanar a obrigação anteriormente contraída e até então inadimplida, preservando assim o direito do credor em ter a dívida quitada (NEVES, 2015, p. 1056).

Entretanto, imprescindível salientar a lição de Dinamarco (2002 apud Donizetti, 2017 p. 1210) para o qual, existem “certos óbices legítimos e ilegítimos que os princípios e a própria vida antepõem à plenitude da tutela jurisdicional executiva, reduzindo legitimamente a potencialidade satisfativa da execução forçada”.

Embora, os atos executivos pretendam garantir a obrigação, estes possuem limites para sua realização, como dispõe Abelha (2015, p. 37):

Não se pode perder de vista que na tutela jurisdicional executiva há, de um lado, o executado e, de outro, o exequente, ou, mais precisamente, alguém com direito constitucional à obtenção da efetiva e justa tutela contra alguém que quer preservar ao máximo a sua liberdade e patrimônio. Para temperar a relação de “poder e sujeição” que tipificam claramente a tutela executiva, há de se levar em conta as regras imperativas do “devido processo legal”. É que, se em um lado da balança o processo deve ser justo (devido processo), para dar a efetividade merecida ao direito do exequente, no outro existe o executado, que terá o seu patrimônio invadido ou a sua liberdade cerceada para satisfazer o crédito do exequente.

À vista disso, a tutela jurisdicional executiva é norteadada por inúmeros “princípios”, vocábulo que segundo Silva (2001) provém do latim *principium*, conotando começo, origem.

Os princípios basilares de todo ordenamento jurídico, assim como os direitos fundamentais estão inseridos no pilar da legislação ordinária, qual seja a Constituição Federal de 1988, sendo que estes são observados pelo legislador infraconstitucional, como o caso do CPC/2015, que em seu artigo 1º dispõe que, “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil observando-se as disposições deste Código.”(MEDINA, 2017, s/p).

Tal disposição, assim como os demais elementos que compõem o Código de Processo Civil, retirados diretamente da Constituição Federal, demonstram que legislador buscou deixar claro a existência de compatibilidade entre o contido do novo Código e Constituição Federal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais (MEDINA 2017, s/p).

Segundo Didier Junior (2017b, p.71/72), o CPC é um conjunto de normas processuais, que “ora são princípios (como o devido processo legal) ora são regras (como a proibição do uso de provas ilícitas)”. Como já demonstrado, parte destas normas originam-se da própria Carta Magna Brasileira, o que autor chama de “Direito Processual Fundamental Constitucional” e outra parte decorre da legislação infraconstitucional, mais especificamente do Código de Processo Civil.

Caram Junior (2007, p. 150) explica que os princípios, sejam processuais ou constitucionais, “[...]encontram-se no ápice da pirâmide hierárquica normativa. Quando algum deles tem em seu conteúdo informativo necessidade humana genericamente considerada, deve prevalecer sobre outros princípios, se não for possível coexistirem.”

Com efeito, Nunes, (2015, p.232), acrescenta que a “liberdade se caracteriza pela ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral”.

Diante do exposto, conclui-se que os princípios são o alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo os agentes estatais prestarem observância a aplicação dos mesmos no caso concreto, o que não seria diferente no processo de execução de prestações pecuniárias, ora em análise, o qual segue tantos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, quanto os presentes no Código de Processo Civil de 2015.

Não buscando exaurir o rol de princípios aplicados a execução, cita-se como princípios protetores dos direitos do devedor o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio do Devido Processo Legal, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Razoabilidade, Princípio do Contraditório, Princípio da *Nulla Executio Sine Título*, Princípio da Responsabilidade Patrimonial, Princípio da Menor Onerosidade da Execução e o Princípio da Tipicidade e Atipicidade das Formas Executivas.

1.2 A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROTETORES DOS DIREITOS DO DEVEDOR NA APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS

Todos os princípios acima elencados são de suma importância, pois representam a base do processo de execução, sendo alguns, por mandamento constitucional, de aplicação obrigatória em qualquer rito processual, não se restringindo apenas a lide executória.

Dentre os pilares mencionados, há os que merecem observância específica no que tange a aplicação de meios atípicos, pois podem representar certa limitação ao poder de aplicação dos referidos meios. No entanto, no caso concreto, é possível que alguns possam vir a ser relativizados, assim como os direitos codificados, em busca da solução mais justa e adequada

no caso concreto, como explica Tavares (2017 p. 528),

não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

Tal relativização não ensejará o afastamento total dos direitos do devedor, ao contrário, os mesmos continuarão a serem observados em todas as fases do processo de execução. Porém, como disposto no artigo 482 §2º do CPC, diante do conflito de normas, o magistrado deverá, de forma fundamentada aplicar o juízo de ponderação de direitos, de um lado, do devedor e do outro os do credor, a fim de que o cerne do processo seja resolvido, de forma que não se torne extremamente desgastante para apenas um dos litigantes (BRASIL, 2015).

2 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, vários dispositivos passaram a ser alvo de debates, alguns, a princípio, não mereceram tanto enfoque, porém com a aplicação prática passaram a levantar importantes preocupações (NEVES, 2017a, P. 1030).

Dentre os dispositivos legais que passaram a estar no centro dos debates após sua aplicação prática, temos o art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, que é considerado pela doutrina como uma cláusula geral de efetivação, que de acordo com o entendimento do doutrinador Didier Jr. (2010, p. 119) “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”

Para Martins-Costa (1998, p. 7) a cláusula geral é uma norma aberta, que possibilita ao juiz ao decidir um caso concreto aplicar meios executivos não positivados a fim de solucionar o conflito, “estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.”

De acordo com o entendimento de Neves (2016, P. 207), o disposto no artigo 139 do CPC/2015 não é uma inovação, uma vez que “no inciso IV não há propriamente uma novidade, mas a previsão pode gerar mudanças substanciais no plano da efetivação das decisões judiciais”.

A atipicidade dos meios executivos já se encontrava presente no Código de Processo Civil de 1973, porém era aplicado apenas às obrigações de fazer e não fazer e de entregar coisa certa, conforme disposto nos artigos 461 e 461-A do referido Códex.

De acordo com o entendimento de Didier Júnior (2013, P. 442/443), que se perpetrou até os dias atuais, conforme supramencionado, o §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973, já era considerado “cláusula geral executiva”, tendo em vista que propiciava para o magistrado a possibilidade de empregar um maior número de meios executivos concretos e eficazes para satisfazer a pretensão do autor, uma vez que expandiu as formas executivas, que até então restringiam-se a um rol taxativo previsto em lei, passando a permitir que o juiz determinasse as medidas necessárias para atender os anseios do exequente o qual possui o “direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional”.

Embora o Código de Processo Civil de 1973 não trouxesse expressa a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas também às prestações pecuniárias, grande parte da doutrina já entendia ser cabível sua aplicação, como bem assevera Marinoni (2008, P. 451), “ora, se é possível usar a multa no caso de obrigação de fazer fungível, ou mesmo de entregar coisa, não há motivo algum que possa ser invocado para impedir a sua utilização em face de obrigação de pagar”.

Como demonstrado, a exclusão das obrigações de pagar quantia, foi superada pelo Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 139, inciso IV, consagrou o princípio da atipicidade das formas executivas, concedendo ao juiz poderes para aplicar qualquer meio executivo necessário para efetivar o direito do credor, sejam medidas sub-rogatórias ou coercitivas. Tendo aplicabilidade tanto as obrigações de fazer/não fazer e de entregar coisa, como nas obrigações envolvendo prestações pecuniárias.

Neves (2017b, p. 3), ainda acrescenta que o disposto no artigo supramencionado “permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação exequenda, inclusive e, em especial, nas obrigações de pagar quantia certa”.

Corroborando Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 703), ensinam que:

O juiz, a partir do art. 139, IV, do CPC/2015, não está mais adstrito apenas à sentença condenatória – que fixa a obrigação de pagar e dá ensejo à abertura da execução por sub-rogação patrimonial – para a tutela de prestações pecuniárias. Pode impor essa prestação por meio de ordem judicial, acoplada ao aceno de emprego de medida de indução (coercitiva ou de pressão positiva) ou de medida de sub-rogação.

Esta alteração foi de suma importância para o processo judicial, haja vista que possibilita ao magistrado dar maior efetividade às suas decisões, devido ao amplo número de meios executivos disponíveis para concretização da tutela executiva. O juiz não fica mais vinculado apenas a penhora de bens, no caso de prestações pecuniárias, sendo que incumbia a parte autora encontrar bens penhoráveis do devedor, ou seja, além de buscar a tutela jurisdicional para saldar sua dívida ainda necessitava diligenciar por conta própria bens para quitá-la, sob pena de arquivamento. Desta maneira o magistrado “poderá lançar mão da medida executiva que entender necessária para desincumbir do seu dever”. (PEREIRA FILHO, 2016, P.503).

O Enunciado 48 da Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM) afirma que:

“O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.”

Desta forma, o magistrado deixa de se prender a métodos previamente estabelecidos, que seriam aplicados a qualquer caso, e passa a analisar individualmente cada litígio a fim de buscar a solução mais adequada no caso concreto. Sendo a atipicidade “a possibilidade de o magistrado ser criativo o suficiente para criar modelos executivos que mais se mostrem idôneos para dar ao credor a satisfação que o inadimplemento do devedor lhe vedou” (BUENO, 2007, P.339).

Portanto, a cláusula geral de efetividade, prevista no Código de Processo Civil de 2015, visa dar efetividade a todos os litígios, na medida

que um método previamente especificado, como os meios executivos típicos, somente terá eficácia em casos semelhantes. Porém, nem sempre existirão apenas casos análogos e estes não serão solucionados meramente com a aplicação de medidas preestabelecida, motivo pelo qual é necessário “ajustar o procedimento ao problema a ser resolvido” e para isso é fundamental um sistema que estabeleça “um modelo atípico ou flexível de medidas executivas” (MEDINA, 2016, P. 1071).

Como demonstrado, o princípio da atipicidade dos meios executivos foi consagrado no artigo 139, inciso IV do CPC/2015, entretanto tal princípio não decorre apenas do referido dispositivo legal, encontrando previsão também nos artigos 297 e o §1º do artigo 536 do mesmo Códex. O primeiro afirma que a “tutela provisória também pode ser efetivada atipicamente” e o segundo refere-se as obrigações de fazer ou não fazer, trazendo um rol exemplificativo das medidas que podem ser tomadas pelo juiz, a saber, “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”, todas visando efetivar a tutela pretendida (DIDIER JÚNIOR, 2017, P. 102).

Assim como para as obrigações de fazer e não fazer há um rol preestabelecido de medidas executivas, o mesmo ocorre em relação as execuções de quantia certa, porém em vez de estarem previstas em apenas um artigo, se encontram espalhado pelo Código de Processo Civil, as quais para a doutrina majoritária devem ser aplicadas antes dos meios atípicos, como assevera Medina (2017, p. 883):

[...] adota-se, no direito processual civil brasileiro, um modelo típico de medidas executivas, temperado por um modelo atípico. Assim frustradas as medidas executivas como as referidas nos itens precedentes, outras poderão ser empregadas, supletivamente, a fim de que se realize o direito reconhecido na decisão judicial.

Desse modo, denota-se o caráter subsidiário das medidas atípicas, tendo em vista que devem ser adotadas primeiramente as medidas típicas, ou seja, aquelas já positivadas, previstas no Código de Processo Civil, dentre as quais podemos citar, para a execução por quantia certa: penhora; a prisão civil no caso do devedor de alimentos; a imposição de multa; a busca e apreensão; a remoção de pessoas e coisas; o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva; a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes e o protesto de título judicial.

Corroborando, Didier Júnior (2017, p. 106) deixa claro que “a execução para efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta

de dinheiro é, como regra, atípica; a atipicidade na execução por quantia é no entanto, subsidiária”.

Em sentido oposto, tem-se o entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 782-783), os quais defendem que a subsidiariedade dos meios atípicos se restringe apenas as obrigações provenientes de título executivo extrajudicial, por não advirem de um processo judicial, se aplicando imediatamente nos casos de títulos executivos judiciais.

Confirmando o posicionamento da doutrina dominante tem-se o Enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual dispõe que:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II

Em vista disso, conclui-se que conforme o entendimento doutrinário majoritário, nas prestações pecuniárias, a aplicação das medidas atípicas está condicionada a ineficácia das medidas típicas.

3 LIMITES À APLICAÇÃO DO MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS

Embora o artigo 139, IV do Código de Processo Civil 2015 autorize o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial [...]” grande parte da doutrina entende ser necessária que tais decisões estejam em consonância com toda a estrutura normativa brasileira, bem como de modo primordial ao pilar de todo ordenamento jurídico, a Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Neste seguimento, Streck e Nunes (2016, s/p), entendem que “a melhor interpretação do preceito normativo não é a de buscar um juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais com fins utilitaristas” e complementam ainda que não seria possível utilizar como argumento o artigo 139, IV do CPC/2015 para “restringir unilateralmente, a partir da visão utilitarista do magistrado, direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias”.

Como dito alhures, os meios executivos atípicos não são ilimitados, pois possuem “limites constitucionalmente impostos e reproduzidos no artigo 8º do Código de Processo Civil, quais sejam, as medidas devem observar e respeitar a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade”. (RODOVALHO, 2016, s/p).

De acordo com o entendimento dos doutrinadores Didier, Braga, Cunha e Oliveira (2017b, s/p) “a escolha deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução”.

Além de estar condicionado a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, menor onerosidade ao devedor e patrimonialidade. O princípio da atipicidade deve ser adotado pelo julgador apenas após o esgotamento de todos os meios executivos típicos, seguindo em todos os momentos o devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV, CF/1988 e artigo 10, CPC/2015), assegurando assim as partes envolvidas no litígio uma tutela jurisdicional justa e eficaz, “[...] nessa hora todo cuidado é pouco, tendo-se em vista a natural abstração que rege o mundo dos princípios, porque senão esta pode ser uma porta de entrada do despotismo e arbitrariedade, tudo sob a falsa veste do devido processo legal”. (RODRIGUES, 2015, p. 36-40).

Deste modo, em que pese a aplicação dos meios executivos atípicos seja subsidiária, isso não autoriza que após as medidas executivas típicas terem restado infrutíferas, sejam aplicadas indiscriminadamente qualquer meio para solucionar a lide, satisfazendo o interesse do credor, ao contrário, caberá ao magistrado, quando se deparar com o caso concreto sopesar “as vantagens práticas da adoção de cada medida executiva atípica, em especial as de natureza coercitiva, e as desvantagens de sua adoção, levando em conta a possibilidade da medida criar uma limitação excessiva ao exercício de direito fundamental do executado”. (NEVES, 2017, p. 15).

Corroborando, a Ministra ROSA WEBER, ao julgar o RHC 173332 MC/RS, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 3 de setembro de 2019, asseverou que, quando os meios tradicionais de execução, como penhora, expropriação, busca e apreensão, entre outros, são insuficientes, o juiz pode recorrer a medidas atípicas, desde que respeite o contraditório, mesmo que diferido, e avalie a proporcionalidade da medida, considerando o caso concreto.

A Ministra rejeitou o pedido liminar contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou o *habeas corpus* em relação a uma decisão na qual foi imposta uma medida coercitiva incomum: retenção dos passaportes e/ou carteiras de habilitação dos recorrentes. Considerou que não houve coerção ou violência à liberdade de locomoção, pois o acórdão contestado concluiu que os recorrentes adotaram uma postura incompatível com suas obrigações processuais, justificando a intervenção excepcional em suas esferas jurídicas para garantir o cumprimento da ordem judicial.

Isso ocorre porque as medidas coercitivas atípicas permitem que o juiz adote os meios necessários para garantir o cumprimento da obrigação,

diferentes dos previstos especificamente na lei processual. No entanto, o juiz deve avaliar quais dessas medidas são adequadas, necessárias e proporcionais. Uma medida é adequada quando é efetiva para garantir o cumprimento específico da obrigação, necessária quando não pode ser substituída por outra menos prejudicial e mais eficaz, e proporcional quando o grau de interferência nos direitos das partes é equilibrado em relação à necessidade de cumprimento da obrigação.

Ante o exposto, passa-se a uma breve explanação individualizada acerca dos pressupostos/limites acima mencionados:

A proporcionalidade, deve ser analisado sob três premissas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Primeiro analisa se o meio a ser utilizado contribuirá para garantia do direito do exequente, se isso for possível o meio será adequado. Porém não basta ser adequado, o meio deve ser necessário, portanto, diante da análise das possibilidades de satisfação do débito, o meio será necessário se, “cotejado com outros igualmente eficientes, proporcionar o objetivo almejado com menor restrição ao direito fundamental oposto” (DOUTOR, 2019, p 45).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o ponto crucial para análise da aplicação ou não dos meios atípicos, pois é através dela que se valorará os direitos em ‘xeque’ a fim de concluir se compensa restringir um direito fundamental diante de outro direito, como explica Ávila (2015, p. 217):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?

Para os doutrinadores Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2017b, s/p) o postulado ora e análise “trata-se de critério inspirado nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como no princípio da eficiência, na parte em que impõe ao juiz evitar a escolha do meio executivo que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado”.

Para Doutor (2019, p. 46) a proporcionalidade em sentido estrito, última premissa a ser analisada, é de suma importância na elaboração do juízo de ponderação, pois analisa pontos não abordados pelas duas primeiras premissas, tendo em vista que, “o juízo de adequação atua às cegas quanto a valorações de equilíbrio e o juízo de necessidade apenas se preocupa com evitar sacrifícios desnecessários a direitos atingidos, mas nenhum pondera se a restrição compensa em vista da importância do direito a promover.”

Desta forma, o juízo de proporcionalidade deve ser analisado sob as três premissas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que uma complementa a outra, não podendo ser aplicada isoladamente.

Corroborando, Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2017a, P. 116), ressaltam, que no caso concreto, “deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489§1º do CPC, de que modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”

A *proibição de excesso*, para Ávila (2015, p. 188), significa que “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”.

Embora guardem semelhanças, o postulado da proibição de excesso não se confunde com o da proporcionalidade, como explicam Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2017b, s/p):

Esse postulado não se confunde com o da proporcionalidade, porque ele dispensa os exames da adequação, necessidade, ou da proporcionalidade em sentido estrito. O postulado da proibição de excesso incide sempre que o núcleo essencial de um direito fundamental houver sido atingido, a ponto de esse direito fundamental sofrer restrição excessiva. Pouco importa a relação meio/fim, ou a exigibilidade da medida ou ainda a ponderação com outro direito fundamental eventualmente em jogo: aqui se analisa apenas a eficácia de um determinado direito fundamental

Para os autores, não é possível a aplicação de multa, como meio executivo atípico, nas obrigações pecuniárias, pois possui caráter punitivo, estando prevista no art. 523, §1º, CPC, de modo que “permitir que o juiz, com base no art. 139, IV, do CPC imponha outra multa, a pretexto de compelir o devedor de quantia ao pagamento, viola o princípio da proibição do excesso, por constituir *bis in idem* punitivo”. Entretanto, a multa pode ser aplicada como forma de impor que o executado cumpra algum dever processual.

A *razoabilidade* é outro instituto que também deve ser observado na aplicação das medidas atípicas, e apresenta três fatores: equidade, deve haver harmonia entre a norma geral e o caso concreto; congruência, “a exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação; equivalência, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”. (ÁVILA, 2015, p.188).

Seguindo a linha tecida, de acordo com o princípio da *menor onerosidade*, previsto no art. 895 do CPC, não basta a medida ser aplicada e eficaz ao caso,

estando diante de mais de uma medida eficaz ao alcance do objetivo, deve-se analisar qual é a menos onerosa ao devedor (DIDIER, 2017a, P. 113).

De acordo com o entendimento de Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2017b, s/p), este princípio “protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado – e não deixa de ser uma concretização do segundo passo da proporcionalidade

A *patrimonialidade*, visa evitar que as medidas atípicas recaiam sobre o corpo do devedor, tendo em vista que a dívida deve ser saldada com os bens deste. Embora algumas medidas possam de certa forma recair sobre a pessoa do devedor, não recaem sobre o corpo literalmente, como a prisão civil no caso do devedor de alimentos, este é apenas um meio de coerção a pagar a dívida, de modo que a prisão não extingue a dívida (NEVES, 2017b, P. 115).

Nesse seguimento, Neves (2017a, P.980), ressalta que “execução não é instrumento de exercício de vingança privada, não justificando, portanto, que o executado sofra gravames desnecessários à satisfação do direito”.

De acordo com Doutor (2018, P.8) o princípio da patrimonialidade assegura que o “devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações [...]” (CPC, art. 789). Ou seja, não é lícita, como em tempos remotos, a concreção da execução sobre o corpo do devedor, sob pena de atingimento da sua dignidade.”

Embora não se trate efetivamente de um limite a aplicação das medidas atípicas, mas sim norma constitucional geral que está totalmente atrelada ao acima exposto, sua análise se faz importante, uma vez que, no processo de execução, assim como em todos os processos, a decisão deve ser sempre fundamentada, conforme disposto no art. 93, IX da Constituição Federal e artigos 11 e 489, II do CPC, porém “o papel da fundamentação ganha ainda mais importância quando o órgão julgador exercita o poder geral de efetivação (artigos 139, IV, e 536, § 1º, do CPC), determinando medida atípica para forçar o cumprimento de determinada prestação.” É através da fundamentação que o magistrado demonstrará de maneira racional os motivos que determinaram a escolha de certa medida executiva atípica, e de que forma a opção escolhida atende aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017b, s/p).

Neste sentido, buscando evitar decisões surpresas e eventuais prejuízos à parte, o contraditório precisa ser observado, de modo que o executado possa se manifestar, antes da imposição da medida atípica. O princípio do contraditório é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e assegura ao executado o prévio conhecimento acerca da medida que lhe será imposta, pois ao contrário das medidas tipificadas

em lei, não pode o executado prever qual será a espécie de coerção psicológica aplicada pelo juiz, tendo em vista que trata-se de uma norma abstrata, que torna-se concreta através da decisão que lhe determinar (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017a, P. 116-117).

Diante de todo o exposto, verifica-se que como o artigo 139, IV do Código de Processo Civil, não traz um rol taxativo nem exemplificativo dos meios atípicos, cabe ao magistrado diante das especificidades do caso concreto, ponderar os direitos em tela, a fim de aplicar o meio capaz de solucionar a lide, mas sem causar dano excessivo e injusto a uma das partes. “Isso significa que deve haver um link necessário, lógico, razoável e proporcional de instrumento e fim, meio e resultado, respectivamente, entre a medida coercitiva e o cumprimento da ordem.” (RODRIGUES, 2016, s/p)

Além das divergências doutrinárias, há várias divergências também a seara judicial quanto a aplicação de medidas executórias atípicas. Assim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 09 de fevereiro de 2023, sob a Presidência da Ministra Rosa Weber, que julgou improcedente a ADI 5.941 MC/DF, apresentada pelo Partido dos Trabalhadores, tornou-se parâmetro de suma importância sobre o tema.

A ADI pretendia a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 139 do CPC:

[...] requer seja julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Todavia, em julgamento, a maioria do Plenário acompanhou o voto do relator, ministro Luiz Fux, considerando que a concreta das medidas atípicas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC, é válida, desde que não avance sobre direitos fundamentais e observe os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ao manifestar sua posição contrária ao pedido, o relator ressaltou que a autorização genérica presente no artigo não concede ao juiz uma margem excessiva de decisão, mas sim representa sua obrigação de garantir a efetividade das decisões. Em sua visão, é inaceitável que o Poder Judiciário, cujo propósito é resolver litígios, seja privado da prerrogativa de fazer cumprir suas próprias sentenças.

No entanto, ele ressaltou a importância de que o juiz, ao utilizar essas técnicas, esteja em conformidade com os valores especificados no ordenamento jurídico, especialmente ao preservar e promover a dignidade da pessoa humana. Além disso, é fundamental que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade da medida, aplicando-a de forma menos gravosa possível ao réu. De acordo com o relator, a adequação da medida deve ser analisada caso a caso, e qualquer abuso na sua aplicação poderá ser corrigido por meio de recurso.

Em síntese,

São constitucionais — desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade — as medidas atípicas previstas no CPC/2015 destinadas a assegurar a efetivação dos julgados.

STF. Plenário. ADI 5941/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/02/2023 (Info 1082).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que o processo de execução é regido por um conjunto de princípios que visam proteger o devedor de abusos e garantir um processo justo e equitativo. Esses princípios, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade, asseguram que a execução não seja instaurada sem um título executivo válido e que os meios adotados sejam proporcionais e direitos, preservando a esfera pessoal do devedor.

Com a promulgação do CPC/2015, foi orientado a possibilidade de utilização de meios executivos atípicos para a satisfação das obrigações pecuniárias, ampliando as opções disponíveis além dos meios executivos típicos. Esses meios atípicos, previstos no artigo 139, IV do Código de Processo Civil, conferem ao magistrado a faculdade de adotar medidas necessárias, indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para alcançar a evolução do crédito.

No entanto, é fundamental que a aplicação dos meios atípicos seja secundária, ou seja, somente adotada quando os meios executivos típicos se mostrarem ineficazes. Além disso, uma análise das peculiaridades do caso concreto é essencial para verificar a eficácia e as tendências da medida atípica a ser aplicada, a fim de evitar que se torne uma mera forma de punição ao devedor.

Diante disso, os princípios que norteiam o processo de execução e a possibilidade de utilização dos meios executivos atípicos representam

os experimentados na busca pela celeridade e com os processos de execução. Quando aplicados, respeitando-se a subsidiariedade e as peculiaridades do caso, esses meios não violam os direitos do devedor, mas sim limitam sua esfera de maneira proporcional, com o propósito de assegurar o direito do credor.

Portanto, o artigo 139, inciso IV do CPC, ao proporcionar a utilização dos meios executivos atípicos, contribui para a efetivação do processo de execução de obrigações pecuniárias, desde que observados os princípios e critérios de razoabilidade, proporcionalidade e menor onerosidade ao devedor. Assim, o equilíbrio entre os interesses envolvidos é alcançado, promovendo a justiça e envolvendo-se no âmbito das execuções judiciais.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**: lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 jun. 2023
- BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). **Enunciado 48**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.
- BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). **Enunciado nº 12**. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>. Acesso em: 20 jun. 2023
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em **Habeas Corpus nº 173332 MC/RS**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/864973246>. Acesso em: 30 jun. 2023.
- CARAM JUNIOR, Moacyr. **Processo de execução e sua relativização pela incidência das excludentes da responsabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2007. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Direito Processual Civil, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, n. 12, p. 118-130, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/829/298> Acesso em: 01 jun. 2023
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Execução**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017a.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017b.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7. ed. Salvador: Jusodvium, 2017a.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**. V. 267, P. 227-272, maio/2017b. Disponível em: <https://apps.mppr.mp.br/maf/app/lastdoc/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6adc50000016df9a0f7e12ec397f5&epos=2&spos=2&page=0&td=1183&savedSearch=&searchFrom=&context=85&crumb-action=append&crumb-label=Documento#noteDTR.2017.1035-n28>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DOTOUR, Maurício Pereira. **Medidas Executivas Atípicas na Execução Por Quantia Certa: Diretrizes e Limites de Aplicação**. 2019. 161 f. Tese (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A revolução silenciosa da execução por quantia**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo**

Civil Comentado. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUINTAS, Fábio Lima. **É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecuniarias>. Acesso em: 09 jun. 2023

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em: 09 jun. 2023

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?***. Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-umcafajeste-apreensao-de-passaporte>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

STRECK, Lenio Luiz e NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. – 15. ed. **Revista. E atual.**- São Paulo: Saraiva, 2017.

AS DEMANDAS JUDICIAIS E O ASSÉDIO NO MUNDO DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther³⁴⁴, Marco Antônio César Villatore³⁴⁵

RESUMO

Avalia-se no texto em que medida as demandas judiciais podem prevenir e reparar as ocorrências de assédio no mundo do trabalho. Inicia-se pela tutela inibitória, que apenas exige a probabilidade da prática do ato, sua repetição ou continuação. Examina-se a possibilidade de reconhecer o assédio moral no serviço público como ato de improbidade. A tipificação do assédio moral como crime também é considerada. Como medidas reparatórias identificam-se a rescisão indireta do contrato, indenização em danos materiais e morais e a possibilidade de dano existencial.

Palavras-chave: assédio; prevenção; reparação; danos materiais e morais; dano existencial.

INTRODUÇÃO

O tema do assédio moral no Brasil é novo. Como também é tudo o que se relaciona ao dano moral. Da mesma forma, há pouco tempo iniciaram-se estudos em nosso País sobre o dano existencial.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, garante, no seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Assegura, em consequência, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente das violações aos direitos mencionados.

Anteriormente a essa disposição constitucional eram raríssimos os casos de indenizações por dano moral no Direito brasileiro. Sequer havia doutrina sobre o assédio moral, quanto mais decisões dos tribunais.

³⁴⁴ Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor pela UFPR; Pós-doutor pela PUCPR; Desembargador do Trabalho do TRT 9. Membro da Academia brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: luizgunther@uol.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1314611892212586>. <https://orcid.org/0000-0001-7920-3406>.

³⁴⁵ Professor Concursado Permanente da Graduação e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFSC. Coordenador da Especialização em Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário da Academia brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. Membro da Academia brasileira de Direito do Trabalho. E-mail: marcovillatore@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>. <https://orcid.org/0000-0001-6365-6283>.

Em obra pioneira, a Professora Flaviana Rampazzo Soares destacou o surgimento na Itália, na década de 1990, de uma nova categoria jurídica denominada *dano existencial*. Esclarece essa doutrinadora, no entanto, que “a Suprema Corte italiana pronunciou-se, explicitamente, sobre o dano existencial, pela primeira vez, em 7 de junho de 2000, com a Decisão nº 7.713”.³⁴⁶

Neste breve estudo, que se inicia, buscar-se-á apresentar, com apoio na doutrina e na jurisprudência, o assédio moral como modalidade de dano moral ou de dano existencial.

A Lei nº 13.467, de 13.07.2017, tratou do dano extrapatrimonial, inovando com os arts. 223-A a 223-G, que passarão a integrar a Consolidação das Leis do Trabalho. Aspectos dessa denominada “reforma trabalhista”, quando compatíveis com o tema aqui tratado, serão também analisados neste texto.

1 OS DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL

Sejam quais forem as modalidades, ou tipos, de assédio moral praticados, deve haver, sempre, uma reação adequada do Direito a essa prática. Não somente com intuito punitivo, mas também pedagógico. A publicidade das decisões judiciais, por exemplo, constitui um importante elemento para coibir o assédio moral. Nas empresas, públicas e privadas, no entanto, reside a maior responsabilidade quanto a essas ocorrências. Atitudes e métodos claros de prevenção são importantes aliados nessa luta infatigável contra as agressões decorrentes do assédio moral.

1.1 A TUTELA INIBITÓRIA COMO MEDIDA PROCESSUAL PARA EVITAR A OCORRÊNCIA OU A REPETIÇÃO DO DANO

Nesse momento é necessário verificar qual o tipo específico de resposta que o Direito deve dar ao assédio moral já realizado, ou prestes a acontecer. Um importante mecanismo para impedir a ocorrência do assédio moral, ou impedir a sua repetição, é a tutela inibitória. Nesse sentido, para efetivarem-se as garantias consagradas nos artigos 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho); 7º, XXII; 170 e 200, VIII (meio ambiente do trabalho saudável) e 6º, *caput* (direito fundamental ao trabalho decente), todos da Constituição da República Federativa do Brasil,

³⁴⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 43.

a ação jurisdicional que tenha o condão de inibir o assédio moral organizacional tem o poder de evitar o habitual descumprimento da ordem jurídica e de prevenir eventuais danos - os quais são possíveis frutos do ilícito - à saúde e à dignidade das pessoas trabalhadoras.³⁴⁷

O Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869 de 1973) estabelecia, em seu art. 461:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.³⁴⁸

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015), que passou a vigorar em março de 2016, tem, no *caput* do art. 497, redação parecida com a norma anterior:

Na ação que tenha por objeto a pretensão de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.³⁴⁹

A diferença está no parágrafo único do art. 497, que não tem correspondência no revogado Código de 1973:

Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.³⁵⁰

Pode-se afirmar, desse modo, que a tutela inibitória não tem, entre os seus pressupostos, o dano e a culpa, pois limita-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou sua repetição ou continuação, e a demonstração da imputação desse comportamento a alguém.³⁵¹

³⁴⁷ GIZZI, Jane Salvador de Bueno; MENDONÇA, Ricardo Nunes de. Assédio moral organizacional - fator de poluição ambiental - tutela inibitória e tutela de remoção de ilícito. In ALLAN, Nasser Ahmad; GIZZI, Jane Salvador de Bueno; COZERO, Paula Talita (Org.). **Assédio moral organizacional: as vítimas dos métodos de gestão nos bancos**. Bauru: Canal 6, 2015. (p. 75-95). p. 93.

³⁴⁸ **BRASIL**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.

³⁴⁹ **BRASIL**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de**

Não resta dúvida, portanto, constituir-se a tutela inibitória na medida processual adequada para impedir a ocorrência do assédio moral ou a sua eventual reiteração.

1.2 A TIPIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO COMO ATO DE IMPROBIDADE

Pode-se, desde logo, afirmar que a Justiça do Trabalho possui competência para julgar casos de assédio moral quando o ambiente profissional é privado, ou, melhor ainda, quando o(a) empregado(a) é vinculado ao regime celetista. Ocorrendo o assédio em órgão público, vinculado o(a) trabalhador(a) ao regime estatutário, a competência é da Justiça Comum (estadual ou federal, dependendo do órgão onde o fato ocorreu).

Sabe-se, porém, que apesar de os(as) trabalhadores(as) da iniciativa privada serem mais vulneráveis a esse tipo de abuso, a estabilidade no emprego dos servidores públicos não impede o assédio.

Conforme decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

O assédio moral, mais do que apenas uma provocação no local de trabalho, como sarcasmo, crítica, zombaria e trote, é uma campanha psicológica com o objetivo de fazer da vítima uma pessoa rejeitada. Ela é submetida à difamação, abusos verbais, agressões e tratamento frio e impessoal.³⁵²

Quando se menciona a prática do ato de improbidade, deve-se recorrer à definição legal do art. 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa):

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.³⁵³

processo civil. A tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: RT, 2015. p. 477-480.

³⁵² Assédio moral no serviço público é considerado improbidade. **Consultor Jurídico.** 19.11.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-11/stj-assedio-moral-servico-publico-considerado-ato-improbidade>. Acesso em: 13 jun. 2017.

³⁵³ **BRASIL.** Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.

Em pelo menos dois casos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o assédio moral como ato de improbidade administrativa. No primeiro, um prefeito perseguiu servidora que denunciou problema com dívida do município ao Ministério Público. Em represália, o prefeito colocou a servidora “de castigo” em uma sala de reuniões por quatro dias, ameaçando colocá-la em disponibilidade e concedendo-lhe férias forçadas de trinta dias. Reconheceu-se, no julgamento, um caso de assédio moral como ato de improbidade, restabelecendo-se a sentença que havia condenado o prefeito à perda dos direitos políticos e multa equivalente a cinco anos de sua remuneração mensal à época dos fatos. (REsp 1.286.466, Rel. Min. Eliana Calmon).³⁵⁴

Em outro caso, manteve-se decisão da Justiça catarinense que condenou um professor de matemática da rede pública estadual à perda do cargo com base na Lei de Improbidade Administrativa. O professor foi acusado de assediar sexualmente suas alunas em troca de boas notas. Para o Relator, no STJ, o dolo foi claramente demonstrado, uma vez que o professor atuou com a intenção de assediar as alunas e obter vantagem indevida em função do cargo que ocupava, “o que subverte os valores fundamentais da sociedade e corrói sua estrutura”(AREsp 51.55, Rel. Min. Humberto Martins).³⁵⁵

Por esses dois julgamentos, percebe-se que o assédio moral no serviço público tem merecido firme repúdio perante o Superior Tribunal de Justiça, caracterizando-o, inclusive, como ato de improbidade.

1.3 A PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL PODE TIPIFICAR UM CRIME?

Quando se estudam as hipóteses de assédio, verifica-se também a existência do denominado *assédio sexual*. Essa prática foi tipificada como crime por força da Lei nº 10.224/01, que incluiu no Código Penal Brasileiro o art. 216-A, com a seguinte redação:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.³⁵⁶

³⁵⁴ Consultor Jurídico, 2013.

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ **BRASIL.** Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.

Segundo estudo específico sobre a temática, essa norma penal não impede a prática do assédio, consoante estatísticas, ficando os trabalhadores sem proteção contra a violência ocorrida. Não existe lei específica para coibir o assédio sexual ocorrido no âmbito trabalhista, ficando então os trabalhadores prejudicados por caírem no vazio legal. Há, portanto, “carência de norma específica que alcance todos os tipos de assédio e institua mecanismos de prevenção, apuração das denúncias e punição dos assediadores”.³⁵⁷

Verifica-se na doutrina, também, proposta de criminalização do assédio moral. Teoricamente, os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), de lesão corporal (leve, grave, gravíssima), de constrangimento ilegal e de conhecimento indevido de correspondência alheia poderiam dar conta de uma pronta resposta ao assédio moral no âmbito penal. Entretanto, “referidos delitos não têm sido eficazes para coibir com maior eficiência esses atentados aos direitos da personalidade da vítima de assédio”.³⁵⁸

Quanto à criminalização do assédio moral, argumenta-se, ainda, que o princípio da intervenção mínima deverá ser utilizado em sua justa medida. Não seria possível ignorar sua vigência, arrogando-se o Direito Penal o papel que, nessa matéria, a outros ramos do ordenamento jurídico cabe desempenhar, e nem se deve empregar tal princípio como escusa para renunciar a aplicação da lei penal, “sob a alegação de que se trata de condutas que, ao terem lugar no âmbito laboral e infringirem a normas de Direito do Trabalho, deverão ser reguladas exclusivamente por este”.³⁵⁹

O fundamento é a lacuna constatada na proteção desse bem jurídico no ordenamento penal brasileiro. Assim, a gravidade, habitualidade e intensidade dessa prática, no âmbito laboral, tanto público como privado, destacaria a imperiosa necessidade de intervenção jurídica, “tanto por parte do Direito do Trabalho quanto do Direito Penal, como um intento de reprimir e, se possível, erradicar essa classe de comportamentos”.³⁶⁰

A projeção do assédio moral como possibilidade de tipificar crime ainda merecerá aprofundados estudos. Parece, no entanto, que a tipificação do assédio sexual como crime não reduziu a ocorrência, em concreto, desse tipo de abuso. Melhor será, talvez, seguir o novo Código de Trabalho de Portugal (2003), que em seu art. 24 conceitua o assédio:

³⁵⁷ LEIRIA, Maria de Lourdes. **Assédio sexual laboral, agente causador de doenças do trabalho: reflexos na saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2012. p. 163.

³⁵⁸ BERALDO, Marllon. **Assédio moral e sua criminalização**. São Paulo: LTr, 2012. p. 93-95.

³⁵⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; SILVA, Leda Maria Messias da; MACHADO, Isadora Vier. **Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização**. Curitiba: JM Livraria Jurídica e Editora, 2013. p. 164.

³⁶⁰ Idem.

1. Constitui discriminação o assédio a candidatos a emprego e a trabalhador. 2. Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos fatores indicados no nº 1 do artigo anterior, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo e o efeito de afetar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. 3. Constitui, em especial, assédio todo comportamento indesejado de caráter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo e o efeito referidos no número anterior.³⁶¹

Na verdade, o ideal seria a existência de uma norma de âmbito federal, inserida na CLT, combatendo o assédio. Além de estabelecer medidas de prevenção, essa norma deveria coibir o assédio moral com a nulidade da dispensa, da transferência, da demissão ou punição disciplinar nele fundada, “facultando à parte prejudicada a rescisão indireta, tudo isso sem prejuízo da indenização pelos danos ocasionados (material e/ou moral), já que o assunto é tratado de forma incompleta pelo legislador nacional”.³⁶²

No entanto, ainda que ausente legislação a respeito, as negociações coletivas de trabalho (acordos e convenções coletivas) podem (e devem!) ser instrumentos eficazes para “estabelecer o conceito de assédio moral, bem como as infrações e sanções nesse terreno, além das medidas destinadas a evitar essa prática”.³⁶³

1.4 MEDIDAS REPARATÓRIAS

Quais seriam as medidas reparatórias e/ou indenizatórias nas hipóteses específicas de ocorrência do dano? Do ponto de vista das relações de trabalho, as reparações devidas podem ser distribuídas em quatro possibilidades: a) rescisão indireta do contrato de trabalho; b) indenização por danos materiais; c) indenização por danos morais, psicológicos ou psíquicos; d) indenização pela ocorrência de dano existencial.

³⁶¹ LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**: da prática do assédio sexual e assédio moral nas relações de trabalho - como requerer indenização por danos morais e materiais nos tribunais. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 15.

³⁶² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016. p. 609.

³⁶³ Idem.

1.4.1 Rescisão indireta do contrato de trabalho

É perfeitamente possível enquadrar grande parte das condutas assediadoras, adotadas por alguns empregadores, como hipóteses de justa causa patronal, que levariam à dispensa indireta.³⁶⁴ Recorde-se que o *caput* do art. 483 da CLT diz que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando...” e enumera as hipóteses nas alíneas ‘a’ até ‘g’.³⁶⁵

Assim sendo, a repressão legal ao assédio moral, quanto à empresa, tem seu fundamento no art. 483 da CLT, que disciplina a denúncia do contrato individual de trabalho pelo empregado, fundamentando-se na conduta faltosa do empregador, a denominada dispensa indireta. Tomando em conta as características de cada situação concreta, a tipificação de justa causa incidirá: a) na exigência de serviços superiores às suas forças, defesos por lei, ou contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) no rigor excessivo; c) no descumprimento das obrigações do contrato; ou e) nos atos lesivos à honra ou à integridade física do empregado ou de sua família.³⁶⁶

Ocorre também a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador por justa causa. Embora de restrita ocorrência, é possível enquadrar o empregado assediador em justa causa prevista na CLT. Com efeito, o art. 482, ‘j’, assevera constituir justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a hipótese de “ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em legítima defesa, própria ou de outrem”.³⁶⁷ Nessa direção orienta-se a doutrina, explicando que “no assédio moral praticado por empregado contra colega de trabalho, a hipótese é, visivelmente, de justa causa para a extinção do contrato de trabalho, com fundamento no art. 482, alínea ‘j’ da CLT”.³⁶⁸

1.4.2 Indenização por danos materiais

Considerando o aspecto econômico, o dano pode ser classificado como *patrimonial* (econômico ou material) e *extrapatrimonial* (moral em

³⁶⁴ PAMPLONA; WRZYKOWSKI; BARROS, 2016, p. 164-165.

³⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.

³⁶⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O assédio moral nas relações de trabalho**. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/jose-augusto-rodrigues-pinto-o-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho.html>. Acesso em: 11 jun. 2017.

³⁶⁷ BRASIL, 1943.

³⁶⁸ PAMPLONA, 2012, p. 905.

sentido amplo, extra-econômico, não material ou imaterial). Desse modo, o assédio moral pode provocar uma lesão de ordem patrimonial, isto é, quando, entre seus efeitos, se incluírem despesas com tratamento de saúde, redução dos ganhos em geral, perda de uma promoção, desemprego e outros prejuízos econômicos.³⁶⁹

O dano material é todo aquele suscetível de valoração econômica, abrangendo tanto o dano emergente quanto o lucro cessante (art. 402 do Código Civil). Podem ser incluídas nessas hipóteses, exemplificativamente, as seguintes situações:

desde a incapacidade laboral decorrente de doença ocupacional desencadeada (a exemplo da síndrome de *burn-out*), as despesas que a vítima teve com remédios ou tratamento psicológico ou mesmo o prejuízo salarial demonstrado pela perseguição do assediante (faltas ao serviço, rebaixamento funcional ou frustração de promoção).³⁷⁰

Podem, portanto, ser objeto de pedido judicial de indenização, por dano material, as despesas com tratamentos médicos ou hospitalares decorrentes do assédio moral. Os artigos 949 e 950 do Código Civil, aplicáveis a essas situações, ao tratarem dos ilícitos civis, são expressos ao determinarem a indenização pelos prejuízos decorrentes do assédio. O ordenamento jurídico brasileiro ampara a busca de compensação pelos transtornos diretamente ligados aos prejuízos à saúde mental ou física causados pelo assédio. Podem, desse modo, a título de indenização por dano material, ser postulados em juízo:

o reembolso do tratamento psiquiátrico, ou psicológico, que a vítima tenha feito para superar o trauma e a perda de autoestima, e os quadros de ansiedade e angústia, assim como dos remédios receitados em decorrência dessas terapias, como os antidepressivos, calmantes, etc., [...] e com pagamento a ser determinado enquanto durar a recomendação médica, de outros utilizados em caráter crônico em decorrência de quadros clínicos decorrentes da tensão, como gastrites, problemas cardíacos, males da coluna etc.³⁷¹

Tendo em vista a reforma trabalhista, deve-se indagar se o art. 223-G, que passará a integrar a CLT, aplica-se, também, aos danos materiais. Nesse dispositivo, em doze incisos, ficam relacionados aspectos que o juiz

³⁶⁹ SIMM, 2008, p. 304. Nesse mesmo sentido, também, PEDUZZI, 2007, p. 44.

³⁷⁰ DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 301.

³⁷¹ LIPPMANN, 2004, p. 66.

deve considerar ao apreciar o pedido. No §1º desse dispositivo gradua-se a indenização por ofensas de natureza leve, média grave e gravíssima, variando o valor de até três vezes (na leve!) o último salário contratual do ofendido, a até cinquenta vezes (na gravíssima!). Essa definição relaciona-se à indenização à pessoa física. Tratando-se de pessoa jurídica, devem ser observados os critérios dos doze incisos referidos, mas o valor da indenização toma como parâmetro o salário contratual do ofensor. No §3º considera-se que, havendo reincidência “entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização”.³⁷²

Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima observam que os parâmetros para fixação dos valores estipulados no §1º do art. 223-G dizem respeito apenas aos danos extrapatrimoniais, isto é: “os danos materiais serão calculados segundo as regras já consolidadas do Direito Civil, interpretadas pelos Tribunais do Trabalho”.³⁷³

No mesmo sentido, Homero Batista Mateus da Silva, ao esclarecer que os arts. 223-A e 223-G se atêm aos danos extrapatrimoniais, também chamados de danos morais, de modo que “as indenizações por prejuízos materiais quantificáveis, como remédios, próteses e gastos com profissionais liberais, estão fora da tarifação - conforme, aliás, o art. 223-F alerta expressamente”.³⁷⁴

A reparação, sob esse ponto de vista, deve ser a mais ampla possível, repondo, ao lesado/assediado, tudo o que perdeu/gastou em decorrência do assédio.

1.4.3 Indenização por danos morais e indenização por dano psicológico e/ou psíquico

O tema da indenização por danos morais ganhou espaço no Brasil a partir de 1988, com o advento da “Constituição Cidadã”. Antes disso, eram raros os casos em que essa figura jurídica era debatida.

Levando-se em conta a reparação civil, pode-se dizer que, como categoria jurídica específica:

os danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social e, como tais, reparáveis, em sua

³⁷² BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 04 set. 2017.

³⁷³ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Domingues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 52.

³⁷⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: análise da Lei 13.467/2017 artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59.

integridade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum - porque ligados à natureza humana - podem ser identificados em concreto pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas, e das peculiaridades da hipótese sub item, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado”.³⁷⁵

Recordam-se, comumente, duas acepções da expressão *dano moral*, ambas envolvendo lesões de natureza não patrimonial. Sob sentido amplo, expressa todas as formas de dano imaterial ou extrapatrimonial, isto é, aqueles que atingem a pessoa e sua integridade psicofísica, causando, por exemplo, dor física e/ou psicológica, vergonha, depressão, sofrimento interior, humilhação, dificuldade de relacionamento social e outras consequências não avaliáveis economicamente. Em sentido estrito, “corresponde ao dano anímico, aquele comumente vinculado à vulneração da dignidade pessoal e dos direitos de personalidade (como a honra, a imagem, a liberdade de expressão e de crença)”.³⁷⁶

Resulta, sem dúvida, o dano moral, “da violação do direito geral de personalidade, sendo presumida (presunção *hominis*) a dor daí decorrente, geralmente por ofensa à sua honra objetiva e subjetiva, imagem e intimidade”.³⁷⁷

Há uma correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o dano moral, podendo-se registrar de forma enfática que:

o dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade, que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).³⁷⁸

Dois aspectos, em princípio, devem ser levados em conta, tratando-se do dano moral e de sua reparação: o indenizatório e o punitivo. No aspecto indenizatório busca-se uma compensação pelo dano que o assediado sofreu. No aspecto punitivo, procura-se uma punição que faça com que a empresa seja atingida em seu aspecto financeiro “de maneira suficientemente grave para que tenha interesse em tomar atitudes concretas para que os casos de assédio não se repitam em seu estabelecimento”.³⁷⁹

³⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 17.

³⁷⁶ SIMM, 2008, p. 305.

³⁷⁷ DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 301.

³⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132.

³⁷⁹ LIPPMANN, 2004, p. 60.

Estabeleceu a Constituição da República de 1988, entre os direitos fundamentais, a indenização por dano moral (art. 5º, incisos V e X), encerrando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 atualizou a previsão normativa sobre o assunto, asseverando que o dano moral se configura com a caracterização do ato ilícito. Ainda que exclusivamente moral, o dano recebeu previsão expressa no art. 186 desse diploma legislativo:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.³⁸⁰

No âmbito trabalhista, a reparação por danos morais visa à proteção da dignidade do trabalhador. Aplica-se, portanto, o disposto no inciso III do art. 932 do Código Civil brasileiro, que considera, também, responsáveis pela reparação civil “o empregador ou comitente, por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.³⁸¹ Essa disposição justifica “a responsabilização do empregador por atos causados por seus prepostos aos empregados, atribuindo-lhe a obrigação direta de indenizar”.³⁸²

O assédio moral enseja, como consequência, um dano moral. Uma vez que a dignidade da pessoa humana seja ameaçada, violando-se situação subjetiva, caracteriza-se o assédio moral, desde que isso ocorra de forma reiterada e sistemática. Essa violência, reiterada no tempo, causa, sem dúvida, um dano muito maior à autoestima do assediado, à sua consideração pessoal, à sua imagem, à sua respeitabilidade perante os colegas de trabalho e seu grupo social. Desse modo,

a indenização por dano moral decorrente de assédio, nos termos do art. 964 do Código Civil, será certamente maior do que aquela destinada a responsabilizar o cometimento de uma simples agressão moral, visto que a indenização mede-se pela extensão danosa.³⁸³

A prova de algumas condutas configuradoras do assédio moral é muito difícil. Cabe à vítima (assediado) apresentar indícios que levem a uma razoável suspeita, aparência ou presunção da figura em exame. Assim, o demandado (assediador) assumirá o ônus de demonstrar que sua conduta foi

³⁸⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

³⁸¹ BRASIL, 2002.

³⁸² PEDUZZI, 2007, p. 41.

³⁸³ MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 158.

razoável, vale dizer, não atentou contra qualquer direito fundamental. Não existindo “adequada distribuição da carga probatória, a normativa a respeito da temática não se tornará efetiva e permanecerá no terreno da declaração de boas intenções”.³⁸⁴

Para avaliar o aspecto compensatório do dano moral, poderá o juiz determinar uma perícia a ser realizada por psiquiatra ou psicólogo, na qual se verifiquem aspectos do sofrimento individual de cada caso. Pode-se, desse modo, determinar o grau do dano psicológico, a tensão gerada pelo episódio, a perda da autoestima, a intensidade de outros sintomas gerados pela tensão e ainda

se há sequelas permanentes como um ataque cardíaco, ou uma úlcera, ou mesmo quadros mais leves como gastrites, dores de cabeça, pescoço, ou na coluna, se o incidente provocou perda ou abalos em um relacionamento estável mantido pelo assediado, se levou a um quadro de depressão, e se há necessidade de tratamento psicológico ou psiquiátrico, bem como a perda de produtividade profissional.³⁸⁵

Neste momento pergunta-se: o dano psíquico consiste em uma figura autônoma de indenização, ou está contido no dano moral?

O dano psíquico supõe uma modificação ou alteração da personalidade, que se expressa através de sintomas, inibições, depressões, bloqueios. Essas manifestações permitem avaliar o grau da injúria padecida. O dano psíquico e sua avaliação se inscrevem, assim, em um plano psicopatológico, devendo-se, desse modo, serem descartadas avaliações de tipo moral ou axiológico.³⁸⁶

Algumas decisões judiciais na Argentina consideram que o montante a indenizar pelo dano psicológico deve integrar o dano moral. Outras, porém, explicitam que o dano psíquico deve ser indenizado como diferenciado do estético e do moral, se a perícia reconhece a existência de uma alteração emocional como consequência de um acidente ocorrido.³⁸⁷

No Direito brasileiro o reconhecimento do assédio moral está centrado na prática patronal que sistematicamente humilha, denigre a imagem e a honra, causando danos psíquicos ao empregado.³⁸⁸ A terminologia *dano psíquico* não se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico, embora seja por ele protegida na larga e cada vez mais ampliada noção de dano moral.³⁸⁹

³⁸⁴ BARROS, 2016, p. 611.

³⁸⁵ LIPPMANN, 2004, p. 60.

³⁸⁶ GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p. 68.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 388-390.

³⁸⁸ MUÇOUÇAH, 2014, p. 159.

³⁸⁹ *Idem*.

Reconhecendo o juiz a existência do agravante *dano psicológico* e ou *psíquico*, por laudo pericial apresentado por psiquiatra ou psicólogo, poderá agravar a condenação em dano moral com mais este fundamento. Não se trata, portanto, pelo menos no Brasil, de acrescentar um novo tipo de dano, mas incluí-lo no próprio dano moral.

O dano psíquico, em nosso ordenamento jurídico, pois, tem a mesma tutela que o dano moral, sendo visto como verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana. Considera-se, desse modo, incluído no rol dos chamados direitos extrapatrimoniais, “embora possa refletir-se, dependendo da gravidade do dano psíquico, também em danos materiais”.³⁹⁰ Considere-se, ademais, que o dano patrimonial (perda de emprego, dispêndio com tratamento médico, etc.), será sempre “reflexo da lesão extrapatrimonial inicialmente sofrida, que é sempre a gênese do dano psíquico”.³⁹¹ Registre-se, por derradeiro, sobre este tema, que na dicção da Súmula nº 37 do STJ, os danos morais são autônomos e perfeitamente cumuláveis com eventuais danos materiais em razão da prática do assédio moral.³⁹²

A reforma trabalhista especifica quais os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, mas não menciona de forma expressa o assédio moral, nem o dano existencial. Consigna o art. 223-C: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.³⁹³

Pelo artigo anterior, no entanto, é possível inferir que tanto o assédio moral quanto o dano existencial estão contemplados pela reforma trabalhista no título II-A, que trata do dano extrapatrimonial. Com efeito, dispõe o art. 223-B: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica (...)”.³⁹⁴

O vocábulo “moral” naturalmente destina-se a contemplar o assédio moral, e a palavra “existencial” a reconhecer o dano existencial.

De qualquer modo, pela natureza dos direitos das pessoas e seus atributos, a lista descrita na reforma trabalhista, contemplando os tipos de danos extrapatrimoniais possíveis, “não é fechada, aí se incluindo qualquer outra situação correlata”.³⁹⁵

³⁹⁰ Ibidem, p. 164.

³⁹¹ Idem.

³⁹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmulas do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 14 jun. 2017.

³⁹³ Lei 13.467/2017. Op. cit.

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ LIMA; LIMA, 2017, p. 53.

Também Homero Batista Mateus da Silva questiona a possibilidade de o rol do art. 223-C ser taxativo. Segundo esse autor, foram esquecidos assuntos muito delicados e recorrentes no ambiente de trabalho, tais como: a dispensa de pessoas por idade avançada; a discriminação de gênero; assuntos ligados à nacionalidade do empregado.³⁹⁶

Segundo Juliana Migot Miglioranzi e Raíra Tuckmantel Habermann, não há como reconhecer rol exaustivo no art. 223-C. Segundo essas autoras, existem outros bens imateriais que podem sofrer lesão e que não estão no artigo (como por exemplo “o assédio moral e sexual, a autoestima profissional, etc.), levando à interpretação que outros não podem ser reparados”.³⁹⁷ O adequado, segundo elas, seria acrescer a expressão “entre outros”.³⁹⁸

Outro aspecto que será objeto de intenso debate na Justiça do Trabalho será a possibilidade de ajuizamento das ações de indenização por dano moral coletivo, com a vigência da reforma trabalhista. O fundamento para negar-se esse tipo de demanda judicial estaria no art. 223-B, que estatui: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física, **as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação**” (o grifo não é do original).³⁹⁹

Considerando esse dispositivo legal, isto é, que a reparação por dano extrapatrimonial ocorrerá “reparando individualmente cada vítima”, depreendeu-se que “deixa de ser tutelado o dano coletivo no direito do trabalho, justamente porque as pessoas vítimas são determinadas”.⁴⁰⁰ Assim se entendendo, deixaria, o dano moral coletivo, “de ser um bem protegido e possível nos termos da nova lei”.⁴⁰¹

Como o tema do dano moral coletivo será exaustivamente debatido, a partir da vigência da reforma trabalhista, em todos os setores que abrangem as relações de trabalho, os leitores já poderão encontrar importantes subsídios a respeito na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, com esse título (Dano Moral Coletivo), publicada em março de 2015, v. 4, n. 38, com 244 páginas de texto.⁴⁰²

³⁹⁶ SILVA, 2017, p. 60.

³⁹⁷ MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à reforma trabalhista**. Leme-SP: Habermann Editora, 2017. p. 75.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ Lei 13.467/2017. Op. cit.

⁴⁰⁰ MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista: O que mudou?**. Curitiba: Estudos Imediato, 2017. p. 197.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 198.

⁴⁰² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Revista Eletrônica**. Dano moral coletivo. v. 4, n. 38. março de 2015. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=38&edicao=4048>. Acesso em: 06 set. 2017.

Na dicção de Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima, relativamente ao art. 223-B, “em se tratando de morto, a reparação pode ser postulada em juízo pelo cônjuge ou companheiro e pelos sucessores, cf. art. 12 do Código Civil”.⁴⁰³

Quanto ao §1º do art. 223-G, ao estabelecer parâmetros para a fixação do dano extrapatrimonial, há inconstitucionalidade a ser reconhecida?

Para Homero Batista Mateus da Silva, no que tange aos artigos 223-A a 223-G, da Reforma Trabalhista, há inconstitucionalidade na tarificação dos danos morais trabalhistas vinculados ao valor do salário-contratual do empregado, “gerando distinção entre a dor do rico e a dor do pobre, sem nenhuma base científica ou lógica (art. 5º, *caput*), e, ainda, ignorando o evento morte e a discriminação racial, dentre outros”.⁴⁰⁴

Para Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima, no que diz respeito à graduação do valor a ser indenizado, o Supremo Tribunal já julgou inconstitucional a tarificação do valor dos danos morais prevista na Lei de Imprensa”.⁴⁰⁵

O Ministro João Oreste Dalazen, do Tribunal Superior do Trabalho, ao analisar esses dispositivos, ainda quando não transformados em lei, já mencionava a existência de cinco possíveis inconstitucionalidades: a) contradição intrínseca entre a norma constitucional que não limita o valor da indenização e a norma legal que impõe valor máximo a título de dano moral; b) a tarificação em valor quase vil do montante máximo da indenização; c) a fixação de um valor máximo a título de indenização por dano moral, olvidando de um valor mínimo; d) por negar aplicação ao princípio constitucional da máxima efetividade das normas constitucionais; e) vulneração do princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal”.⁴⁰⁶

Dois aspectos relevantes, e objeto de críticas, mereceram uma explicação de Marlos Augusto Melek. A primeira, explicitando a possível edição de Medida Provisória, alterando o critério da nova lei de “salários contratuais” para a base de cálculo proporcional a “tetos da Previdência Social”. A segunda, sobre o evento “morte”, que estaria sendo excluído da parametrização máxima estabelecida no texto da lei.⁴⁰⁷

Verifica-se, pela exposição de aspectos importantes relacionados à reforma trabalhista, que não se pode, ainda, no Brasil, falar em previsibilidade e segurança jurídica, pelo menos quanto a essa temática.

⁴⁰³ LIMA; LIMA, p. 53.

⁴⁰⁴ SILVA, 2017, p. 207.

⁴⁰⁵ LIMA; LIMA, p. 52.

⁴⁰⁶ DALAZEN, João Oreste. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 138-139.

⁴⁰⁷ MELEK, 2017, p. 195.

1.4.4 Indenização por dano existencial

O tema do dano existencial é de recente acolhimento em nosso país. O trabalho da Professora Flaviana Rampazzo Soares, resultante de dissertação de mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, com posterior publicação em livro, propiciou criteriosa análise para os estudiosos do assunto.⁴⁰⁸

Incentivado por essa monografia, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região lançou uma Revista Eletrônica especialmente sobre o dano existencial, com artigos, acórdãos, ementas, sentenças nacionais, bem como acórdãos do Tribunal da Relação do Porto-Portugal, e sinopse da obra dessa Professora.⁴⁰⁹

Para que a análise do significado, alcance e aplicação do dano existencial possa ser realizada, necessário, primeiro, examinar-se seu conceito:

o dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.⁴¹⁰

Esse novo conceito de dano, também chamado de *dano ao projeto de vida*, ou *dano à existência da pessoa*, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, e que causa “uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa ocorrer”.⁴¹¹

O projeto de vida, que se considera o destino escolhido pela pessoa, vale dizer, o que decidiu fazer com a sua vida, pode, em algum momento, ser frustrado. O dano existencial caracteriza-se exatamente pelo “fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro”.⁴¹²

⁴⁰⁸ SOARES, 2009, 160 p.

⁴⁰⁹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Revista Eletrônica**. Dano existencial. v. 2, nº 22, set. 2013. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁴¹⁰ SOARES, 2009, p. 44.

⁴¹¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v., 6, nº 24, p. 68, out./dez. 2005.

⁴¹² BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) - breves

Colocadas essas premissas, é o momento de indagar-se: o dano moral absorve o dano existencial, isto é, são considerados em uma só espécie de indenização?

Parte da doutrina alinha-se em posição negativa quanto à viabilidade de existência autônoma do dano existencial, propugnando pelo reconhecimento dessa indenização juntamente com o dano moral. Nesse sentido, manifesta-se José Affonso Dallegrave Neto, asseverando que, a despeito de sua autonomia conceitual, o dano existencial enquadra-se no conceito de dano moral, “na medida em que é ofensivo ao direito geral de personalidade e, algumas vezes, estará dentro do conceito de dano material, máxime quando o dano daí decorrente for suscetível de valoração econômica”.⁴¹³ Também assim manifesta-se Renato de Almeida Muçouçah, dizendo que “no âmbito do direito positivo brasileiro, o dano existencial, como espécie de dano não patrimonial, é cuidado como dano moral”.⁴¹⁴

Em sentido contrário manifestam-se outros autores igualmente destacados. Para Flaviana Rampazzo Soares o dano moral pertence à esfera interior da pessoa, diferindo do dano existencial, que se caracteriza em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima, vale dizer, “em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.)”.⁴¹⁵ Considera essa autora que a jurisprudência no Brasil reconhece o dano existencial, apesar da frequente e incorreta classificação como dano moral.⁴¹⁶ Nesse sentido, o dano existencial existiria como espécie autônoma do gênero *danos imateriais*, apresentando “contornos conceituais distintos e próprios”.⁴¹⁷

Outros autores também ressaltam a distinção entre o dano existencial e o dano moral. Para Ilse Marcelina Bernardi Lora, enquanto o dano moral afeta negativamente o ânimo da pessoa, estando relacionado a um sentimento, o dano existencial configura “um não mais poder fazer, um dever de mudar a rotina”, vale dizer “frustra projeto de vida da pessoa, prejudicando seu bem-estar e sua felicidade”.⁴¹⁸ A distinção, segundo Lorena de Mello Rezende

considerações. **Revista LTr**, v. 73, nº 1, p. 28, jan. 2009.

⁴¹³ DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 179.

⁴¹⁴ MUÇOUÇAH, 2014, p. 168.

⁴¹⁵ SOARES, 2009, p. 99.

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 153.

⁴¹⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 10-25). p. 21. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Colnago, se configuraria, entre ambas as figuras (dano existencial e dano moral), na medida em que o dano existencial atinge um aspecto público do indivíduo, isto é, “sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa”.⁴¹⁹

Também Júlio César Bebber considera que o dano existencial independe de repercussão financeira ou econômica e não diz respeito à esfera íntima do ofendido (dor e sofrimento, características do dano moral). Segundo esse autor, trata-se de um dano que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização do trabalhador (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade).⁴²⁰

Alguns exemplos de dano existencial podem ser mencionados, especialmente na área do Direito do Trabalho, onde sua incidência, sem dúvida, é mais frequente: a) assédio moral ou sexual, que implique transtornos psicológicos ou fobias; b) trabalho extenuante, que cause deformação física que afete não só a capacidade profissional, mas iniba o seu projeto de vida idealizado; c) ambiente de trabalho degradante ou insalubre que comprometa a saúde do empregado; d) submissão a permanente e desgastante regime de sobreaviso; e) não concessão de férias durante longos anos; f) não concessão frequente dos repousos semanais remunerados em domingos; g) realização habitual de quantidade excessiva de horas extras com jornada acima do limite de dez horas.⁴²¹

Há estudos que mencionam o assédio moral por excesso de trabalho como dano existencial. Nessa hipótese, há tanta gravidade “que atinge até a integridade física do trabalhador, colocando sua vida em risco”.⁴²² Caracteriza-se, nessa situação, um tipo de dano que cerceia a convivência social e familiar, impedindo o trabalhador de exercer outras atividades, “conceituado pela jurisprudência como dano existencial, pela perda de um projeto de vida”.⁴²³

O assédio moral pode causar dano moral, dano material e dano existencial? E essas três figuras de indenização são acumuláveis no direito brasileiro?

No Direito do Trabalho, segundo Ilse Marcelino Bernardi Lora, o assédio moral, além de causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento da capacidade laboral (dano material), “pode ensejar sofrimento, angústia,

⁴¹⁹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial e a jornada de trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 52-61). p. 57. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁴²⁰ BEBBER, 2009, p. 30.

⁴²¹ DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 181.

⁴²² SILVA; WOLOWSKI, 2016, p. 568.

⁴²³ Idem.

abatimento (dano moral) e também prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial)".⁴²⁴

Quando são afetadas as atividades realizadoras do trabalhador, em virtude do dano à sua saúde física ou mental, que se deu pelo excesso de trabalho, “poderá haver a fixação de forma cumulada tanto do dano moral quanto do dano existencial”.⁴²⁵ Essa possibilidade de acumulação, reconhecendo-se o dano existencial ao lado do dano moral, “revela-se imprescindível para a completa reparação do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa”.⁴²⁶

Consoante entendimento da Professora Teresa Ancona Lopez, “o dano existencial é uma espécie de lesão extrapatrimonial, fundada no princípio da dignidade humana, que ora tem tratamento de dano moral, ora tem tratamento autônomo”.⁴²⁷ Consigna, entretanto, referida professora, a diferença: “o dano moral baseia-se no sentimento da pessoa, no psíquico; a lesão existencial é externa, consistindo no fato da vítima não mais poder seguir sua rotina”.⁴²⁸

Em decisão unânime, a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão que foi Relator o Ministro Vieira de Mello, concluiu pela diferença entre o dano existencial e o dano moral: “o primeiro é um conceito jurídico oriundo do Direito Civil italiano e relativamente recente, que pretende uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral”.⁴²⁹ Nessa situação, os danos refletem-se não apenas no âmbito moral e físico, comprometendo, também, as relações com terceiros. O conceito de dano existencial, na doutrina trabalhista, tem sido aplicado às relações de trabalho “no caso de violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou morais, danos ao seu projeto de vida ou à chamada vida de relações”.⁴³⁰ O caso concreto

⁴²⁴ LORA, 2013, p. 21.

⁴²⁵ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 26-51). p. 44. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁴²⁶ ALMEIDA NETO, 2005, p. 68.

⁴²⁷ RODAS, Sérgio. Seminário na Faculdade de Direito da USP debate danos existencial e moral. **Consultor Jurídico**. 26.06.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/seminario-direito-usp-debate-danos-existencial-moral>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴²⁸ Consultor Jurídico, 2015.

⁴²⁹ CORREIA, Márcio. Turma afirma necessidade de comprovação de dano existencial para deferimento de indenização a trabalhador. **Notícias do TST**. 04.09.2015. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴³⁰ CORREIA, 2015.

tratava da condenação ao pagamento de indenização por dano existencial a um entregador de jornal, que trabalhava em sobrejornada, realizando cerca de 70 (setenta) horas extraordinárias semanais. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), considerando as situações que compõem o conjunto de necessidade básicas do ser humano, entendeu comprovado o excesso de trabalho, o que cerceou a possibilidade de o empregado conviver com seus familiares, interagir socialmente e realizar atividades destinadas ao lazer ou ao aprimoramento cultural. O acórdão do TST ressaltou que uma mesma situação pode gerar, em tese, duas formas de lesão; asseverou, no entanto, que os pressupostos e a demonstração probatória de cada uma são independentes. Entendeu o julgador, no caso em análise, que, embora tenha ficado provada a sobrejornada, não houve demonstração ou indício de que isso tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou o seu projeto de vida, o que era o fato constitutivo do seu direito. Por fim, diz o acórdão, não se pode admitir que “comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte”.⁴³¹

Com essa mesma compreensão, sobre a necessidade de prova, afirma-se que “o lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como a sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa”.⁴³² Enfatiza-se essa questão, asseverando-se que, ao autor da ação, sempre, incumbe indicar, na petição inicial, todos os elementos e circunstâncias incidentes e necessários à exata compreensão do ocorrido. Exige-se, também, “a indicação precisa e o mais completa possível dos danos experimentados (inclusive da chance perdida, conforme o caso), para auxiliar na compreensão da controvérsia pelo julgador e viabilizar a defesa do réu”.⁴³³

Essas são as principais orientações, de forma sintética, que permitem admitir a figura autônoma do dano existencial no Direito brasileiro, especialmente no ramo trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um importante mecanismo, para impedir a ocorrência do assédio moral, ou impedir sua repetição, é a tutela inibitória. Antes prevista no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 e agora no Novo Código de 2015 (art. 497 e parágrafo único), a tutela inibitória não tem, entre os seus pressupostos,

⁴³¹ Idem.

⁴³² SOARES, 2015, p. 145-146.

⁴³³ Idem.

o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ato ilícito, ou sua repetição, ou continuação, demonstrando-se a imputação desse comportamento a alguém.

Existem precedentes no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o assédio moral no serviço público como ato de improbidade.

A projeção do assédio moral como possibilidade de tipificar crime ainda merecerá aprofundados estudos. Parece, no entanto, que a tipificação do assédio sexual como crime não reduziu a ocorrência em concreto desse tipo de abuso. O ideal seria a existência de uma norma, de âmbito federal, inserida na CLT, combatendo o assédio moral. De qualquer modo, ainda que ausente legislação a respeito, no âmbito das relações de trabalho, as negociações coletivas (Convenções e Acordos Coletivos) podem ser instrumentos eficazes para conceituar o assédio moral, estabelecendo medidas preventivas e repressivas a respeito.

Quatro medidas reparatórias podem ser identificadas, relativamente à prática do assédio moral. A primeira é a rescisão indireta do contrato de trabalho por falta grave patronal (art. 483 da CLT), ou por justa causa do empregado, quando este for o assediador (art. 482, CLT). A segunda possibilidade verifica-se na indenização por danos materiais, quando o assédio moral provocar lesão de ordem patrimonial, incluindo-se despesas com tratamento de saúde, redução dos ganhos, perda de promoção, desemprego e outros prejuízos econômicos. A terceira possibilidade está contida na indenização por danos morais (e/ou psicológico-psíquicos), levando-se em conta uma compensação pelo dano que o assediado sofrer (caráter indenizatório), e uma punição que faça com que a empresa seja atingida em seu aspecto financeiro, de maneira a ter interesse em tomar atitudes concretas para que os casos de assédio não se repitam. A quarta possibilidade destina-se a verificar a ocorrência do dano existencial, que aconteceria pela frustração ou uma projeção que impede a realização do trabalhador, com perda da qualidade de vida.

Discute-se se o dano existencial deve ser considerado junto com o dano moral ou se tem existência autônoma. Pode-se dizer que, enquanto o dano moral baseia-se no sentimento da pessoa, no psíquico, o dano existencial tem verificação externa, consistindo no fato de a vítima não mais poder seguir sua rotina de vida. Considera-se indispensável, para o reconhecimento do dano existencial, a prova de que o assédio moral tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou o seu projeto de vida.

Os arts. 223-A a 223-G, do Título II-A, denominado “Do Dano Extrapatrimonial”, introduzidos na CLT pela Lei nº 13.467/2017, sofreram questionamentos, que podem assim ser sintetizados: a) as figuras do dano moral e do dano existencial estão contempladas nos arts. 223-B e 223-C?;

b) a titularidade exclusiva prevista no art. 223-B afasta a configuração do dano moral coletivo e do evento morte?; c) quanto à graduação dos valores fixados a título de indenização, há inconstitucionalidade a ser reconhecida, entre outras, por violação do princípio da isonomia do art. 5º, *caput*, da CF/88?

Como se pode deduzir, e este texto procurou aprofundar-se nisso, há muitas dúvidas pendentes, que só o tempo, e as decisões judiciais, poderão esclarecer e harmonizar, para uma adequação entre o que a lei diz e os fatos da vida revelam. Em outras palavras, o Direito não é apenas o que o legislador quer que ele seja, mas aquilo que se transforma em Justiça com a depuração do Tempo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, nº 24, p. 68, out./dez. 2005.
- Assédio moral no serviço público é considerado improbidade. **Consultor Jurídico**. 19.11.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-11/stj-assedio-moral-servico-publico-considerado-ato-improbidade>. Acesso em: 13 jun. 2017.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) - breves considerações. **Revista LTr**, v. 73, nº 1, p. 28, jan. 2009.
- BERALDO, Marllon. **Assédio moral e sua criminalização**. São Paulo: LTr, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 26-51). p. 44. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- BRASIL**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.
- BRASIL**. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 04 set. 2017.
- BRASIL**. Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.
- BRASIL**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.
- BRASIL**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.
- BRASIL**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.
- BRASIL**. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.
- BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 14 jun. 2017.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; SILVA, Leda Maria Messias da; MACHADO, Isadora Vier. **Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização**. Curitiba: JM Livraria Jurídica e Editora, 2013.
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial e a jornada de trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 52-61). p. 57. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- CORREIA, Márcio. Turma afirma necessidade de comprovação de dano existencial para

- deferimento de indenização a trabalhador. **Notícias do TST**. 04.09.2015. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador. Acesso em: 15 jun. 2017.
- DALAZEN, João Oreste. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.
- GIZZI, Jane Salvador de Bueno; MENDONÇA, Ricardo Nunes de. Assédio moral organizacional - fator de poluição ambiental - tutela inibitória e tutela de remoção de ilícito. In ALLAN, Nasser Ahmad; GIZZI, Jane Salvador de Bueno; COZERO, Paula Talita (Org.). **Assédio moral organizacional**: as vítimas dos métodos de gestão nos bancos. Bauru: Canal 6, 2015. p. 75-95.
- LEÃO XIII. **Resum Novarum**. Tradução de Manuel Alves da Silva, S.J. 10. ed. São Paulo: Paulinas, 1965.
- LEIRIA, Maria de Lourdes. **Assédio sexual laboral, agente causador de doenças do trabalho**: reflexos na saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2012.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Domingues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.
- LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**: da prática do assédio sexual e assédio moral nas relações de trabalho - como requerer indenização por danos morais e materiais nos tribunais. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v. 2, nº 22, set. 2013. (p. 10-25). p. 21. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. A tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: RT, 2015.
- MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista: O que mudou?**. Curitiba: Estudos Imediato, 2017.
- MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à reforma trabalhista**. Leme-SP: Habermann Editora, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 893-916.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Wrzykowski, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. 2. ed. ampl. e rev. São Paulo: LTr, 2016.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Assédio moral. **Revista TST**, Brasília, v. 73, nº 2, (p. 25-45), p. 26, abr/jun 2007.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **O assédio moral nas relações de trabalho**. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/jose-augusto-rodrigues-pinto-o-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho.html>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- RODAS, Sérgio. Seminário na Faculdade de Direito da USP debate danos existencial e moral. **Consultor Jurídico**. 26.06.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/seminario-direito-usp-debate-danos-existencial-moral>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: análise da Lei 13.467/2017 artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Leda Maria Messias; WOŁOWSKI, Matheus Ribeiro de O. O assédio moral por excesso de trabalho em face aos direitos de personalidade do empregado. **Revista LTr**, São Paulo, v. 80, nº 05, maio de 2016, p. 561-573.

SIMM, Zeno. **Acoso psíquico no ambiente de trabalho**: manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Revista Eletrônica**. Dano existencial. v. 2, nº 22, set. 2013. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22&edicao=2303>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Revista Eletrônica**. Dano moral coletivo. v. 4, n. 38, março de 2015. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=38&edicao=4048>. Acesso em: 06 set. 2017.

ACESSO À JUSTIÇA E A TRAGÉDIA DOS COMUNS

Oksandro Osdival Gonçalves⁴³⁴, Anderson Ricardo Fogaça⁴³⁵

RESUMO

O artigo enfrenta o magno tema do acesso à justiça sob o ângulo da Tragédia dos Comuns, tese inicialmente defendida por Garrett Hardin no âmbito da ecologia, mas que depois ganhou aplicação em vários outros ramos, inclusive no Direito. Demonstra o texto que se criou o paradoxo do acesso à justiça, pois ao se permitir o livre acesso ao sistema judiciário houve o seu assoreamento e, como consequência, o excesso acaba impedindo que se tenha justiça. Assim, paradoxalmente o acesso acabou criando o efeito oposto daquele que se pretendia conseguir. O texto não se contenta em apresentar apenas os problemas, mas também possíveis soluções que possam garantir a celeridade na prestação jurisdicional e uma justiça efetiva. Nas palavras de Rui Barbosa, na sua “Oração aos Moços”: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Palavras-chave: tragédia dos comuns; acesso à justiça; efetividade e eficiência; risco moral; demandas frívolas.

INTRODUÇÃO

O artigo trata de um tema ainda pouco explorado na área jurídica, a Tragédia dos Comuns, inicialmente desenvolvida sob a ótica ambiental, mas que pode ser transposta para várias situações que envolvem o uso e exploração de recursos escassos como é o caso do orçamento destinado ao Poder Judiciário.

Não existe qualquer dúvida a respeito da dimensão do assoreamento da via destinada ao acesso à justiça, questão que vem sendo detalhada através dos relatórios cada vez mais completos desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominados Justiça em Números.

⁴³⁴ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Titular da mesma instituição, Advogado. e-mail oksandro@oksandro.adv.br (oksandro.goncalves@pucpr.br);

⁴³⁵ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional, Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Juiz de Direito em 2o Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Juiz Formador credenciado pela ENFAM, exerceu a função de Juiz Auxiliar da 2a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, gestão 2019/2020, e de Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, gestão 2021/2022.

Na primeira parte o texto aborda o acesso à justiça como um direito fundamental, tripartido em três incisos do artigo 5º da Constituição Federal: (i) inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (ii) inciso LXXVIII “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; e, (iii) inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Se por um lado o acesso é garantido, de outro é preciso que o processo necessário seja célere e, caso necessário, seja acompanhado da gratuidade.

A segunda parte trata do problema do excesso ao acesso à justiça, especialmente em função dos litigantes ilegítimos, aqueles que utilizam o sistema judicial através de demandas frívolas, desnecessárias e muitas vezes sem amparo no bom direito. Assim, o excesso de acesso pode não levar à justiça, um valor fundamental para qualquer indivíduo.

A terceira parte aborda a Tragédia dos Comuns, demonstrando a sua ocorrência no âmbito da prestação jurisdicional, com o assoreamento do Poder Judiciário e a ineficácia do processo em razão do uso desmedido dos recursos escassos. Demonstra-se que o uso excessivo pode levar ao colapso da estrutura sobre a qual está assentado o princípio do acesso à justiça.

O ensaio utilizou a pesquisa bibliográfica e alguns dados disponibilizados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, de forma a desenvolver um raciocínio hipotético-dedutivo adequado ao objetivo traçado.

1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça foi enunciado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, conforme inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, praticamente reproduzindo o conteúdo da Constituição Federal de 1946, que no artigo 141, §4º, previa: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Entre as duas constituições tem-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que também previu o acesso à justiça como um direito essencial a todo ser humano.

Todavia, o acesso à justiça no âmbito constitucional não pode ser reduzido a uma declaração solene⁴³⁶ constantemente violada. Além disso, o surgimento de novos protagonistas sociais até então relegados a um segundo plano contribuiu para que o acesso à justiça fosse enfrentado de modo

⁴³⁶ A respeito: BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

a deixar de ser uma garantia solene para tornar-se uma garantia efetiva; protagonizando uma passagem da abordagem estritamente formal para uma abordagem material preocupada com a concretização, mas do que com a sua enunciação legislativa.

Um estudo protagonista nessa matéria foi o chamado “Projeto de Florença”, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴³⁷, mas que contou com a colaboração de profissionais das mais variadas áreas do conhecimento – sociólogos, economistas, cientistas políticas, antropólogos e psicólogos – de modo a conferir uma visão holística do tema, o que contribuiu para a transformação do próprio conceito de acesso à justiça.

Esse mesmo estudo propôs abordar o tema a partir da ideia de “ondas”:

- (a) Primeira onda: o cerne neste ponto foi a discussão em torno de possíveis barreiras econômicas prejudiciais ao acesso;
- (b) Segunda onda: o cerne neste ponto foi a representação em juízo dos direitos difusos; e,
- (c) Terceira onda: o cerne neste ponto foi a exequibilidade dos chamados direitos sociais.

O contexto no qual se encontra inserido o acesso à justiça passa, portanto, por no mínimo três transformações integrativas, ou seja, a terceira onda não negou as duas ondas anteriores, mas somou-se a elas. Dessa forma, torna-se um valor básico do ordenamento jurídico brasileiro, uma “expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzidos a direitos (posições subjetivas) individuais”.⁴³⁸

De forma complementar, o legislador constitucional aprovou em 2004, através da Emenda Constitucional n. 45, a inclusão do inciso LXXVIII que trata do tempo no processo, enunciando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, o acesso à justiça ganha um novo contorno que passa a preocupar-se não somente com a exclusão do acesso, mas também com duração do processo. A celeridade passa a acompanhar o acesso à justiça, ambos elevados à valores constitucionais da comunidade brasileira.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional passa a ser, então, uma forma de violação dos direitos fundamentais do cidadão, atraindo para

⁴³⁷ No Brasil a obra foi publicada e assim ficou conhecida: CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9.ed. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 108.

o Poder Judiciário uma obrigação que já não se resume mais à garantia do acesso à justiça por meio da supressão ou mitigação de possíveis barreiras econômicas, mas que passa a estender-se para um momento subsequente, o da efetividade.

Assim, não basta garantir o acesso à justiça, é preciso que haja efetividade, que o processo seja célere, que a entrega da prestação jurisdicional seja rápida e que a morosidade seja reduzida.

Neste sentido, cumpre destacar o acórdão lavrado pela Ministra Rosa Weber quando apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC) em que se discutia a autonomia administrativa, financeira e funcional da Defensoria Pública, ocasião em que se reafirmou que o acesso à justiça é um “direito fundamental e elemento estruturante do Estado de Direito”, concluindo pelo repasse obrigatório de verbas para manutenção do sistema de assistência judiciária:

(...) 2. Os direitos fundamentais processuais, percebidos e reconhecidos como categoria jurídica, representam não apenas um mínimo essencial para a defesa dos cidadãos frente a atuação do poder estatal, apresentado pelo Poder Judiciário, mas, antes, um conjunto permanente e imutável de direitos de um sistema civilizado de administração da justiça. 3. O acesso à justiça deve ser reconhecido como um direito efetivo, e não uma mera perspectiva teórica e abstrata. É certo, contudo, que barreiras há a dificultar, quando não a obstaculizar, o acesso efetivo e adequado ao sistema de justiça geral. Essas barreiras consistem em problemas sociais, estruturais, econômicos e mesmo jurídicos, na medida em que o direito de acesso ao judiciário implica custos financeiros, culturais e sociais. 4. A reivindicação dos direitos, notadamente das pessoas hipossuficientes do ponto de vista social e financeiro, é tarefa que compõe o direito de acesso à justiça, o qual é categorizado como o direito aos direitos, e o desenho da administração da justiça. Sem o adequado conhecimento dos direitos e sem estruturas e técnicas processuais adequadas, os direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, são quimeras e abstrações, destituídas de significado jurídico e normativo. 5. O papel de garantia da assistência judiciária de qualidade técnica e, por conseguinte, da tutela do direito de acesso à justiça (em concepção ampla), que envolve os direitos fundamentais processuais e os meios adequados para a reivindicação dos direitos, é desempenhado, na ordem constitucional brasileira, pela figura da Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. 6. A ordem constitucional brasileira previu a figura da instituição da Defensoria Pública como medida necessária e indispensável para o incremento

da realização do direito de acesso à justiça. O papel da Defensoria Pública, enquanto órgão de Estado essencial para o funcionamento da justiça, foi decidido por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.903. 7. O art. 168 da Constituição Federal (Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º), pretendeu resguardar a higidez do orçamento destinado às Defensorias Públicas, por meio da técnica do repasse obrigatório dos recursos por duodécimos. Técnica responsável por garantir a efetividade do princípio da independência funcional e financeira dessa instituição. Precedentes – ADPF 384 e ADPF 339-PI. 8. O desenho de autonomia financeira é voltado para a proteção da interferência indevida do Chefe do Poder Executivo em outros Poderes e órgãos (ou instituições) de Estado. O argumento de contingenciamento de gastos públicos não pode ser usado como instrumento de barganha política contra outros poderes e instituições, sob pena de deturpação e captura do Estado de Direito. 9. O afastamento da incidência da regra plasmada no art. 168 da Lei Maior, bem como dos precedentes judiciais afirmados, pode ocorrer quando presente causa excepcional. Tal exceção consiste na hipótese de frustração de receita líquida arrecadada pelo ente federado, de modo a impossibilitar o cumprimento das obrigações financeiras e orçamentárias. Não comprovação no caso. 10. Acordo extrajudicial formulado. Objeto consistente nos valores retidos dos duodécimos relativos aos exercícios financeiros de 2017 e 2018. Disposições patrimoniais. Cumprimento do acordo com o pagamento das parcelas vencidas. Perda de objeto superveniente quanto ao pedido. 11. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (STF - ADPF: 504 MT, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 20/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/11/2020)

Embora reconhecido o caráter estruturante do acesso à justiça para o Estado Democrático de Direito, os sucessivos relatórios denominados “Justiça em Números” apontam em sentido oposto ao da norma constitucional, pois se de um lado os números expressivos parecem denotar que o acesso à justiça sob a perspectiva da entrada tem sido satisfatório, pelo lado da saída (aqui entendida como a fase em que a prestação jurisdicional é entregue às partes) denota-se o oposto, com elevadas taxas de congestionamento e um grande heterogeneidade entre os Tribunais Estaduais, tornando esse direito

fundamental algo vinculado à sorte, sem guardar relação com o direito constitucional fundamental, mas com o acaso e a incerteza. Do mencionado relatório destaca-se o trecho relacionado ao tema do artigo:

5.1.1 ACESSO À JUSTIÇA Esta seção trata da demanda da população pelos serviços da justiça e das concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais. Em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2021, conforme Figura 61. Houve aumento em 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em 2021, em relação a 2020. Nesse indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas. Os mesmos dados por tribunal podem ser visualizados na Figura 63. O estado de Minas Gerais, apesar de figurar como tribunal de grande porte em todos os segmentos (TJMG, TRT3 e TRE- -MG), é, entre os de grande porte, o que apresenta a menor demanda por habitante, salvo no caso do TRE-MG, que figura em quarta posição. Na Justiça Estadual, é curioso observar que a maior e a menor demanda por habitante se situa na Região Norte, sendo o TJRO (15.972) o mais demandado, e o TJPA (3.169) o menos demandado. Na Justiça trabalhista, os índices variam de 501 (TRT16) a 1.905 (TRT2). Na Justiça Federal, o único com demanda acima do patamar de 2.500 casos por cem mil habitantes é o TRF da 4ª Região, que abrange os estados da Região Sul do País. A Figura 62 relaciona os processos arquivados e que tiveram concessão de assistência judiciária gratuita com o número de habitantes. Verifica-se uma diminuição na série histórica em 2020, com manutenção do patamar alcançado em 2021, chegando-se a 2.197 arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes. Os números ainda estão afastados da série histórica quando se compara com o período anterior à pandemia. As informações por tribunal constam na Figura 64.⁴³⁹

O mesmo estudo concluiu que houve, em 2022, um aumento de 2,3 pontos percentuais no número de casos de concessão de assistência judiciária gratuita em relação ao ano de 2021. Por outro lado, o relatório enfatiza o uso de ferramentas para a “justiça digital”, sob a perspectiva de um programa denominado “Justiça 4.0”, que busca a transformação digital e a atuação inovadora no âmbito do Poder Judiciário voltada ao acesso à justiça.⁴⁴⁰

⁴³⁹ BRASIL. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Consultado em 26 de junho de 2023.

⁴⁴⁰ BRASIL. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>, p. 15. Ainda sobre o tema “Justiça 4.0”, destaca-se o conteúdo da p. 19 do relatório: “O Programa Justiça 4.0: inovação e efetividade na realização da Justiça para todos tem como finalidade promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial.

Em certa medida, é o reconhecimento de que o problema atual que circunda o acesso à justiça não se encontra mais posicionado na entrada, mas na saída, pois, o que se busca é acessar à justiça e não apenas o processo. De fato, não é possível confundir acesso à justiça com o simples acesso ao processo. É preciso compreender que o processo é o meio, mas que o resultado que se busca é a justiça. Desse modo, busca-se resgatar a ideia central que ensejou a construção do princípio, qual seja, o de que a despeito de qualquer obstáculo o que se deve garantir ao cidadão é justiça célere.⁴⁴¹

Portanto, neste ponto é possível concluir que existe uma preocupação com a nova dimensão do princípio do acesso à justiça, qual seja, a da celeridade, que é tão importante quanto o acesso em si, por tornar concreto um direito até então entregue à simples solenidade e assim garantir a efetividade desse direito fundamental ao cidadão.

2 O EXCESSO DE ACESSO À JUSTIÇA

A lógica em torno da construção do princípio do acesso à justiça partiu da retirada das barreiras econômicas para ingresso no sistema judicial, estabelecendo-se a possibilidade do chamado “custo zero” para a propositura de qualquer demanda. Criaram-se as figuras da gratuidade de justiça, da assistência judiciária e da assistência jurídica, fruto de outra dimensão do acesso à justiça também contemplada constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Cumpra diferenciá-las:

A assistência judiciária consiste no patrocínio da causa por advogados, sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou

É um catalizador da transformação digital que visa a transformar a justiça em um serviço (segundo o conceito de justice as a service), aproximando ainda mais esse Poder das necessidades dos(as) cidadãos(as) e ampliando o acesso à justiça. As inovações tecnológicas têm como propósito dar celeridade à prestação jurisdicional e reduzir despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público. Essa iniciativa promoveu um rol de serviços judiciais de fomento à transformação digital, medidas que foram adotadas pelo Poder Judiciário em um ritmo acelerado durante a pandemia do novo coronavírus.” Consultado em 26 de junho de 2023.

⁴⁴¹ Sobre o tema, indicam-se: WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. S. Paulo: Saraiva, 1996, p. 20. OLIVEIRA, Rogério Nunes. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 73. OLIVEIRA, Rogério Nunes. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644, p. 641.

mesmo particulares atuando pro bono [...] sendo contemplado com a liberação dos pagamentos que normalmente o onerariam caso precisasse pagar pela representação. Coerente com a desejada ampliação de acesso à justiça, a Constituição Federal passou a prever, a partir de 1988 no art. 5.º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo constitucional aumenta o espectro de ferramentas aos necessitados: a assistência jurídica integral e gratuita implica não só na possibilidade de atuação em juízo, mas também na concessão de consultas para a regularização jurídica do indivíduo e no fornecimento de informações e documentos, dentre outras medidas que se possam revelar necessárias.[...] A *justiça gratuita*, por sua vez, pode ser compreendida como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal [...] Assim, em síntese: (i) *assistência jurídica* é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; (ii) *assistência judiciária* é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e (iii) *justiça gratuita* é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado).⁴⁴²

Inicialmente, não existe direito a “custo zero”. A todo direito corresponde um conjunto de custos que deve ser observado para garantir a eficiência do instituto que se pretende implementar e proteger. No caso da assistência judiciária, o custo está alocado no Estado que deve reservar verba suficientemente capaz de garantir o patrocínio das causas. Esse conjunto de recursos tem como fonte primária a arrecadação tributária que, ao ser destinada para essa finalidade, retira de outras possíveis destinações igualmente relevantes tais recursos, configurando um custo de oportunidade, ou seja, o custo que se incorre quando se faz uma opção diante de recursos escassos.

Com efeito, na consecução de direitos os recursos disponíveis não são infinitos, mas escassos, e a escolha por direcionar tais recursos para uma determinada finalidade, ainda que acobertada pelo manto dos direitos fundamentais, não é capaz de ocultar o fato de que aquele direito – no caso, o acesso à justiça – possui um custo.⁴⁴³

Segundo dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, o orçamento do Poder Judiciário para o ano de 2023 foi proposto em R\$ 59,7 bilhões de reais,

⁴⁴² TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. Gratuidade da Justiça no Nova CPC. **Revista de Processo** | v. 236/2014 | 2014. DTR\2014\10502, p.3.

⁴⁴³ Recomenda-se a leitura de: GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

destacando-se que 84,94% do orçamento destina-se a despesas obrigatórias com maior representatividade da folha de pessoal e benefícios, restando 15,06% para alocação em outras finalidades.⁴⁴⁴

Ainda que o orçamento seja relevante, o fato é que são recursos escassos que devem ser aplicados para garantir não somente o acesso pela via da entrada de um processo, mas, principalmente, garantir a integralidade da dimensão do princípio, ou seja, o acesso à justiça e não simplesmente ao processo.

Uma das dimensões do problema do acesso à justiça, portanto, reside no gerenciamento de recursos escassos. Todavia, ela não é única, porque o problema é multifacetado. Outra dimensão do problema reside no excesso do acesso à justiça.

A partir do momento que se permite o ingresso com qualquer tipo de demanda a custo baixo, a tendência é o aumento da judicialização e uma super utilização do acesso, neste ponto, visto como um bem público. De fato, para melhor estudar o problema é possível delimitar que se está diante de um mercado que, por sua vez, está sujeito às chamadas falhas de mercado, neste momento conceituadas como aquelas “situações em que a atuação em busca de seu puro auto interesse leva a resultados não eficientes”.⁴⁴⁵

O segundo ponto a destacar é o fato de que estamos diante de um bem público, entendido como um bem em que não há rivalidade de consumo, ou seja, a utilização das estruturas do Poder Judiciário por qualquer litigante não exclui da utilização outros litigantes. Trata-se de um bem não excludente em que não é possível excluir os beneficiários não pagantes que consomem aquele bem. Não é possível deixar de ver o acesso à justiça como o acesso a um tipo especial de bem que é a prestação jurisdicional.

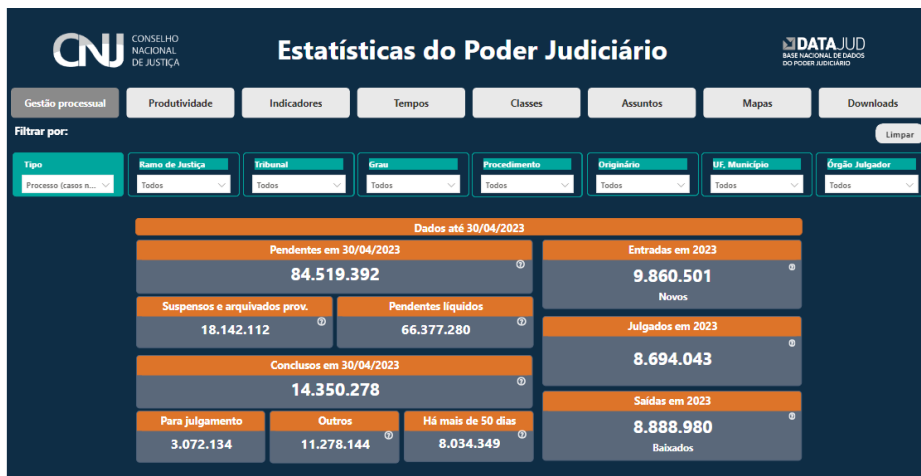
Na prática, todos os dias milhares de novas medidas judiciais são ajuizadas por litigantes pagantes e não pagantes, não sendo possível promover a exclusão dos não pagantes porque estamos diante de um bem público, tal como uma praça que pode ser acessada por qualquer cidadão independentemente de ele recolher ou não os tributos que são a fonte de recursos necessários à sua manutenção.

A esse conjunto soma-se o fenômeno do *free-rider*, ou seja, como (i) existem litigantes pagantes e não pagantes; (ii) os tributos possuem caráter universal; (iii) alguns pagam e outros não pagam, ou pagam menos tributos; existem usuários consumindo o bem ‘acesso à justiça’ a custos baixos, o que estimula o aumento da judicialização de casos banais, irrelevantes ou frívolos.

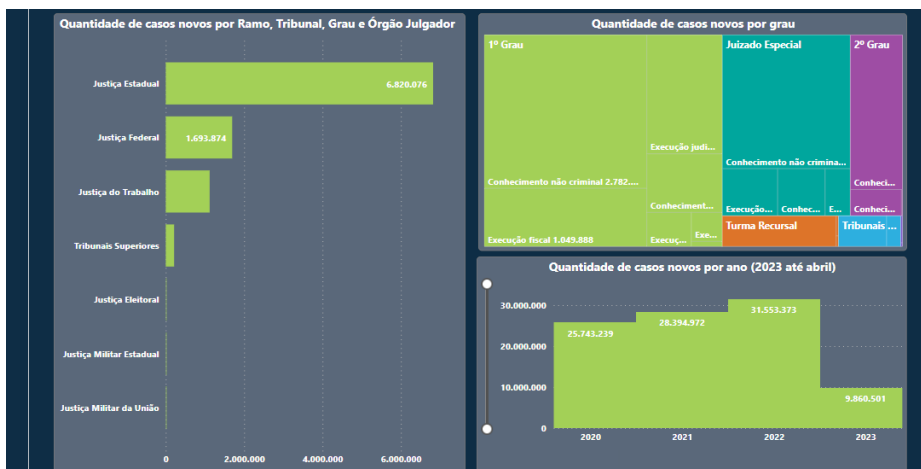
⁴⁴⁴ <https://www.cnj.jus.br/proposta-orcamentaria-do-poder-judiciario-para-2023-e-aprovada-pelo-cnj>. Consultado em 30 de junho de 2023.

⁴⁴⁵ PORTO, Antonio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 67.

Para dimensionar o problema é preciso recorrer aos números do CNJ – Conselho Nacional de Justiça⁴⁴⁶ para sua melhor compreensão, com dados de 30 de abril de 2023, ou seja, já desatualizados:



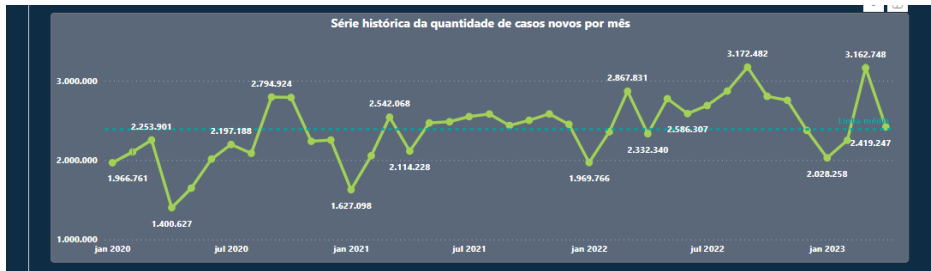
A maior concentração de casos novos⁴⁴⁷ situa-se na Justiça Estadual que é o local onde costumam desaguar a maioria das demandas do cidadão comum:



⁴⁴⁶ Fonte: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>, consultado em 30 de junho de 2023.

⁴⁴⁷ Fonte: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>, consultado em 30 de junho de 2023.

O CNJ indica um crescimento nas demandas a partir de janeiro de 2020, o que corrobora a utilidade do presente texto, afinal, o aumento de casos novos indica uma super utilização da estrutura judiciária e, conseqüentemente, pode aumentar a morosidade nos julgamentos, violando, assim, o princípio do acesso à justiça na dimensão protegida pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, que trata da celeridade da prestação jurisdicional:



A série identificada no gráfico acima demonstra que ele está muito acima da chamada linha média, indicando um grande aumento da litigiosidade.

O objetivo da menção aos dados visa anteceder o ingresso em um tema complexo e delicado, que envolve o paradoxo do acesso à justiça.

Paradoxalmente, o acesso à justiça de modo amplo e descontrolado acabou por violar ele próprio porque não é capaz de garantir o resultado útil ou a efetividade da prestação jurisdicional. Se, por um lado, todos podem acessar o mercado de litígios, alguns gozando de gratuidade ou algum tipo de assistência, de outro, o excesso de consumo desse importante bem público leva à super utilização e, conseqüentemente, à inefetividade.⁴⁴⁸ Dessa forma, em parte é preciso tocar no processo de restrição ao acesso à justiça em alguma medida, porque o sistema, tal como posto atualmente, não é sustentável:

Nesse contexto, não dá mais para se defender o direito de ação de forma ilimitada ou se considerar absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXV) e, com isto, deixar-se de atentar para os efeitos deletérios que a ausência de restrições – sobretudo riscos – no acesso ao Poder Judiciário provoca. Assim, da mesma forma como a sociedade aprova medidas destinadas a evitar o desperdício em relação a recursos naturais (água, por exemplo), está na hora

⁴⁴⁸ Vide a respeito, tratando da intensa judicialização em torno do fornecimento de medicamentos: BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 4.

de se pensar em ações concretas visando ao uso racional dos serviços jurisdicionais. Desse modo, o eventual crescimento da demanda seria consequência da ampliação do acesso à justiça (entrada de novos usuários) e não da utilização intensiva e abusiva dos serviços do Judiciário pelos que já os utilizam.⁴⁴⁹

Sobre o tema, Guilherme Pignaneli destaca que a “garantia universal e irrestrita ao acesso à justiça pode levar a justiça alguma”.⁴⁵⁰ O autor não está desacompanhado neste ponto, pois é reconhecido pela doutrina que todos tem direito ao mesmo esforço estatal no julgamento dos seus casos⁴⁵¹, e que se está colocando em risco a própria razão de ser do acesso à justiça, chegando ao já mencionado paradoxo de que o acesso excessivo trabalha contra o próprio acesso.

Por esse motivo, é preciso ponderar os *trade-offs*, que são as opções que o poder público terá que fazer em função dos recursos escassos que possui. Essas escolhas importam sacrifícios que devem ser sopesados para a tomada da decisão, que implique a melhor alocação desses recursos visando garantir o acesso à justiça sob a perspectiva da efetividade, ou seja, da entrega da prestação jurisdicional e não somente o acesso sob a perspectiva de que ingressou no sistema judiciário sem ter ideia de quando poderá sair dele.

3 A TRAGÉDIA DOS COMUNS NO ACESSO À JUSTIÇA

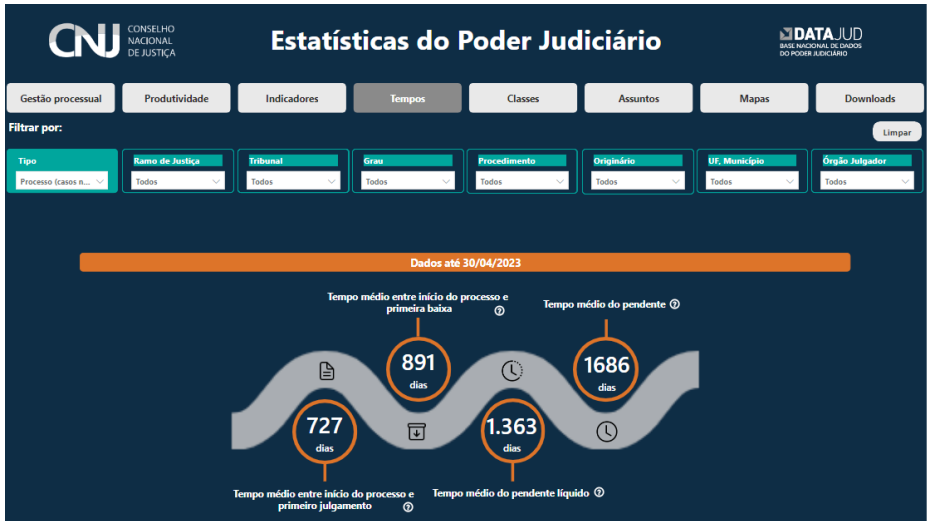
A partir das considerações anteriores, é preciso passar a enfrentar os problemas que cercam o acesso à justiça. Recorre-se, novamente, aos dados do CNJ para demonstrar que há um problema na entrega da prestação

⁴⁴⁹ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 35. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>.

⁴⁵⁰ PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47: “Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existentes, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público”.

jurisdicional, o que acaba por afrontar o direito fundamental do acesso à justiça que, a esta altura, não pode mais ser confundido com o simples acesso ao processo. O tempo médio dos processos foi assim enunciado no painel de estatísticas do CNJ:⁴⁵²



O tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento é de aproximadamente dois anos, sendo maior na Justiça Estadual – 787 dias – do que na Justiça Federal – 724 dias – e na Justiça do Trabalho – 532 dias. O tempo médio para a primeira baixa na Justiça Estadual é de 971 dias, na Justiça Federal é de 771 dias e na Justiça do Trabalho de 660 dias. Por fim, se considerado o tempo médio do pendente tem-se aproximadamente o tempo de 4,61 anos. A maior quantidade de processos novos está situada nos Juizados Especiais, segundo a mesma fonte (2.272.335, em 30.04.2023).

A primeira consideração envolve os Juizados Especiais, criados pela Lei n. 9.099/1995 para o processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade (art. 3º). Em sua estrutura existem juízes, conciliadores e juízes leigos, dependendo a estrutura do recrutamento destes últimos para a prestação jurisdicional. O rol de legitimados para utilizar a estrutura dos Juizados Especiais é bastante ampla, iniciando com as pessoas físicas, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, OSCIPs, sociedades de crédito ao microempreendedor.

⁴⁵² Fonte: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Consultado em 30 de junho de 2023.

Alguns fatores parecem contribuir para o acesso demasiadamente excessivo aos Juizados Especiais: (i) nas causas de valor até vinte salários-mínimos⁴⁵³ dispensa-se a presença de advogados; (ii) se uma das partes comparece assistida por advogado, faculta-se a outra parte ter assistência judiciária; (iii) se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, a outra parte poderá ter assistência judiciária; (iv) previsão da não dependência do pagamento de custas, taxas ou despesas, salvo na fase recursal; (v) a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, salvo em caso de má-fé ou em segundo grau, quando poderá ser condenado a pagar custas e honorários de advogado entre 10% e 20% do valor da condenação ou do valor atualizado da causa; (vi) obrigatoriedade da implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Há um grande conjunto, portanto, de fatores estimulantes da litigiosidade que justificam os elevados números de processos nos Juizados Especiais. A dispensa de advogado e a ausência de custas e despesas processuais representam dois importantes redutores dos chamados custos de transação⁴⁵⁴ para litigar, o que acaba por estimular o acesso em excesso. De fato, de modo geral são levados a conhecimento do poder jurisdicional demandas muitas vezes desnecessárias ou frívolas porque foi eliminado o risco do litígio, ou seja, no momento de ponderar os fatores o indivíduo calcula, ainda que grosseiramente, os custos e benefícios daquela decisão. Ao verificar que está dispensado de constituir advogado e de que não existem custos para o acesso (ingresso), parece razoável presumir que a decisão será a escolha por litigar, afinal, eliminaram-se os riscos do litígio para aquele litigante. Ao final do litígio, caso seja derrotado, permanecerá na mesma situação em que se encontrava antes de iniciá-lo, deixando de sofrer, portanto, qualquer ônus derivado do risco de litigar.

A ausência de condenação em custas e honorários de advogado, a famosa sucumbência, também é um importante fator estimulante da litigiosidade, porque, novamente, estamos eliminando o risco do litígio, de tal sorte que o processo de tomada de decisão não envolverá uma análise mais acurada a respeito do direito que se pretende ver discutido.

O segundo fator reside na Lei n. 1.060/1950, que estabeleceu as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, obrigando os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração,

⁴⁵³ A partir de 1º de maio de 2023 o valor do salário-mínimo passou a ser de R\$ 1.320,00 (um mil trezentos e vinte reais).

⁴⁵⁴ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, v. 7, n. 26, abril 2009, disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29727>. Acesso em: 30 de junho de 2023.

por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a oferecer acesso à justiça na dimensão postulação em juízo, o que enfatiza o aspecto de acesso ao processo, mas não à justiça propriamente dita, porque privilegia apenas o aspecto do ingresso e não o da prestação jurisdicional final que, conforme dados do CNJ acima explorados, acaba por assorear o Poder Judiciário.

Ainda no campo da concessão da assistência judiciária, consolidou-se na jurisprudência pátria a ideia de que a simples declaração de hipossuficiência é suficiente para garantir o acesso sem maiores perquirições.⁴⁵⁵ Era orientação jurisprudencial representa um importante incentivo para o litigante que pretende ingressar com uma demanda sem maiores convicções a respeito do bom direito invocado, pois basta uma declaração unilateral para lhe garantir o acesso ao mencionado direito. Novamente tem-se um caso em que os custos de transação envolvidos são módicos ou inexistentes, o que acaba por contribuir para o ajuizamento de demandas frívolas ou desnecessárias.

É importante contextualizar o fato de que a Lei n. 1.060/1950 estava inserida em um momento histórico relacionado à primeira onda do acesso à justiça, que trata das barreiras econômicas⁴⁵⁶, e no contexto da previsão contida na Constituição Federal de 1946. Historicamente, os dois dispositivos estão posicionados no contexto da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser o momento em que novos atores sociais passam a ser reconhecidos ou começam a exigir esse reconhecimento. Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser uma demanda praticamente universal.

Com a edição do Código de Processo Civil (NCPC), em 2015, parte da Lei n. 1.060/1950 foi revogada e o tema ganhou novos contornos, com intensa

⁴⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 188, decidiu que a questão da justiça gratuita tem índole infraconstitucional. Assim, compete ao Superior Tribunal de Justiça fixar as diretrizes sobre o tema. Ao se analisar algumas decisões constata-se que a simples declaração é suficiente. A decisão a seguir é bem representativa do vasto conjunto de precedentes sobre o tema: “PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no REsp: 1836136 PR 2019/0263232-1, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 04/04/2022, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2022)”. Na mesma linha, destacam-se, dentre outros: AgInt no AREsp: 1653878 SP 2020/0017568-6, AgRg nos EAREsp: 440971 RS 2013/0394356-9, AgInt no REsp: 1900902 DF 2020/0270000-3.

⁴⁵⁶ Conforme já mencionado, a divisão em “ondas” foi realizada por: CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

discussão a respeito da gratuidade da justiça. Como é possível observar, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência e a legislação tratam assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade da justiça como uma espécie de “pacote” único, até mesmo com uma equivocada sinonímia que não nos compete, neste curto espaço, enfrentar.

O NCCPC ganhou uma seção especial para o tema gratuidade da Justiça, partindo da premissa da “insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”, conforme redação do artigo 98, caput. Novamente o foco está na primeira onda, ou seja, nas barreiras econômicas que possam impedir uma pessoa natural ou jurídica de litigar.

A gratuidade também funciona como uma redutora dos custos de transação porque parte do pressuposto de que o acesso ao Poder Judiciário faz parte de um bem público, em que o consumo por uma pessoa (o litigante) não reduz o bem para outra pessoa (outro litigante). A premissa, contudo, não é verdadeira. Embora seja um bem público, o acesso em excesso ao Poder Judiciário implica redução do bem para outros litigantes porque aumentará o tempo de duração do processo legítimo. Em outros termos, uma lide frívola ou desnecessária demandará um conjunto de recursos financeiros e de pessoas igual ou maior do que aquele esforço da mesma ordem para uma lide legítima, implicando, por conseguinte, na redução da qualidade do bem público denominado aqui de acesso ao Poder Judiciário. De fato, não há muita diferença em se apreciar uma lide legítima e relevante e uma lide frívola, desnecessária e que não deveria sequer ser objeto de apreciação, pois, ao final, todos tem direito a uma decisão fundamentada, outro mandamento de origem constitucional (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

Assim, mesmo lides ilegítimas deverão ser julgadas e receberão o mesmo tratamento destinado às legítimas, posto que, não é possível encerrar o litígio senão através de uma decisão fundamentada, o que, por conseguinte, impactará sobre a efetividade do processo e da justiça.

O artigo 99 do NCCPC permite ao magistrado “indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade”, avaliação que estará sujeita à prova. Não obstante essa possibilidade, fato é que o texto legal acaba por reafirmar criticamente o instituto sob a ótica da primeira “onda”, calcada apenas nas barreiras econômicas, pois utiliza a expressão “somente poderá indeferir” que indica claramente uma restrição ao indeferimento, o que leva a julgamentos das mais variadas ordens no plano jurisprudencial.⁴⁵⁷ O mesmo artigo reafirma

⁴⁵⁷ Algumas decisões: (i) no sentido de que faixa de renda mensal não é um critério válido para apreciação da justiça gratuita: “(...) Esta Corte Superior rechaça a adoção única

novamente o instituto sob a sua ótica menos abrangente ao, no parágrafo 3º, reforçar que prevalece a presunção de insuficiência deduzida de forma simples.

Preocupante, ainda, o parágrafo 4º, do mesmo artigo, ao prever que mesmo quando fizer uso de advogado particular poderá fazer jus ao benefício da gratuidade. Esses dispositivos podem servir de verdadeiros incentivos ao litígio. Primeiramente, ao prever que o indeferimento somente poderá ocorrer se tiver elementos probatórios em sentido oposto e que a presunção é *iuris tantum*, condiciona o processo decisório inicial do magistrado que fica impedido de qualquer avaliação mais aprofundada sobre o pedido, nem mesmo um possível sinal de que há algo a se perquirir com a utilização de advogado particular serve de fundamento em razão da previsão legal. O segundo ponto reside no fato de que os próprios advogados podem estimular uma litigância frívola ou desnecessária associando-se ao risco da parte que pretende representar. Assim, ajustam que se houver êxito os honorários poderão incidir sobre o valor recebido, ao passo que se não houve êxito ambos ficam em idêntica situação.

Portanto, ao menos inicialmente o litigante que invocar o direito à gratuidade a terá concedida, postergando-se a análise probatória para

de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido". (STJ - AgInt no REsp: 1836136); (ii) no sentido de que ser empresário individual também não é critério para o indeferimento da justiça gratuita: "4. Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de Justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial. 5. Recurso especial desprovido." (STJ - REsp: 1899342 SP); (iii) enfocando o fato de que "somente poderá indeferir", tem-se: "(...) Cinge-se a controvérsia a definir se é possível ao magistrado indeferir, de plano, o pedido de gratuidade de justiça, sem a abertura de prazo para a comprovação da hipossuficiência, e, por consequência, determinar o recolhimento em dobro do preparo do recurso de apelação. 3. Hipossuficiente, na definição legal, é a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com escassez de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98, caput, do CPC/2015). 4. O pedido de gratuidade de justiça somente poderá ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício. Antes do indeferimento, o juiz deve determinar que a parte comprove a alegada hipossuficiência (art. 99, § 2º, do CPC/2015). (...)” (STJ - REsp: 1787491 SP); (iv) no sentido de que a propriedade de imóveis não impede a concessão da justiça gratuita: "(...) Declaração do imposto de renda com descrição de dois imóveis, na fração de 50%. Irrelevância. Patrimônio imobilizado, sem liquidez imediata. Precedente. Demonstrada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Benefício concedido. Decisão reformada." RECURSO PROVIDO. (TJ-PR 00709383320228160000)

um momento secundário a depender da impugnação que o outro litigante poderá fazer, conforme disposto no artigo 100 do NCPC que, acaso acolhida, poderá levar à extinção sem resolução do mérito caso descumpridas as condicionantes previstas nos artigos 101 e 102 do NCPC.

Esse risco, contudo, é bem calculado, porque remete à situação similar àquela em que o litigante estaria se não tivesse formulado o pedido, exceto pelas custas que poderão ser cobrados mediante execução fiscal que, todavia, é muito ineficiente.

A pergunta a respeito do custo dos processos⁴⁵⁸ não possui uma resposta simples, havendo controvérsia a respeito. Todavia, a Lei n. 10.522/2002 inaugurou a discussão em torno do tema ao prever, em seu artigo 20, que execuções fiscais poderão ser arquivadas se ajuizadas e sequer ajuizadas se ainda não o foram, quando o valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 20 mil reais. Esse valor denota uma avaliação em torno do nível de utilidade envolvido no processamento de uma execução fiscal em valores inferiores àquele, bem como permite estimar que somente processos acima daquele montante justificam a movimentação judiciária e da própria Procuradoria da Fazenda Nacional.

No âmbito do Estado do Paraná, o tema foi regulado pelo Decreto Estadual n. 4060/2020 que autorizou o não ajuizamento de execuções fiscais em valores ainda superiores: I - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na hipótese de créditos tributários de qualquer espécie; II - R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), na hipótese de créditos não tributários”.

Nos dois casos houve a substituição do processo judicial por outros meios como, por exemplo, a inscrição em dívida ativa e o protesto da certidão de dívida ativa. A justificativa empregada para os atos foi a observância dos critérios de eficiência administrativa, os custos de administração e de cobrança.

Como é possível observar, o problema reside no custo para o exercício do direito fundamental do acesso à justiça, franqueado tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, sejam elas de direito privado ou de direito público. Todavia, sopesando os custos e benefícios, decidiu o Estado pelo não ajuizamento, justamente porque concluiu que o nível de utilidade extraído de ajuizamentos inferiores àqueles montantes era baixo e, portanto, não compensava o custo do litígio.

Essa política pública estatal, voltada (i) ao acesso pleno com superação das barreiras econômicas e (ii) ao não ajuizamento de execuções fiscais gera, por outro lado, um problema de risco moral (*moral hazard*) que consiste,

⁴⁵⁸ Uma das primeiras discussões objetivas e com dados sobre o tema foi: BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Brasília, 2011. Fonte: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>. Consultado em 30.06.2023.

basicamente, na mudança de comportamento a partir do novo contexto verificado a partir de informações derivadas de uma lei (como as normas que desobrigam do ajuizamento de execuções fiscais, ou que tratam da gratuidade da justiça) ou da jurisprudência (quando decide favoravelmente à gratuidade em casos limítrofes).

Logo, um indivíduo pode alterar o seu comportamento ao tomar conhecimento de que o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor está dispensado, passando, a partir de então, a assumir um risco calculado de não efetuar o pagamento de certos tributos. Sob a ótica do NCPC e da gratuidade da justiça, aquele indivíduo que estava inclinado a não demandar os serviços judiciários passa a considerar seriamente a possibilidade contrária ao cogitar a possibilidade de ser dispensado do pagamento das custas e demais despesas processuais, além dos honorários de sucumbência.

Em certa medida, há também um problema de seleção adversa, porque o Estado está selecionando incorretamente aqueles que podem acessar o bem público judiciário, permitindo que lides ilegítimas sejam propostas, onerando o sistema e causando verdadeiras inundações de ações judiciais. A consequência nefasta deste modelo é a imposição de externalidades negativas aos litigantes legítimos, que tem seu direito atingido em razão de se permitir que litigantes ilegítimos acessem o sistema. Segundo este modelo, o litigante legítimo acaba por arcar com um custo superior porque aumenta-se o tempo para a solução do seu processo.

É o paradoxo do acesso, em que o excesso de acesso acaba por violar o próprio acesso à justiça. Esse paradoxo, ao extremo, poderá levar a que restem mais demandas ilegítimas do que o oposto.

A partir das considerações acima é possível concluir que estamos diante da Tragédia dos Comuns⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰ do Poder Judiciário, situação em que cada indivíduo, agindo de forma independente e levando em consideração apenas seus interesses pessoais acabam por esgotar um determinado recurso em razão do livre acesso ao sistema judiciário. Essa superexploração de recursos escassos leva ao esgotamento e ao colapso do sistema.

Eis o problema que se quer destacar no presente ensaio, o modelo atual de acesso à justiça poderá levar ao colapso estrutural do sistema

⁴⁵⁹ A respeito do tema, destaca-se inicialmente a obra de Hardin que, embora tenha uma matriz ecológica é perfeitamente aplicável à hipótese versada neste texto: *The Tragedy of the Commons* Author(s): Garrett Hardin Source: *Science, New Series*, V. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248 Published by: American Association for the Advancement of Science Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Outra autora que tratou do tema foi Elinor Ostrom, indicando-se para leitura e aprofundamento: Ostrom, Elinor, Joanna Burger, Christopher B. Field, Richard B. Norgaard e David Policansky (1999): "Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges", in "Science", v. 284, 9 de abril, pp. 278-282.

⁴⁶⁰ Uma das melhores obras a respeito: ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação**. Lisboa: Almedina, 2008.

judiciário violando, por consequência, o princípio do acesso à justiça. De fato, o princípio possui uma complexidade superior àquela limitada ao problema dos recursos financeiros que levam ao modelo de gratuidade, porque não se trata de acesso ao processo, mas à justiça, um valor muito superior que não tem sido observado na modelagem atual.

Em alguns julgados o tema começa a ganhar repercussão sob a ótica da utilização excessiva. O Supremo Tribunal Federal, apreciando regulamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo, rejeitou uma ação direta de inconstitucionalidade reconhecendo a legalidade da medida que aumentava o valor das custas em razão do valor da causa sob discussão. Destaca-se o seguinte trecho por sua aderência ao presente artigo:

(...9 4. Os serviços públicos adjudicatórios são **bens comuns** que a comunidade política brasileira decidiu tornar acessíveis a todos, independente da disposição de pagamento. Contudo, a tentativa de responsabilizar unicamente o ente federativo pela manutenção da Justiça e, por efeito, toda a população, mediante impostos, sem o devido repasse dos custos aos particulares, **levaria necessariamente a um problema de seleção adversa entre os litigantes, com sobreutilização do aparato judicial pelos usuários recorrentes do serviço**. Portanto, não incorre em inconstitucionalidade a legislação estadual que acresce a alíquota máxima das custas judiciais àqueles litigantes com causas de maior vulto econômico e provavelmente complexidade técnica. 5. (...). 6. Lei estadual não incorre em abuso ou imoderação, de modo a ofender os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, ao realizar majoração de alíquota em dois pontos percentuais, quando obedecem a parâmetros construídos administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça com intensa participação popular. Anteprojeto da “Lei Geral das Custas Judiciais”. 7. Ação direta de inconstitucionalidade a que se nega procedência. (STF - ADI: 5612 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/07/2020).

A abordagem da normativa paulista foi atacar justamente o elemento central da primeira “onda” do acesso à justiça, que foi a remoção das barreiras econômicas. Ao permitir a cobrança de custas judiciais em valor superior está impondo uma barreira econômica ao acesso, mas ressaltando que os litigantes “com causas de maior vulto econômico” devem pagar mais custas por essa razão. A decisão ainda presume que esse tipo de ação possui maior “complexidade técnica”, o que demandaria, ao menos em tese, mais esforço e tempo do magistrado para decidir o que, por outro lado, reduziria o tempo de atenção aos demais processos sob seus cuidados.

Em outras decisões, a Tragédia dos Comuns começa a ser invocada, por exemplo:

(...) Tragédia dos Comuns configurada pelo aqodamento recursal decorrente de utilização espúria de recurso que, mesmo acolhido, nenhum efeito prático produzirá. (TJ-SC - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: 50055768820208240018)

“(...) CONDUTA FIRME E ATIVA DO MAGISTRADO CONTRA O USO ABUSIVO E OPORTUNISTA DO ACESSO À JUSTIÇA. DISTINÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA AUTÊNTICO E INAUTÊNTICO. LIÇÃO DE JÚLIO CESAR MARCELLINO JR. A UTILIZAÇÃO RACIONAL E ORIENTADA PELO INTERESSE PÚBLICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DEVE COIBIR O OPORTUNISMO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA, MALICIOSA E/OU DISPERSIVA, EM QUE O FATIAMENTO BUSCA OBTER GANHOS INCOMPATÍVEIS COM A ESTRUTURA NORMATIVA. EXTINÇÃO CORRETA. AUTOVINCULAÇÃO DA PARTE AO COMPORTAMENTO PROCESSUAL. DO CONTRÁRIO, OPERA-SE A ‘TRAGÉDIA DOS COMUNS’ (LIÇÃO DE GARRETT HARDIN E DE JOSÉ EVERTON DA SILVA). EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJ-SC 50052096720218240135)

Nessa mesma linha é possível salientar o importante papel desempenhado pelos honorários de sucumbência, que podem variar entre dez e vinte por cento, como regra, excepcionada a questão da Fazenda Pública (art. 85, NCPC). A fixação de honorários sucumbenciais é um desestímulo às demandas ilegítimas, porque esse tipo de litigante é obrigado a avaliar o risco da decisão de litigar, pois se trata de um custo relevante. Assim, no processo de tomada de decisão ele deve considerar o risco do litígio e pode, então, por entender que seu direito não é suficientemente consistente, optar por não litigar. Em sentido semelhante, destaca-se:

“Como o Direito Processual pode evitar as demandas frívolas? O principal mecanismo para esse desiderato é a transferência dos custos da litigância para a parte que restar perdedora. Assim, a um só tempo, é estimulado o ajuizamento de demandas de valor esperado positivo e também desestimulado o ajuizamento das ações frívolas. Em passagem anterior desta obra, já se explicou por que a regra inglesa, que determina o ressarcimento dos custos de litigância ao vencedor, desestimula ações judiciais quando o otimismo do autor está abaixo de certo patamar, ao passo que estimula ações quando o otimismo excede esse ponto. Sob a perspectiva da economia comportamental, a possibilidade de que o autor tenha de ressarcir os custos de litigância do adversário atrai o fenômeno da aversão a perdas, o elemento da teoria dos prospectos segundo o qual, a partir de um mesmo ponto de referência, perdas geram experiências mais significativas que ganhos equivalentes. A excessiva expansão da gratuidade de justiça, assim, constitui fator essencial para o estímulo ao ajuizamento de demandas frívolas.”

Por mais que o tema seja delicado, é preciso repensar o modelo de acesso à justiça a partir de uma nova percepção, segundo a qual acesso não pode ser apenas entrada. É preciso repensar o modelo para compatibilizar com o princípio da celeridade da prestação jurisdicional. Pensar no acesso como entrada e negar a rapidez na solução implica violar o princípio do acesso à justiça que se pretende proteger.

CONCLUSÕES

O modelo proposto pela “Tragédia dos Comuns” é perfeitamente aplicável à denominada “crise do Poder Judiciário”, construída em grande parte em razão do uso desmedido do bem público em atenção apenas aos interesses individuais, racionalmente pensados para auferir vantagem a partir da super utilização da estrutura judiciária brasileira.

O acesso à justiça não pode ser pensado apenas sob a dimensão da redução ou exclusão das barreiras econômicas, devendo evoluir para se prestigiar soluções coletivas (criação de um modelo de processo civil coletivo); sancionar aqueles que utilizam a estrutura judiciária de forma abusiva (demandas frívolas, desnecessárias ou ilegítimas); valorizar os instrumentos de incentivos disponibilizados pelo legislador para desestimular litigantes ilegítimos (custas, honorários de sucumbência, multas processuais) e desenvolver políticas públicas voltadas à racionalização do uso da estrutura judiciária (limitar o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor).

O tema ganha contornos mais urgentes porque envolve a pacificação social, de tal sorte que a prestação jurisdicional célere é uma dimensão importante do princípio do acesso à justiça. Na sua ausência, a pacificação pode restar comprometida e o próprio conceito de sociedade ser objeto de rediscussão a partir de um paradigma de regressão de valores e direitos individuais arduamente conquistados.

Assim, reconhecer que os recursos disponíveis para se garantir o acesso à justiça são escassos e precisam ser utilizados com eficiência é um importante passo para se encontrarem soluções, aqui usadas no plural porque o problema é multifacetado e exigirá um conjunto de medidas e não medidas isoladas para ser solucionado.

O artigo não pretende esgotar o tema, mas trazer luz para a necessidade da rediscussão do princípio do acesso à justiça para se garantir mais do acesso ao processo, mas ao seu objetivo central que é a justiça.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação**. Lisboa: Almedina, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2007.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Relatório Justiça em Números 2022. Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Consultado em 26 de junho de 2023.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília, 2011. Fonte: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, v. 7, n. 26, abril 2009, disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29727>.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991999/>. Acesso em: 30.06.2023.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, New Series, V. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248 Published by: American Association for the Advancement of Science Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1724745>.
- OLIVEIRA, Rogério Nunes. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- OLIVEIRA, Rogério Nunes. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644.
- PIGNANELI, Guilherme. **Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PORTO, Antonio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. **Gratuidade da Justiça no Nova CPC**. Revista de Processo | v. 236/2014 | 2014. DTR\2014\10502.
- TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 35. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>.
- WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. S. Paulo: Saraiva, 1996.
- OSTROM, Elinor; BURGER, Joanna; FIELD, Christopher; NORGAARD, Richard B. e POLICANSKY, David. **Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges**, in "Science", v. 284, 1999, pp. 278-282.

DA PAUTA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE O PRIMEIRO SEMESTRE DE 2023 E SUA RELAÇÃO COM A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Eduardo Augusto Salomão Cambi⁴⁶¹, Denise Hammerschmidt⁴⁶²,
Silvana Aparecida Cardoso Plastina⁴⁶³, Saulo Capelari Junior⁴⁶⁴

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo central averiguar o desenvolvimento do fenômeno do (Neo)Constitucionalismo e da expansão da jurisdição

⁴⁶¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, do Centro Universitário Assis Gurgaz – FAG e da Faculdade Pan-Americana (FAPAD). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>. Email: eduardocambi@hotmail.com

⁴⁶² Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1988), foi Procuradora do Estado do Paraná Classe V (1989 -1990), ingressou na magistratura estadual do Estado do Paraná (1990), é especialista em direito civil (família) pela Universidade de Salamanca – Espanha (2003), especialista em meio ambiente na Universidade Castilla – La Mancha – Espanha (2004), especialista em Bioética e Biodireito pela Cátedra da UNESCO em Madrid (2005), especialista em Neurociências pela Universidade de Salamanca – Espanha (2013), Mestra em Direito Penal Supra Individual pela Universidade Estadual de Maringá (2005), Mestra em Direitos da Personalidade pelo UniCesumar (2006), Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico Penal pela Universidade de Barcelona sob a coordenação do prof. Dr. Iñaki Riveira Beiras (2011), Doutora em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de Barcelona (2015), Pós Doutora em Criminologia pela Universidade de Barcelona (2017), Parecerista da revista *Qualis 1 – IBCCRIM*, Participou como palestrante na Audiência Pública do STF sobre o tema “Banco de Dados Genéticos de Criminosos”. Atualmente é Juíza de Direito titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ex-membra do Conselho Penitenciário do Paraná (COPEN) (2012-2013) e do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (FUPEN) (2012-2013). Foi Professora da Escola da Magistratura Estadual de Maringá, Londrina e Curitiba, foi Professora da graduação e da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – campus Londrina, é Professora Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membra fundadora do Instituto Paranaense de Direito Processual (IPDP). Diretora de Penal Internacional da União Iberoamericano de Juízes (UIJ). Autora de diversos livros e artigos. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1900-1666>. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com

⁴⁶³ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Pós-Graduada em Educação a Distância pela Faculdade Arthur Thomas - FAAT (2013). Pós-Graduada em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2009). Graduada em Direito pelo Instituto Catuaí de Ensino Superior - ICES (2007). Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Arapongas - FAFICLA (1982). Advogada Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/PR. Docente em Curso Superior de Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0794-6547>. E-mail: silvanaplastina@hotmail.com

⁴⁶⁴ Mestrado pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista CAPES. Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil” (UENP). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3241-7698>. E-mail: saulo.capelari@hotmail.com

constitucional no Brasil após a promulgação da Constituição da República Federativa em 05 de outubro de 1988. Com a consequente judicialização da vida cotidiana, o Poder Judiciário, atrelado aos fenômenos acima mencionados, tem assumido uma centralidade no cenário atual, resolvendo questões que via de regra deveriam ser solucionadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, via método dedutivo e pesquisa bibliográfica, cumpriu, inicialmente, conceituar tais movimentos a fim de que na última etapa dessa pesquisa pudesse ser possível realizar uma análise da pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao primeiro semestre de 2023, sob a presidência da Ministra Ros Weber, ora homenageada, podendo constatar um movimento de proteção do Estado Democrático de Direito em virtude da discussão de temas tão relevantes.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; dignidade da pessoa humana; estado democrático de direito; Rosa Weber; pauta de julgamento.

INTRODUÇÃO

No dia 26 de maio de 2023, foi instalada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) responsável por investigar os responsáveis pelos ataques do dia oito de janeiro de 2023 em Brasília, Distrito Federal. Diversos indivíduos foram indiciados até o momento e as investigações seguem com o intuito de averiguar os atos praticados contra às Instituições Democráticas.

Nesse contexto, a Ministra e então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu um sólido e corajoso discurso na solenidade de abertura do ano judiciário de 2023, no último dia 01 de fevereiro, sendo destacado logo a seguir um trecho do mesmo:

Que os inimigos da liberdade saibam que no solo sagrado deste Tribunal o regime democrático, permanentemente cultuado, permanece inabalável (...). É inútil pois mesmo que desejassem destruir mil vezes o Supremo Tribunal Federal, subsistiria incólume o sentimento de reverência desta Casa pelo Estado Democrático de Direito, e mil e uma vezes reconstruiríamos seu prédio, como fizemos agora, sem interromper um só instante o exercício da jurisdição, graças à tenacidade dos que respeitam as instituições e amam a democracia (UOL, 2023).

Com isso, a Ministra Rosa Weber assumiu, com corajosamente, a incumbência que, com maestria, sempre desempenhou durante seus anos na Corte Constitucional, qual seja, lutar pela solidez e pela fundamentalidade

do Supremo Tribunal Federal enquanto Tribunal de Vértice do Poder Judiciário brasileiro, instituição integrante e indispensável para a adequada manutenção do Estado Democrático de Direito.

Com o intuito de compreender o movimento de expansão da jurisdição constitucional no Brasil, a presente pesquisa, via método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental, objetivou inicialmente compreender as minúcias do fenômeno do (neo)constitucionalismo bem como o processo de expansão jurisdicional. A partir disso, foi possível averiguar a diversidade de direitos debatidos, no primeiro semestre do ano judiciário de 2023, destacando a relevância e a indispensabilidade do Poder Judiciário enquanto instituição democrática para a manutenção dos preceitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 (NEO)CONSTITUCIONALISMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

As Teorias da Constituição buscam, sobretudo, compreender as nuances que envolvem a ceara constitucional, bem como determinar as limitações objetivas e subjetivas que acompanham à interpretação e à aplicação da ordem jurídica. Assim, pode-se afirmar inicialmente que o ordenamento jurídico brasileiro tem como fundamento direto e inequívoco a unicidade e a coerência normativas.

Em outras palavras, a norma fundamental, no modelo kelseniano, é aquela estruturada a partir de uma determinada comunidade política, sendo a responsável por conferir unidade e validade às normas jurídicas que compõem o arcabouço normativo do Estado, organizando e estruturando todo o sistema a partir dela.

A partir de tal constatação, é imprescindível ressaltar as palavras de Norberto Bobbio, ao esclarecer que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si” (1997, p. 19). Consequentemente, é possível constatar que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas se inserem em um contexto normativo que possuem uma relação particular, qual seja, seu vínculo com a norma fundamental.

Bobbio também pontua que o grande mérito da teoria da instituição centra-se no fato de que se pode afirmar em Direito somente onde existir um complexo de normas estruturando um ordenamento, ou seja, o Direito em si não é norma, mas um conjunto devidamente coordenado de normas, posto que uma norma jurídica, como já salientado, não se encontra jamais só, estando diretamente ligada a outras, formando, deste modo, um sistema normativo (BOBBIO, 1997, p. 21).

Com isso, é possível afirmar que a Constituição é o documento responsável por estruturar a atual concepção de Estado moderno, organizando as regras e os princípios jurídicos, buscando, sobretudo, consagrar os direitos e as garantias humanas fundamentais necessárias para a manutenção da dignidade da pessoa humana, bem como estruturar a organização do Estado em si.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que:

As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 1989, p. 42).

Acerca do movimento de centralização das Constituições como documentos fundamentais e estruturantes do Estado Moderno, a partir da Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do Século XX, surgiu no cenário internacional um fenômeno jurídico voltado para a realização do Estado Democrático de Direito e para a efetivação dos Direitos e Garantias Humanas Fundamentais em virtude das massivas violações a tais direitos perpetradas durante o período mencionado (CAMBI, 2020, p. 37-38). Tal movimento recebe a nomenclatura de neoconstitucionalismo.

O término da Segunda Guerra Mundial resultou na criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1945, sendo este o órgão mundial de promoção e proteção dos direitos humanos. Tanto é que, no ano de 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo como missão central evitar que cenários como o causado pela Guerra se tornassem em realidade novamente.

Desse modo, a Dignidade da Pessoa Humana passa a ser o valor a ser perseguido e garantido, como bem destaca Flávia Piovesan:

Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2018, p. 02-03).

Com a edição e promulgação da Constituição da República Federativa em 05 de outubro de 1988, o Brasil consagrou-se enquanto Estado Democrático de Direito, limitado pelos direitos fundamentais e comprometido com a realização da justiça social, conferindo força para o processo de redemocratização do Estado brasileiro, além de centralidade a dignidade humana, com destaque para o papel do Estado-Juiz na tutela dos direitos intrínsecos a existência humana.

Lília Schwarcz e Heloísa Starling corroboram ao afirmar que esse novo contexto constitucional teve como uma de suas missões colocar fim ao período ditatorial militar, estruturando as bases para a solidificação da democracia no país, além de apresentar duas preocupações centrais, quais sejam: a criação de sólidas instituições democráticas, resistentes o bastante para suportar crises políticas, e estabelecer garantias mínimas para reconhecer e exercer os direitos e as liberdades do povo brasileiro (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 488).

Portanto, reconhecer a força normativa da Constituição permite potencializar o processo de judicialização da vida cotidiana, implicando direta e consequentemente em um movimento de expansão da jurisdição constitucional.

Luís Roberto Barroso salienta que a hermenêutica constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, decorrente naturalmente da própria força normativa do texto constitucional, e, nesse sentido, explica:

Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2005, p. 10-11).

Diante de uma problemática que pode surgir no âmbito da prática jurídica, o profissional do direito busca identificar a norma jurídica a ser aplicada, com o intuito de encontrar a resposta mais adequada para a resolução da controvérsia.

No entanto, por diversas vezes, somente a regra fria da lei não proporciona resposta suficiente, principalmente em se tratando de colisão de direitos fundamentais. Nesta hipótese, o intérprete da norma jurídica constitucional deverá valer-se de outros meios, com destaque para a aplicação dos princípios, que poderão conferir uma saída justa e equânime aos casos concretos, conferindo máxima efetividade à dignidade humana.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana possui um conteúdo abstrato e muitas vezes indeterminado; todavia, assume significativa importância como vetor interpretativo. A propósito, Luís Roberto Barroso aponta que a dignidade humana ocupa o mais alto lugar no sistema constitucional, representando um valor supremo e absoluto, pelo qual os demais dispositivos legais deverão ser interpretados. Não obstante, pode-se afirmar que a dignidade humana é um valor fundamental responsável por informar o conteúdo das normas escritas, condicionando a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando o caso concreto envolve direitos fundamentais (BARROSO, 2014, p. 21).

Também, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 41) pondera que:

há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Portanto, cumpre destacar a importância de se buscar uma conceituação mais sólida para o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que o mesmo não acabe por ser relativizado ou exerça uma papel meramente retórico, posto que ele é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito instituído a partir da Constituição de 1988 no Brasil, bem como um meio de se assegurar, pela jurisdição constitucional, a tutela dos direitos e das garantias fundamentais para se ter uma vida minimamente digna.

2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PAUTA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO JUDICIÁRIO DE 2023

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou diversos direitos e garantias fundamentais indispensáveis para a adequada manutenção do mínimo existencial à vida digna. No entanto, tão somente prever direitos, no texto escrito, não assegura muitas vezes uma eficácia prática, sendo imprescindível a criação de instrumento/mecanismos institucionais aptos a garantir tal aplicabilidade prática.

Assegurar que as normas constitucionais tenham força normativa é ir além do reconhecimento de que a Constituição é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo.

Ao reconhecer a força normativa da Constituição, promove-se uma ruptura com o Direito Constitucional Clássico, porque a Constituição deixa de ser uma mera declaração política, moral ou programa futuro (CAMBI, 2008, p. 98).

Ainda nessa linha, Thiago Rafael Burkhart afirma que:

O processo de constitucionalização dos direitos, o princípio da constitucionalidade das leis e a transformação da Constituição em “norma jurídica” implicam, como diria o jurista austríaco Hans Kelsen, no estabelecimento de Tribunais Constitucionais capazes de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, além de estabelecer a interpretação em última instância dos dispositivos da Constituição (BURKHART, 2021, p. 250).

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a jurisdição constitucional passou a desenvolver-se, resultando na elaboração de diversos instrumentos que tinham por escopo central conferir efetividade ao seu texto. Contemplou amplo controle de constitucionalidade, tanto o difuso quanto o concentrado, para retirar do ordenamento jurídico brasileiros leis ou atos normativos que não estejam em conformidade com a Constituição.

É possível a realização do controle difuso de constitucionalidade como sendo aquele que ocorre no bojo de um caso concreto, em cujo processo qualquer magistrado brasileiro pode avaliar a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo para recusar sua aplicação, se entender que a norma viola ou fere as disposições constitucionais.

Por outro lado, no controle concentrado de constitucionalidade, é, normalmente, o Supremo Tribunal Federal, na forma da Constituição Federal, que realiza o exame de compatibilidade da norma infraconstitucional.

Com o amplo controle de constitucionalidade, o neoconstitucionalismo encontrou um solo fértil para desenvolver-se, e com o intuito de melhor compreendê-lo, Daniel Sarmento destaca cinco pontos fundamentais:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;

d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e, e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009).

Em virtude da centralidade que os direitos e as garantias fundamentais assumiram no Estado Democrático de Direito, a sua efetivação deve ser uma preocupação central da prestação judiciária.

Prever, promover e tutelar tais direitos acaba por implicar ampliar a judicialização das mais variadas questões da vida cotidiana. Assim, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo é o reflexo deste modelo de Estado, que legitima a participação social no processo de interpretação constitucional, não podendo ser deixado de lado sua dimensão democrática que nos dizeres de Peter Habermas: “representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição” [...] “a integração, pelo menos indireta, da *‘res-publica’* na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário” (*sic*) (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Nesse sentido, mesmo não sendo eleito, “o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade” (BARROSO, 2012, p. 46).

Ora, o poder atribuído pela Constituição legitima a atuação jurisdicional, posto que é função do Poder Judiciário a devida aplicação do direito ao caso concreto, reafirmando a supremacia da Constituição bem como vedando a aplicação de qualquer lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional.

Luís Roberto Barroso explica que:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2012, p. 47).

Garantir o acesso à ordem jurídica justa para a resolução adequada de litígios, principalmente aqueles voltados à implementação de direitos fundamentais sociais deve ser um objetivo permanente, é responsabilidade do Poder Judiciário.

Tal preocupação está em sintonia com o escopo do neoconstitucionalismo de ampliar a cidadania, consagrar o Estado Democrático de Direito e conferir maior efetividade e valorização à proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destaca-se a atuação da Ministra Rosa Weber na condução do calendário do primeiro semestre do ano judiciário de 2023, enquanto Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em seu discurso de abertura do ano judiciário em 01 de fevereiro de 2023, a Ministra Presidente destacou:

Que os inimigos da liberdade saibam que no solo sagrado deste Tribunal o regime democrático, permanentemente cultuado, permanece inabalável (...). É inútil pois mesmo que desejassem destruir mil vezes o Supremo Tribunal Federal, subsistiria incólume o sentimento de reverência desta Casa pelo Estado Democrático de Direito, e mil e uma vezes reconstruiríamos seu prédio, como fizemos agora, sem interromper um só instante o exercício da jurisdição, graças à tenacidade dos que respeitam as instituições e amam a democracia (UOL, 2023).

Nota-se que o discurso proferido pela Ministra Rosa Weber é corajoso, objetivo e, principalmente, comprometido com o funcionamento das instituições republicanas que mantêm o Estado Democrático de Direito. A Presidente assim o fez, posto que, em virtude dos ataques à Democracia perpetrados durante o dia 08 de jun. de 2023, o STF foi um dos alvos. Com o intuito de demonstrar que as instituições republicanas permanecerem fortes, a Ministra destacou o papel do Poder Judiciário na promoção da democracia.

Mesmo diante dos ataques, em momento algum, o Supremo Tribunal Federal deixou o exercício da jurisdição inerte, destacando ser inútil os esforços daqueles que lutam contra o Judiciário, posto que, no dizer de Rosa Weber, “o regime democrático, permanentemente cultuado, permanece inabalável”.

Dessa forma, iniciou-se o ano judiciário de 2023, e a presente pesquisa faz questão de destacar que foi concretizado o calendário pautado pela Ministra Presente Rosa Weber para os julgamentos durante o primeiro semestre do corrente ano.

Dentre os casos julgados, destaca-se a ADI 5941, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que discutiu a constitucionalidade da apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e ou a suspensão do direito de dirigir, da apreensão

de passaporte e da proibição de participação em concurso público e em licitação pública como medidas para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial (BRASIL, 2023).

No mês de março, foi pautado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 667958, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que o STF discutiu se o monopólio estatal do serviço postal conferido aos Correios impede município de entregarem diretamente guias de arrecadação tributária aos contribuintes.

No mesmo mês, foi pautado o julgamento do ARE nº 10420175, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, para tratar da inviolabilidade do sigilo de dados e de comunicações telefônicas no acesso, pela autoridade policial, em caso de telefone celular encontrado no local do crime (BRASIL, 2023).

No mês de abril, fora pautado a ADI 5063 contra dispositivos da Lei Federal nº 12.850/2013, que obriga as empresas de telefonia móvel a fornecer dados cadastrais de clientes a delegados de polícia e a membros do Ministério Público, independentemente de autorização judicial.

Além disso, foi discutido o RE 1279765, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, onde se debateu sobre o piso salarial nacional para agentes comunitários de saúde e endemias, e sua aplicação aos servidores dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, independentemente do regime jurídico a que estejam vinculados (BRASIL, 2023).

Em maio de 2023, foi colocado a julgamento o RE 842844, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que versava sobre o direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória da gestante contratada pela administração pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão. Neste mês, pautou-se também o RE 630852, de relatoria da própria Ministra Rosa Weber, para tratar do aumento da mensalidade dos planos de saúde em razão do ingresso do contratante em faixa-etária diferenciada antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2023).

Por fim, para o mês de junho fora pautado a ADI 5728 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que questiona a emenda constitucional que não considera cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, como a vaquejada, desde que seja manifestações culturais. Salienta-se, ainda, que foi colocado à julgamento o Mandado de Segurança 36666, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, e o Mandado de Segurança 37132, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, aposentado, nas ações em que cidadãos questionam o bloqueio em contras oficiais das redes sociais (Twitter e Instagram) do então presente Jair Bolsonaro (BRASIL, 2023).

Esses são apenas alguns exemplos de casos destacados durante a presidência da Ministra Rosa Weber, homenageada pela presente obra, onde é possível constatar que o Poder Judiciário, apesar dos ataques

de 8 de janeiro, se encontra em plena atividade, na luta pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que, no primeiro semestre do ano judiciário de 2023, vários temas foram debatidos, desde direitos políticos, acesso à informação e direitos tributários constitucionais, até mesmo em relação ao direito fundamental à saúde, ao trabalho e à cultura.

Portanto, a Corte Constitucional brasileira desempenha um papel fundamental na preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, mesmo diante de crises agudas, o que evidencia a liderança da Ministra Rosa Weber na preservação do Poder Judiciário como um espaço de exercício da cidadania.

A Presidência da Min. Rosa Weber confirmou a importância da prestação jurisdicional para a tutela dos direitos humanos-fundamentais e para a concretização do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ministra Rosa Weber e então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ao proferir seu discurso no âmbito da solenidade de abertura do ano judiciário em 01 de fevereiro de 2023, valeu-se da Tribuna para ressaltar a importância das instituições democráticas consagradas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente durante os momentos de crise institucional.

Ela assim o fez em virtude dos ataques antidemocráticos praticados no dia 08 de janeiro de 2023 no Distrito Federal, onde um grupo de golpistas, sem argumentos suficientes para questionar os resultados das eleições de 2022, destruíram os prédios que acomodam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Ministra Presidente destacou que o STF permanece forte, não tendo suas atividades interrompidas em virtudes dos ataques, demonstrando que as instituições republicanas foram estruturadas para suportar momentos de instabilidade, permanecendo viva a luta contra os abusos e desempenhando suas atividades na proteção da Constituição.

O primeiro semestre do ano judiciário de 2023 seguiu normalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal com a execução dos julgamentos pautados para tal período. Foram julgados e protegidos direitos fundamentais variados, desde questões de direito tributário até mesmo em relação ao direito fundamental à cultura, o que reforça a importância da jurisdição constitucional para o exercício da cidadania e o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Unb, 1997.
- BRASIL [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República (2023). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.
- BRASIL. STF divulga calendário de julgamentos para primeiro semestre de 2023. **Portal STF**. 26 jan. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=501250&ori=1>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BRASIL. Instalada CPMI que vai investigar responsáveis por ataques do dia 8 de janeiro. **Câmara dos Deputados**, 26 maio 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/966439-instalada-cpmi-que-vai-investigar-responsaveis-por-ataques-do-dia-8-de-janeiro/>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BUCKHART, Thiago Rafael. Jurisdição constitucional no Brasil: uma análise crítica da dicotomia substancialismo vs. Procedimentalismo. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, v. 3, n. 56, 2021.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Editora: D'Plácido, São Paulo, 2020.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal do Direitos: desafios contemporâneos. *Revista de Direitos Internacional e Direitos Humanos*, UFRJ, v. 1, n. 1, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009.
- SCHWARCZ, Lília Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- UOL. Leia a íntegra do discurso de Weber na abertura do ano Judiciário. **Poder 360**, 01 fev. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/leia-a-integra-do-discurso-de-weber-na-abertura-do-ano-judiciario/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA CAPACIDADE PROCESSUAL: POR UMA ESTRUTURA TEÓRICA PÓS-HUMANISTA

Vicente de Paula Ataíde Junior⁴⁶⁵,
Claudyvan José dos Santos Nascimento Silva⁴⁶⁶

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar uma reflexão acerca das concepções doutrinárias relacionadas à capacidade processual, especialmente no que se refere à sua abrangência teórica. Propõe-se uma reconfiguração que permita o surgimento de novas formas de proteção jurídica específica e a realização do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, Constituição Federal), sem qualquer forma de discriminação ou exclusão arbitrária. Para isso, inicialmente são explorados os conceitos fundamentais que envolvem a capacidade processual como pressuposto processual, diferenciando-a das demais categorias do direito material. Com base nessas reflexões preliminares, são apresentadas as razões que justificam a exclusão da capacidade de ser parte como pressuposto processual, para então apresentar uma configuração teórica atual da capacidade processual, visando contribuir com um sistema de processo civil mais democrático e inclusivo.

Palavras-chave: acesso à justiça; capacidade processual; capacidade de ser parte; pressupostos processuais; direito processual civil.

INTRODUÇÃO

O tema da capacidade processual vinha despertando pouco interesse entre os estudiosos do processo civil, com poucas alterações legislativas, possivelmente devido à escassez de divergências conceituais que demandassem grandes debates. No entanto, novas questões, envolvendo interesses processuais modernos, começaram a requerer uma atitude crítica por parte dos especialistas em processo, capaz de lidar de forma adequada

⁴⁶⁵ Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Juiz Federal em Curitiba. E-mail: vicente.junior@ufpr.br <http://lattes.cnpq.br/8067162391395637> <http://orcid.org/0000-0003-4995-9928>

⁴⁶⁶ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: claudyvansilva@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/4033003978731675> <https://orcid.org/0000-0001-7201-5146>

com esses novos fenômenos, a fim de apresentar uma resposta interpretativa conforme os mandamentos constitucionais.

Conforme será demonstrado, é necessário reconfigurar a capacidade processual de modo a permitir o desenvolvimento de novas formas de proteção jurídica e a alcançar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, Constituição), garantindo a todos o acesso à justiça sem discriminação ou exclusão arbitrária.

Para esse fim, os três primeiros tópicos têm como objetivo contextualizar a matéria, revisitando os termos e conceitos envolvidos e enquadrando as “capacidades” no âmbito da teoria processual.

Em caráter propositivo, o presente ensaio indica no último tópico, ao explicar a imperiosa necessidade de extinguir a capacidade de ser parte como pressuposto processual, apresentar uma alternativa teórica, ponderando o impacto dessa reflexão na reanálise da capacidade processual, visando tornar tal capacidade mais inclusiva e menos discriminatória.

As demandas por um processo justo, elemento de um progresso civilizatório importante, se iniciam pela garantia do acesso à justiça, especialmente com o surgimento de novos direitos e garantias individuais e sociais, pois, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “a titularidade de direitos perde o sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 11-12).

Essas novas questões justificam uma reanálise crítica do tema, especialmente no que diz respeito aos seus aspectos teóricos, introduzindo o debate sobre a capacidade de ser parte e sua estrutura teórica dentro dos novos grandes debates do processo civil.

Será possível refletir ao longo do texto acerca da necessidade da capacidade de ser parte continuar sendo adotada no Brasil, tendo em vista que não possui fundamento normativo, não oferece proteção aos incapazes e não se justifica pragmaticamente. Portanto, é necessário refletir se já não se tornou imperiosa a adoção de uma nova configuração teórica da capacidade processual que esteja mais alinhada com o ordenamento jurídico-processual.

1 REVISITANDO A CAPACIDADE PROCESSUAL: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

No âmbito do Direito Processual Civil, quando mencionamos o termo “capacidade”, geralmente estamos nos referindo à “capacidade de ser parte”, à “capacidade de estar em juízo” ou à “capacidade de postular” (DINAMARCO, 2009, p. 289). No entanto, é um termo ambíguo, pois também carrega significado no campo do direito material, nem sempre correspondente (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 427-430): a “capacidade jurídica ou de gozo” (art. 1º, Código Civil) e a “capacidade de fato ou de exercício” (arts. 3º e 4º, Código Civil).

Por vezes, o termo “capacidade processual” é utilizado como sinônimo de “capacidade de estar em juízo” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 245) e, outras vezes, como um termo abrangente, englobando todas as formas de capacidade no direito processual.⁴⁶⁷

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 inicia o Livro III de sua Parte Geral com um capítulo denominado “capacidade processual” (arts. 70-76), estabelecendo que “toda pessoa que esteja no exercício de seus direitos possui capacidade para estar em juízo” (art. 70). Além do título desse capítulo e do art. 76, que trata da verificação da incapacidade processual, somente o art. 313, I, do CPC, que aborda as causas de suspensão do processo, menciona explicitamente o termo capacidade processual (neste caso, tratando-se da sua perda).

Apesar da localização do tema no CPC 2015, não houve alteração terminológica em relação ao CPC 1973 (Capítulo I, do Título II do Livro I, arts. 13 e 265, I e § 1º). No CPC de 1939 o termo “capacidade processual” (Capítulo I, do Título VIII do Livro I, art. 84, § 1º) foi ainda menos referido.

Nos textos doutrinários brasileiros também é mencionada a capacidade de ser parte como personalidade processual ou personalidade judiciária, possivelmente influenciados pelo direito processual civil português, que contempla expressamente essa categoria (arts. 11-14, CPC português).

As “capacidades” resultam das interações na interceção entre o direito material e o direito processual, às vezes se aproximando, às vezes se distanciando, mas sem nunca se separar definitivamente.

A capacidade de ser parte, âmbito processual, está relacionada com capacidade jurídica, determinada pelo direito material. Já a capacidade processual de comparecer perante o tribunal (e, em certa medida, a capacidade de postular em juízo), surge com a capacidade de fato, regulamentada pela parte material do direito civilista. No entanto, essas não são relações recíprocas, como se um conceito se ajustasse ao outro e houvesse uma correspondência perfeita entre os domínios material e processual.

A capacidade jurídica difere da personalidade jurídica e tem como objetivo mensurar a qualidade de cada indivíduo para adquirir direitos e deveres no âmbito material (EBERLE, 2006, p. 64). Desse fato, pode-se concluir que todo sujeito de direito possui capacidade jurídica, embora não possuam a mesma extensão, pois essa capacidade possui uma natureza quantitativa: quem possui mais direitos possui maior capacidade jurídica. As pessoas naturais, correspondem a plenitude dessa capacidade, por conta de sua personalidade

⁴⁶⁷ O conceito de capacidade processual é um gênero que comporta três espécies: capacidade de ser parte, capacidade para estar em juízo e capacidade postulatória. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 88).

jurídica, ao passo que os entes despersonalizados possuem uma capacidade limitada (MELLO, 2000, p. 20-21).

A capacidade de ser parte não é mensurada da mesma maneira que sua contraparte no âmbito material, mas conforme a regra de inclusão ou exclusão absoluta da subjetividade no âmbito processual: “não há alguém com meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.” (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 426).

Em uma ordem jurídica racional não se concebe um determinado ente ou indivíduo possuidor de um único direito material, conferindo-lhe assim uma capacidade jurídica mínima, e não lhe seja dada a capacidade de ser parte, tornando impossível que o próprio sujeito defenda em juízo seu único direito (MELLO, 2000, p. 28-29).

Não obstante, a relação é mais estreita entre a capacidade de fato (ou de exercício), no âmbito do direito material, e a capacidade de estar em juízo, no âmbito do direito processual: o art. 70 do CPC de 2015 estabelece claramente que “toda pessoa que está exercendo seus direitos possui capacidade de comparecer perante o tribunal”, de modo semelhante ao art. 7º do CPC de 1973.⁴⁶⁸

Garante-se, em ambos os planos, seja no âmbito material (capacidade de fato) ou no âmbito processual (capacidade para estar em juízo), a expectativa de que um sujeito possa defender juridicamente seus direitos de for autônoma ou por meio de representação ou assistência. Dessa forma, pode-se inferir que, como regra, aqueles que possuem capacidade de fato também têm capacidade para estar em juízo (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 428).

Por outro lado, a capacidade postulatória não encontra uma correspondência direta no âmbito do direito material, ao contrário das outras “capacidades” no contexto processual. Ela é um aspecto inerente à capacidade para estar em juízo: não é suficiente que a parte esteja em juízo, ainda que adequadamente representada ou assistida para que seus direitos sejam efetivamente garantidos, também faz-se necessário que suas petições em juízo sejam feitas por alguém com habilidades técnicas para postular. Essa função essencial à justiça é outorgada ao advogado⁴⁶⁹ (art. 103, CPC), sendo exceção os casos em que sua presença se torna dispensável (art. 133, Constituição). No entanto, em algumas situações, o sistema jurídico pode atribuir tal capacidade diretamente à parte, como é o caso dos Juizados Especiais⁴⁷⁰, da Justiça do Trabalho e da impetração de habeas corpus, por exemplo.

⁴⁶⁸ É importante perceber que o art. 70 do CPC não trata de capacidade de ser parte, mas de capacidade para estar em juízo.

⁴⁶⁹ “Tem capacidade postulatória no processo civil o advogado, o defensor público e os membros do Ministério Público” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 89).

⁴⁷⁰ Sobre o *jus postulandi* nos Juizados Especiais e sua relação com o acesso à justiça, consultar o texto do prof. João Batista Lazzari (LAZZARI, 2016).

Ao fim, é importante distinguir o conceito de “capacidade” da ideia de “legitimidade”. As “capacidades” podem ser compreendidas como a possibilidade do sujeito estar presente como parte, seja por conta própria ou seja representado por outrem. Já a ideia de “legitimidade” *ad causam*, seja ativa ou passivamente, está diretamente associada com a relação jurídica de direito material (MELLO, 2000, p. 28). Não é possível avaliar a legitimidade *ad causam* sem examinar o objeto do litígio. Portanto, em termos práticos, para ser possível avaliar a legitimidade *ad causam* de uma determinada parte é fundamental primeiro verificar sua capacidade de ser parte e sua capacidade para estar em juízo.

2 MOLDURAS TEÓRICAS E FUNÇÕES DAS CAPACIDADES NO PROCESSO CIVIL

No âmbito processual, encontram-se as “capacidades” classificadas como pressupostos processuais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 89), ou seja, devem ser encaradas como questões preliminares ao mérito: a existência da “capacidade de ser parte” como pressuposto processual; e a validade das “capacidades para estar em juízo” e “capacidade postulatória” como pressupostos processuais subjetivos.

O termo “capacidade” está relacionado às partes, embora também seja exigido tanto para representantes legais, quanto para procuradores (conforme o art. 313, I, CPC), como para terceiros intervenientes. No caso da capacidade para estar em juízo (conforme o art. 70 do CPC), ela é exigida apenas para partes, representantes, procuradores ou terceiros que sejam pessoas naturais (ou, visando abranger novas perspectivas, seres vivos aos quais se busca estabelecer um nível mínimo de autonomia para uma participação efetiva no processo sob o contraditório) (ATAIDE JUNIOR; GORDILHO, 2020). Um outro artigo que aborda a capacidade para estar em juízo, de forma não exaustiva, disciplinando situações de representação (nos incisos V, VI, VII, IX e XI) e de atuação de pessoas jurídicas ou entidades despersonalizadas por seus órgãos indicados pela lei (nos incisos I, II, III, IV, VI, VIII e X) é o art. 75 do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 428-430).

Tanto a capacidade para estar em juízo quanto a capacidade postulatória têm como objetivo proteger o incapaz dos prejuízos que podem surgir de falhas na representação (na capacidade para estar em juízo) ou de falhas no ato de postulação (na capacidade postulatória), garantindo-lhe o direito fundamental basilar a um processo que fundamenta sua legitimidade por meio do procedimento.⁴⁷¹ Ainda que haja restrições a capacidade processual (ou da

⁴⁷¹ Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o objetivo das normas que tratam

legitimidade *ad processum*) das pessoas casadas, estabelecidas nos artigos 73 e 74 do CPC, tal postulado possui uma função protetiva: visa-se resguardar o patrimônio imobiliário familiar (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 428-432). Justifica-se, por conta dessa função protetiva, um controle judicial mais rígido acerca dessas duas capacidades.⁴⁷²

De acordo com o art. 76 do CPC, quando constatada a incapacidade processual ou a existência de irregularidade na representação, o processo deverá ser suspenso pelo juiz, com designação de prazo razoável para a correção do vício. Buscar-se-ão todas as formas de suprir a incapacidade processual, priorizando o julgamento do mérito. No entanto, caso o defeito persista, as consequências processuais serão as elencadas: (1) se o processo estiver na instância originária: (a) extinção do processo, caso a regularização seja responsabilidade do autor; (b) será decretada a revelia do réu, caso a regularização seja de sua responsabilidade; (c) será atestada a revelia do terceiro interessado ou será determinada a sua exclusão do processo, a depender do polo (conforme o art. 76, § 1º, CPC). Caso a regularização não seja efetuada durante a fase recursal, o relator tomará as seguintes medidas: (a) não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; (b) determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (conforme o art. 76, § 2º, CPC).⁴⁷³

A capacidade de ser parte não possui a mesma função protetiva, como ocorre com a capacidade para estar em juízo e com a capacidade postulatória.

da capacidade processual está em promover a proteção da esfera jurídica das partes no processo, assegurando a respectiva participação com grau mínimo de compreensão do seu significado e dos seus efeitos na esfera jurídica de todos os interessados. Daí que as normas que cuidam da capacidade processual concretizam de maneira especial o direito fundamental à paridade de armas no processo civil (*Waffengleichheit*, arts. 5º, I, da CF, 7º do CPC) e de maneira geral o direito fundamental ao processo justo.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 88).

⁴⁷² Exatamente porque a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulacional têm função protetiva do incapaz é que a regra não pode ser utilizada em seu desfavor. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior argumenta que se deve “lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades do CPC, que veda a decretação de nulidade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 76, § 1º, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante.” (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 431).

⁴⁷³ Houve sensível melhoramento pragmático ao se permitir o suprimento da incapacidade processual ou a correção da irregularidade de representação em qualquer fase processual, inclusive na fase recursal, conforme art. 76, § 2º do CPC 2015. Por essa razão, Rogéria Fagundes Dotti defende a revogação tácita da súmula 115 do STJ cujo enunciado é “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (WAMBIER *et al* (coord.), 2016, p. 286).

A capacidade de ser parte se constitui como uma regra que exclui a subjetividade no plano processual. Dessa maneira, a forma como determinado sistema jurídico aborda a capacidade de ser parte influencia diretamente na garantia do postulado do acesso à justiça por meio do processo: negar a capacidade de ser parte é negar o acesso à justiça (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 86).

Nesse contexto, percebe-se que a capacidade de ser parte pode ser entendida como a “capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação jurídica processual” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 243), devido à sua natureza peremptória capaz de exclusão e inclusão de um ente ou ser, sem qualquer correlação com a relação jurídica substantiva alegada, devendo necessariamente estar prevista no ordenamento jurídico.

A exclusão da capacidade de ser parte de um determinado ente pode ser uma opção política, democraticamente imposta, respeitando os limites estabelecidos pelo Estado Constitucional. No entanto, tal exclusão deve evitar práticas discriminatórias negativas ou uma diminuição de seu conceito de personalidade, não se tratando de uma categoria lógica e não podendo ter sua fonte exclusivamente em estudos doutrinários.

A capacidade de ser parte não pode ser encarada como uma categoria lógica, pois caso seja removida das normativas que regulam os pressupostos processuais, não terá impacto significativo. Ressalta-se que a proteção dos incapazes continuará a ser assegurada pelas outras “capacidades”, além da garantia legal contra temeridade processual que deve ser resguardada pelas “legitimações”, ambas podendo ser verificadas exclusivamente por meio das alegações da demanda, revelando assim suas características operacionais e pragmáticas.

Em outros termos, pode-se compreender quando há uma demanda apresentada por meio de uma petição inicial protocolada em um tribunal específico, indicando as partes, a causa de pedir e o pedido, já se configurando uma relação processual (TESHEINER, 2000, p. 32-40). O ente designado no polo ativo da demanda será considerado o autor. Uma qualificação defeituosa das partes não deve mais ser encarado como um obstáculo intransponível ao acesso à justiça, uma vez que a insuficiência na qualificação das partes, caso a obtenção das informações respectivas torne o acesso à justiça impossível ou excessivamente oneroso, não pode ser motivo para o indeferimento da petição inicial (conforme o art. 319, § 3º, CPC).

É sabido que alguns defeitos podem impedir a continuidade do procedimento visando o julgamento do mérito, como defeitos de representação ou postulação, ou até mesmo a falta de legitimidade ativa ou passiva. Esses vícios podem ser emendados ou resultar na extinção do processo sem resolução do mérito. A função de prevenir litigância temerária da capacidade de ser parte pode ser alcançada de forma mais precisa pela legitimidade

ad causam, pois, a exclusão não será aplicada de forma abstrata, mas terá ligação direta com a relação jurídica de direito material, visando evitar demandas temerárias.

Dessa forma, pode-se concluir que, em termos operacionais, a justificação da capacidade de ser parte no âmbito dos pressupostos processuais de existência não se verifica. Um processo pode existir mesmo sem que essa capacidade seja aferida: é suficiente que haja uma demanda apresentada, com a individualização de um autor.

Quando há uma demanda que aponta a existência de um direito material outorgado ao autor indicado, não é possível negar, de antemão, o julgamento do mérito da causa baseando-se unicamente na incapacidade de ser parte. A análise judicial de lesão ou ameaça a um direito é inescapável (GERAIGE NETO, 2003, p. 39-41).

3 ANÁLISE DA (RE)CONFIGURAÇÃO TEÓRICA DA CAPACIDADE PROCESSUAL: POR UMA HERMENÊUTICA PÓS-HUMANISTA

Esse tópico tem por objetivo apresentar uma análise aprofundada dos esquemas teóricos que tratam da capacidade de ser parte como pressuposto processual.

É de difícil defesa argumentativa à inclusão dessa categoria de forma acrítica como pressuposto processual, especialmente no Brasil, onde não há nenhuma regra expressa a esse respeito. A inclusão da capacidade de ser parte como pressuposto processual de existência de forma intuitiva pode representar um perigo, pois pode comprometer a garantia do acesso à justiça. Não é possível apenas repetir determinados conceitos ou categoria nos manuais de teoria do processo sem uma análise crítica mais apropriada.

Em uma primeira análise pode-se ter a impressão de que a doutrina não tem dado a devida importância à crítica da capacidade de ser parte, por um lado devido aos poucos argumentos de demonstração empírica, sendo tratado como um “falso-problema”, utilizado apenas para resolver casos em que uma pretensão jurídica é proposta por ou contra uma pessoa falecida (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 119-120).

No entanto, a recente judicialização do Direito Animal tem iniciado um movimento de atenção importante na doutrina para esse problema: os animais não humanos, reconhecidos como sujeitos de certos direitos materiais com base constitucional (ATAIDE JUNIOR, 2021), estão enfrentando obstáculos ao acesso à justiça, sob a alegação de que eles não possuem capacidade de ser parte.

Ao ampliar o nível de análise crítica, é possível perceber de forma mais precisa que, pelo menos no Brasil, a inclusão da capacidade de ser parte

não faz parte (ou não deveria fazer parte) do catálogo dos pressupostos processuais e, por esse motivo, não poderia ser utilizada como argumento para a exclusão antecipada de sujeitos de direitos no processo (como no caso dos animais não-humanos).⁴⁷⁴

Há três argumentos que podem nos conduzir a essa conclusão da necessidade de reforça da capacidade processual:

1º) Ausência de fundamento jurídico para essa espécie de capacidade de ser parte não no Brasil: essa categoria não possui parâmetro normativo jurídico. O atual CPC de 2015 não possui qualquer referência a essa espécie de capacidade, da mesma maneira que o CPC de 1973 e o CPC de 1939. As codificações processuais civis, tanto a atual quanto as já revogadas, somente se reportam à capacidade processual como sinônimo de capacidade para estar em juízo.

Essa linha argumentativa se mostrar coerente o texto legal, tendo em vista que o único período na história republicana brasileira que, em tese, a teria contemplado expressamente tal ideia teria sido antes da unificação do direito processual (ou seja, antes de 1939), quando ainda existiam concomitantemente o Código de Processo Civil federal (conforme Decreto 848/1890 e Parte III do Decreto 3.084/1898) e os Códigos de Processo Civil estaduais (SZYMANOWSKI, 2021).

Ainda vinculado à tradição iniciada pelo Regulamento 737/1850, o antigo CPC federal não mencionava nada sobre a capacidade de ser parte. O artigo 1º, determinava que “podem acionar ou ser acionados todos os que não são proibidos”, fazendo referência à capacidade para estar em juízo, tendo em vista que em seus artigos seguintes mencionava aqueles que estão proibidos de demandar ou ser demandados, fazendo remissões explícitas à incapacidade absoluta (artigo 2º) e à incapacidade relativa (artigo 3º).

2º) a capacidade de atuar como parte não consegue ser instrumento de para sujeitos incapazes, pois, como já mencionado, a capacidade de ser parte não opera da mesma maneira que a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. Seu propósito é apenas isolar o envolvimento no processo, afastar a jurisdição. Em um primeiro momento pode até dar a falsa impressão que possui algum valor dentro do sistema, mas frente as novas demandas dos novos sujeitos processuais acabam por apenas negar justiça e, de certa forma, discriminar.

Isso significa que essa categoria não está comprometida com a implementação de um processo justo, pois não serve para proteger

⁴⁷⁴ Vale a pena consignar que foi recentemente protocolado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) 145/2021, de autoria do Deputado Federal Eduardo Costa (PTB/PA), visando a disciplinar a capacidade de ser parte dos animais não-humanos em processos judiciais e incluir o inciso XII ao art. 75 no Código de Processo Civil, para determinar quem poderá representar animais em juízo. Para mais informações, consultar artigo disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-15/vicente-ataide-junior-capacidade-parte-animais>. Acesso em: 01 abr. 2022.

os incapazes e garantir a igualdade de condições (art. 7º, CPC). Nem mesmo para proteger a esfera jurídica do réu essa categoria é justificável, pois a proteção contra a temeridade e o abuso do direito de demandar pode ser alcançada por outros meios, inclusive através da verificação da legitimidade ativa *ad causam*.

3º) a capacidade de ser parte não possui justificativa pragmática: se a capacidade de ser parte for retirada dos esquemas teóricos dos juristas, o sistema processual, ao que tudo indica, não sofrerá dano. Primeiro, porque a proteção dos incapazes será assegurada pelas outras “capacidades”. Segundo, porque o controle de demandas temerárias ou suicidas poderá continuar sendo realizado através da verificação da legitimidade *ad causam*, do interesse processual ou pelo uso de outros instrumentos processuais previstos de forma explícita.

Por exemplo, se uma ação proposta por alguém que já faleceu no momento da protocolização da petição inicial, ainda assim é possível dar origem ao processo, pois há uma demanda apresentada, com a indicação de um autor e perante um tribunal. Obviamente, uma vez que o autor faleceu, ele não será mais parte ativa na relação jurídica de direito material, o que resultará em sua ilegitimidade ativa, a menos que o direito seja transmissível, caso em que os sucessores do autor poderão assumir a ação, conforme estabelecido nos artigos 110 do CPC, com a habilitação dos sucessores de acordo com os artigos 687-692 do mesmo código. Se o direito não for transmissível, a ilegitimidade ativa será resolvida com a extinção do processo, sem resolução do mérito, com base no artigo 485, I, do CPC, caso a petição inicial seja indeferida (artigo 330, II, CPC), ou com base no artigo 485, IX, já que ninguém pode suceder o falecido, nem em direito, nem no processo.

Não há razão se utilizar da incapacidade de ser parte visando pôr fim a um conflito decorrente de sua morte. O CPC possui diversos dispositivos para lidar com essa situação, não havendo necessidade de utilizar uma categoria não prevista pelo ordenamento jurídico para uma solução (in)satisfatória.

No entanto, vamos considerar uma hipótese absurda em que um objeto qualquer seja se coloque como autor de uma demanda. Por exemplo, uma mesa ou um aparelho celular. Obviamente, se um advogado realizar a postulação em juízo não é possível negar que houve um processo postulado. O processo existe porque há uma demanda ajuizada. Não obstante, ao examinarmos o ordenamento jurídico brasileiro, não será possível encontrar nenhum direito conferido a uma mesa ou a um aparelho celular. Isso significa, em primeiro lugar, que a mesa ou o celular não ocupam o papel de sujeito ativo em qualquer relação jurídica de direito material, não sendo partes legítimas para litigar. Sob outro ponto de vista, não há interesse processual na demanda apresentada, pois nenhuma decisão judicial seria útil para beneficiar a mesa/

autora ou o celular/autor. Nem mesmo essa hipótese precisa ser resolvida com a utilização da capacidade de ser parte, uma vez que pode ser tratada por meio dos demais mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico vigente.

É imperioso analisar sistematicamente o ordenamento jurídico para verificar se o autor indicado na petição inicial possui a possibilidade de atuar como sujeito ativo na relação jurídica de direito material alegada. Se positiva a resposta, ele é parte processual com legitimidade para agir. Se negativa, ele pode ser parte, mas sem a necessária legitimidade (e por vezes interesse) para ensejar uma decisão de mérito, o que significa que o processo deve ser extinto.

Entre os Códigos de Processo Civil estaduais, merece destaque o Código de Processo da Bahia (Lei 1.121, de 15 de agosto de 1915). O anteprojeto do referido código foi elaborado por Eduardo Espínola, fortemente influenciado pelo ZPO alemão (que também influenciou as famosas codificações processuais da Áustria em 1895 e da Hungria em 1910) (BARBOSA MOREIRA, 2003). Tal codificação inicia com dois artigos que distinguem a capacidade de ser parte da capacidade para estar em juízo, no capítulo que trata especificamente desta segunda capacidade. Logo no artigo 1º, que possui redação semelhante ao § 50.1 do ZPO, estabelece que “podem ser partes todos aqueles a quem a lei civil atribui capacidade jurídica”. Da mesma maneira, o artigo 2º enfatizava que “podem diretamente acionar e ser acionados todos aqueles que têm capacidade de exercer os seus direitos civis”.

As demais codificações estaduais se inspiram na legislação pioneira da Bahia, entretanto não explicitam a definição de capacidade de ser parte. Se for feita uma comparação com o Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (Decreto 16.752/1924) é possível perceber que este também adere a proposta do código baiano em relação às “capacidades”, todavia não reproduz o artigo sobre capacidade de ser parte. Em seu artigo 5º, o referido código aborda a capacidade para estar em juízo, porém com pequenas modificações em relação ao original baiano: “Podem estar em juízo, pessoalmente, ou por mandatário, os que tiverem capacidade legal para o exercício dos direitos civis.” Da mesma forma, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Paraná (Lei 1.915/1920) também inicia com um capítulo tratando da capacidade para estar em juízo, sem prever nada sobre a capacidade de ser parte.

Passando para a análise do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421/19300 constata-se que não se tratou do tema “capacidade de ser parte”, nem mesmo se fornece uma definição sobre a capacidade para estar em juízo, restringindo-se a mencionar os casos de representação ou assistência (artigos 50-53).

Portanto, fora essa breve incursão da capacidade de ser parte na legislação processual estadual brasileira, especialmente no Código da Bahia,

no início do século XX, inspirada pela codificação alemã, essa categoria deixou de ser mencionada e não possui mais fundamento normativo.

A tendência mundial de não incluir a capacidade de ser parte como fator de exclusão da subjetividade processual foi seguida pelos Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939, 1973 e 2015, como mencionado. Isso indica que, no Brasil, aplicação dessa categoria têm origem exclusivamente na doutrina.

É provável que os renomados juristas da primeira metade do século XX, nomes como Eduardo Espínola, Lopes da Costa e, principalmente, Pontes de Miranda, que liam em alemão e puderam introduzir em território nacional grande parte dos conceitos do direito alemão, tenham mantido o debate sobre esses conceitos (BARBOSA MOREIRA, 2003), especialmente no que tange a formulação do Código de Processo Civil de 1939, que buscou ser instrumento de unificação processual no país.

Especificamente em relação à capacidade de ser parte, que foi retirada definitivamente no Brasil com a unificação do direito processual em 1939, excluindo a base normativa no direito brasileiro que a sustentava, esse conceito continua presente na obra de Pontes de Miranda. Ao que parece, essa adoção conceitual, é ideia importada do direito processual civil alemão que ainda prevê expressamente essa exigência no § 50 do ZPO.

A legitimidade dessa adoção conceitual, dada sua natureza excludente e restritiva ao acesso à justiça, não pode se basear unicamente em fundamentos teóricos, sem respaldo jurídico no ordenamento pátrio. Deve-se ter muito cuidado, pois ela pode ser manipulada para criar, promover ou implementar práticas discriminatórias, limitando as conquistas democráticas conquistadas no âmbito material: há pouca serventia em obter o reconhecimento de um direito se sua proteção correspondente for negada.

Conforme ressaltado por Sérgio Cruz Arenhart, o direito processual estatal só pode ser “realmente efetivo se dispuser de mecanismos de tutela adequados à realidade do direito material, às particularidades dos sujeitos envolvidos no conflito e prontos a oferecer exatamente o que o direito subjetivo proclama ao seu titular.” (ARENHART, 2003, p. 34).

Existe a possibilidade, contudo, de identificar na Constituição Federal a fonte normativa para a capacidade de ser parte: em tese, estaria inserida no art. 5º, XXXV, do texto constitucional, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa perspectiva está em consonância ao princípio do acesso à justiça, pois aquele que alega lesão ou ameaça a um direito possui capacidade de ser parte (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 426). Ou seja, aquele que se afirma como sujeito de direitos lesados ou ameaçados não pode ser privado da capacidade de ser parte.

Segundo Marcos Bernardes de Mello, a capacidade de ser parte não pode categorizar os sujeitos, pois esta existe “independentemente até mesmo de nacionalidade, e a lei não pode impor qualquer restrição a ela, sob pena de inconstitucionalidade no direito brasileiro, de acordo com a norma contida no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988.” (MELLO, 2000, p. 27).

No entanto, apesar dessa abordagem, fica evidente que a capacidade de ser parte, como pressuposto processual pode ser encarada como dispensável diante das consequências já conhecidas do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito fundamental de ação e da garantia constitucional de acesso à justiça (NERY JÚNIOR, 2004, p. 130-168)

Se essa for a base normativa da capacidade de ser parte no Brasil, tornando-a “ilimitada”, de modo que “a lei não pode impor qualquer restrição”, não há justificativa para mantê-la nos esquemas teóricos dos estudiosos do processo, pois se trata de um refinamento retórico desnecessário diante das demais construções derivadas desse mesmo dispositivo constitucional (GERAIGE NETO, 2003, p. 23-29).

Portanto, no Brasil, não há amparo legal para a capacidade de ser parte, pois não está elencado nas hipóteses no Código de Processo Civil. Um suposto fundamento constitucional para tal conceito carece de razão prática, o que não justifica sua inclusão doutrinária como pressuposto processual.

Levando em consideração que a capacidade de ser parte no Brasil não possui base normativa, além de não desempenhar a função de proteger o incapaz (e, portanto, não faz parte da garantia do processo justo), acaba não havendo justificativa pragmática para tal manutenção, devendo tal requisito ser prontamente excluído das categorias dos pressupostos processuais.

Supondo que fosse excluída a capacidade de ser parte, os pressupostos processuais de existência poderiam se concentrar na jurisdição (juiz investido), na presença daquele que postula (um autor adequadamente identificado) e a existência de uma pretensão.

Em relação às partes, além da legitimidade *ad causam*, surge o conceito geral de capacidade processual, englobando duas categorias: a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória.

A capacidade processual então deixaria de ter uma configuração tripla e passaria a ser composta por duas categorias. Vale ressaltar que, nessa hipótese, eliminar-se-ia as sobreposições terminológicas, tornando a exposição teórica mais clara, com um respaldo normativo evidente: CAPACIDADE PROCESSUAL = CAPACIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO + CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A capacidade processual, como pressuposto processual subjetivo, protege as partes, sendo necessária para um processo justo, garantindo a igualdade de condições. Não há nada prejudicial em seu conteúdo, pois não

é um meio de exclusão de subjetividades ou de restrição ao acesso à justiça. Essa configuração torna a teoria mais leve e pragmática, menos obscura e inútil, com a vantagem de estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

Normativamente, a capacidade para estar em juízo está presente nos artigos 70 a 76 do CPC; a capacidade postulatória nos artigos 103-107: juntas, formam a capacidade processual, como um pressuposto processual subjetivo de validade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, ao longo da exposição, que a permanência da ideia dos três níveis da capacidade processual (capacidade de ser parte; capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória) deve ser superada pela doutrina processual brasileira, passando a adotar a estrutura de dois requisitos: capacidade para estar em juízo e a capacidade de representação. No presente ensaio foi apresentado uma reflexão acerca das concepções doutrinárias relacionadas à capacidade processual, especialmente no que se refere à sua abrangência teórica.

Para esse fim, os três primeiros tópicos têm como objetivo contextualizar a matéria, revisitando os termos e conceitos envolvidos e enquadrando as “capacidades” no âmbito da teoria processual.

Em caráter propositivo, o presente ensaio indicou no último tópico, ao explicar a imperiosa necessidade de extinguir a capacidade de ser parte como pressuposto processual, uma alternativa teórica, ponderando o impacto dessa reflexão na reanálise da capacidade processual, visando tornar tal capacidade mais inclusiva e menos discriminatória.

O desenvolvimento dessa lacuna na literatura possibilitará o aprimoramento de uma nova abordagem, permitindo a construção de uma jurisprudência progressivamente mais receptiva em relação aos novos sujeitos e às novas formas específicas de tutela jurisdicional. A prioridade na análise do mérito e a concretização da promessa constitucional de acesso à justiça para todos, poderá garantir um direito mais justo e solidário, independentemente de raça, gênero e espécie, sem permitir qualquer outra forma de discriminação.

A exclusão de sujeitos processuais, por falta de capacidade de ser parte, não se restringe apenas a casos de humanos falecidos, pois os novos sujeitos de direitos estão sendo discriminados e impedidos de terem acesso à Justiça em relação a direitos reconhecidos pela legislação brasileira, sob o pretexto de falta de capacidade de ser parte.

Portanto, temos, no Brasil, um campo específico que prima pela participação para que, por meio da inafastabilidade, seja realizado a concretização

do direito material. O debate sobre a capacidade de ser parte não se restringe a um debate abstrato. De fato, é necessário criar essa consciência da responsabilidade da doutrina processual de que as posições replicadas majoritariamente pelos pesquisadores e estudiosos acabam se tornando o discurso vencedor, orientando certos procedimentos, tendo grandes impactos práticos.

As categorias teóricas que constituem a capacidade de ser parte não devem ser obstáculos à realização de direitos materiais garantidos constitucionalmente, especialmente se tal barreira não possui embasamento normativo. Tal medida pode (re)aproximar o ordenamento ao compromisso com a proteção dos vulneráveis e com a busca de um processo cada vez mais justo e inclusivo.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; GORDILHO, Heron José de Santana. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369442733>.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 100-109, out./dez. 1989.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 23, p. 23-39, 2003.
- BÜLOW, Oskar von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 23. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, v. 1.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DOTTI, Rogéria Fagundes. Comentários** ao art. 76 do Código de Processo Civil. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.
- FRASCH, Pamela D.; HESSLER, Katherine M.; WAISMAN, Sonia S. **Animal Law in a nutshell**. 2. ed. St. Paul/MN: West Academic Publishing, 2016.
- GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LAZZARI, João Batista. Os juizados especiais como instrumento de acesso à justiça e de obtenção de um processo justo. **Revista CEJ**, Brasília, ano XX, n. 70, p. 29-37, set./dez. 2016.
- LIMA, Alcides Mendonça. **A primazia do Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul**, disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281013675.pdf. Acesso em: 5 fev. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2.

- MELLO, Marcos Bernardes de. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, p. 8-34, jul./set. 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, tomo I.
- RAGONE, Álvaro J. Pérez; ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO)**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305227134_Codigo_Procesal_Civil_Aleman_Traduccion_al_espanol_con_Estudios_Introductorios. Acesso em: 15 jan. 2021.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução, 2012.
- SZYMANOWSKI, Cristiano José Lemos. Aspectos históricos e estruturais do processo civil brasileiro: um estudo sobre a unidade processual. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora**, v. 2, n. 2, p. 146-163, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/58/46>. Acesso em: 1 fev. 2021.
- TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS

Isabella Henrique Bonadio¹

“Em nome de interesses pessoais, muitos abdicam do pensamento crítico, engolem abusos e sorriem para quem desprezam. Abdicar de pensar também é crime”.

(Hannah Arendt)

RESUMO

Com o Brasil no pináculo da lista dos países que mais realizam cirurgias plásticas no mundo, é indubitável que OLa consequência direta disso é a demanda, no Poder Judiciário, de indenizações por erro médico. A responsabilidade civil do médico sempre será aferida mediante a culpa *stricto sensu*, carecendo, para tanto, uma ampla produção de provas, mormente de análises profissionais. Destarte, buscamos mostrar a importância e o funcionamento da relação médicopaciente, perfazendo-se nevrálgica para obtermos o binômio esclarecimento-consentimento, instrumento eficaz para efetivar as garantias de acesso à saúde e à informação, conforme estudo novel junto à Constituição Brasileira de 1988. Nesse contexto, buscamos demonstrar que a relação médico-paciente possui alicerces do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, uma relação consumerista. Ademais, construímos um pensamento acerca da diferença entre obrigação de meio e resultado, enfrentando os dilemas e detectando uma posição equivocada do Superior Tribunal de Justiça ao caracterizar a cirurgias plásticas com fins meramente estéticos como obrigação de resultado. Assim, quando constatado o equívoco, trabalhamos em cima de argumentações plausíveis e suficientes para afastá-lo, mormente no sentido de que o conceito de belo é subjetivo e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza. A partir disso, propomos uma revisão desse paradigma jurisprudencial equivocada, para que as mudanças sejam implementadas no nosso ordenamento jurídico na toada médica.

Palavras-chave: responsabilidade civil; erro médico; código de defesa do consumidor; subjetividade; beleza.

¹ Graduada e Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e pós graduanda em Compliance, Governança, Riscos, Anticorrupção e Fraude pela USP.

INTRODUÇÃO

Iniciando-se o presente estudo a partir de um breve exame do ordenamento jurídico do âmbito da responsabilidade civil, abordaremos a sua natureza jurídica à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, trazendo à baila o seu lineamento histórico, as espécies, elementos e excludentes de culpa. Nesse viés, urge salientar, desde já, que o referido instituto possui o encargo de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano, porém, tão somente quando surge a vontade de reparar a harmonia violada que constituiremos a fonte geradora da responsabilidade civil.

O termo responsabilidade é derivado da raiz latina *spondeo*. Mais especificamente, do verbo *respondere*, voltado à ideia de segurança, restituição e compensação de um bem sacrificado.

À luz de tal informação, acreditamos ser um tema de extrema relevância e importância nos tempos atuais, por oferecer a proteção mínima e necessária contra danos e fatores de perecimento acarretados por condutas culposas de outrem, legitimando-se, destarte, como uma ferramenta jurídica garantidora de bens imateriais e materiais violados.

Ademais, mister ressaltar que a responsabilidade civil é um instituto integrante do direito obrigacional, pois da prática de um ato que gera dano, nasce, para o seu autor, a obrigação de indenizá-lo e, conseqüentemente, o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto certa prestação. Assim, a responsabilidade civil é o próprio problema do direito e, neste sentido, cristalizamos o conceito de responsabilidade civil com o seguinte entendimento o qual é todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, com intuito de restabelecer a harmonia fragmentada.

Com esboço no esboçado acima, o Brasil, no seu Código Civil de 1916, adotou a teoria subjetiva, que exige a demonstração de dolo ou culpa do causador do dano para que caracterize a obrigação de repará-lo. Posteriormente, o atual Código Civil brasileiro, de 2002, conquanto manteve a mesma estrutura do *códex* anterior, tratou a responsabilidade civil com mais complexidade, adotando também a responsabilidade objetiva, que é fundada na teoria do risco. E, a partir dessas duas teorias, desenvolveremos este estudo para tratar da responsabilidade civil por erro médico.

Ademais, compulsando o site do Conselho Nacional de Justiça, verificamos a expressividade do número de demandas judiciais em razão de erro médico, pois em pesquisa realizada entre os anos de 2014 e 2017, foram ajuizadas 83.728 ações demandando indenizações por “erro médico”.²

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe enormes conquistas teóricas, resguardando, dentre outros, o direito à saúde e à vida em vários de seus dispositivos, devendose ressaltar que é classificado como direito fundamental social. Sob ótica das referidas inteligências, bem como de outros diplomas legais que abordaremos ulteriormente, trasladaremos tais teses à responsabilização dos profissionais de medicina, mormente na atuação dos cirurgiões plásticos.

A respeito disso, no ano de 1798, Pierre Joseph Desault³ anatomista e cirurgião plástico da era moderna, pela primeira vez atribuiu a palavra *plastiqué* como termo da especialidade médica: cirurgia plástica.

A temática em apreço afigura-se extremamente importante e relevante na medida que dados apontam o nosso território nacional como o país líder e de maior número de procedimentos estéticos realizados no mundo.

Para tanto, vale lembrar que as cirurgias plásticas ganharam enorme desenvolvimento no Brasil, tal qual criou-se o Estatuto Brasileiro de Cirurgia Plástica, bem como a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Outrossim, no âmbito da cirurgia plástica para efeitos estéticos, esta ganhou até disposição no Código de Ética Médica anterior, em seu artigo 51.

Com base neste ponto, lecionamos, desde já, que possuem uma circunstância específica como profissionais, vez que a doutrina majoritária e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida.

Nessa esteira, em razão da amplitude do assunto, focar-se-á na análise da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas traçando paralelos e apontando as diferenças entre cirurgia estética (obrigação de resultado) e reparadora (obrigação de meio), expondo divergências doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais no âmbito da atuação médica.

Para consecução de tal entendimento polêmico, primordial também adentrarmos ao conceito de resultado embelezador. Isto porque, além de ser

CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-ações/pj-justiça-emnumeros>. Acesso em: 02 maio 2021.

³ Pierre-Joseph Desault (1738-1795) was the first French professor of clinical surgery. He was chief surgeon at La Charité and Hôtel-Dieu in Paris, where he developed a new method for teaching anatomy and modified the teaching of surgery. His fame was due to his dedication and to the number and quality of fellows, who included Bichat, Louis, Corvisart, Dupuytren, Percy, Richerand, Petit, Chopart, and Gavard. He taught while performing surgery, and his school included up to six hundred fellows at a time, practicing in the 1200-bed Hôtel-Dieu. He "imprinted" his pupils with his professional teaching, his surgical procedures and his personal charm. (SANTO, Natale G. de; BISACCIA, Carmela; SANTO, Luca S. de; CIRILLO, Massimo; RICHET, Gabriel. Pierre-Joseph Desault (1738-1795) - a forerunner of modern medical teaching. *J Nephrol*, v. 16, n. 5, p. 742-753, set./out. 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14733424/>. Acesso em: 04 maio 2021).

pouco abordado pela doutrina e jurisprudência, também é um conceito subjetivo e parcial, ou seja, o belo para um, pode não ser para outrem. Trazendo esta questão à baila, entenderemos se o *expert* da medicina que fez um procedimento cirúrgico para fins estéticos e não entregou o resultado esperado pelo paciente, pois este não o achou bonito, deve ser indenizado por erro médico.

Além disso, a título de informação complementar, coletaremos os dados mais recentes disponíveis que nos permitam analisar, apontar e especificar os casos mais comuns de erro médico por cirurgias plásticas no Brasil, quais sejam a prótese de silicone nos seios e a lipoaspiração, em segundo lugar.

Posto isso, surge uma importante indagação a ser aqui trabalhada: deve o cirurgião plástico responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por resultado não embelezador nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos?

O Brasil é líder mundial na realização de cirurgias plásticas e muito tem se discorrido acerca do entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se posiciona radicalmente a favor da caracterização da obrigação de resultado nas cirurgias plásticas meramente estéticas, por meio da culpa presumida, diferenciando-se de outros médicos.

Acreditamos, entretanto, que embora a obrigação do cirurgião plástico seja de resultado, em decorrência das suas atribuições e da própria natureza de sua especialidade médica, conforme a jurisprudência, é importante revisitar e revistar cada caso antes de simplesmente impor a vez que a doutrina e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida do profissional. Nessa toada, ressalta-se a extrema importância da perícia médica para constatar se houve erro médico durante o procedimento cirúrgico, bem como a razão do resultado adverso.

Objetivamos, portanto, de maneira geral, apresentar os tipos de responsabilidade civil, mormente a diferença da objetiva e da subjetiva, para, somente após, tratarmos da responsabilidade médica propriamente dita. Ademais, questões processuais também serão trazidas à tona, tendo em vista a ocorrência da inversão de ônus da prova e de prova pericial nos casos de erro médico.

Especificamente, buscamos refletir acerca da caracterização de responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, e apontar a diferença de cirurgia plástica com obrigação de meio e de resultado, propondo um olhar mais pragmático e justo para esta realidade dos cirurgiões plásticos; além disso, apontar como é primordial a verificação de culpa do médico, bem como que o legislador, por meio do Código de Defesa do Consumidor acertou ao imputar a responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais; outrossim, as consequências quando incidir o erro médico, bem como o *quantum*

da liquidação do dano causado por erro médico em cirurgias plásticas e as maneiras de ressarcir o dano.

Para tanto, realizamos uma pesquisa explicativa, pois além de estudarmos detalhadamente todo instituto da responsabilidade civil, colocamos frente a frente a teoria e a prática. Em conjunto desta, realizamos também uma pesquisa exploratória, tendo em vista a abordagem de um conceito pouco trabalhado pela jurisprudência: a difícil conceituação de resultado embelezador.

Ademais, adotamos o método hipotético dedutivo, iniciado com um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses e por uma inferência dedutiva, falseando e refutando-a, em busca de uma resposta conclusiva para o problema em questão, qual seja se o cirurgião plástico deve responder dentro desse contexto por uma obrigação de meio ou de resultado.

Desse modo, o desenvolvimento do presente trabalho dar-se-á com arrimo neste raciocínio preliminar, sobrescrevendo o atual tratamento e funcionamento do jurídico brasileiro concedido pela responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, viabilizando-se a discussão do conceito de resultado embelezador, diferenciando o conceito de cirurgia plástica para fins estéticos e reparadores, analisando a relação médico-paciente no sistema de saúde brasileiro, e a caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico. Abordaremos as balizas da atuação do Poder Judiciário dentro desses processos, a ocorrência de inversão do ônus da prova, a verificação de erro e culpa por parte do médico, excludente de responsabilidade e o funcionamento da liquidação do dano causado ao paciente.

Destarte, o trabalho aborda três pontos principais, os quais se estruturam entre três capítulos, dois deles com quatro subdivisões, e o último com três, para consagrar melhor harmonização de leitura e estrutura das questões abordadas.

O primeiro capítulo foi dedicado a revisar e recordar os princípios gerais da responsabilidade civil no Brasil por meio de um estudo de seus elementos, como conduta (ação ou omissão), dano, nexos causal e resultado, tema que exigiu uma busca histórica, desde à antiguidade, conforme já consignado anteriormente na introdução. Outrossim, primordial tratar das espécies de responsabilidade civil presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, subjetiva e objetiva, além da responsabilidade extracontratual e contratual. Logo, finalizamos com as excludentes da responsabilidade civil, primordial para concluirmos se houve, de fato, erro médico ou culpa exclusiva da vítima.

No segundo capítulo, trataremos dos elementos da responsabilidade civil médica, elemento fundamental para lograr sucesso no entendimento deste estudo. Passaremos a detalhar a natureza da referida responsabilidade,

conhecer a medicina e o trabalho do médico mais de perto, bem como analisar as suas obrigações de sempre empregar e utilizar as melhores técnicas e diligências para chegar ao meio ou resultado esperado pelo paciente, além da necessidade e o dever de informação adequada, clara e específica, o consentimento e transparência de ambas as partes para preservar a relação médico-paciente; ainda neste capítulo aprenderemos uma nova modalidade gatilho para ingresso de ação indenizatória: a oriunda da falta de informações e consentimento. Nesse sentido, quando incidir a culpa médica, partiremos para explorar o sistema judiciário brasileiro para analisar os casos em que há inversão do ônus da prova. Veremos, ademais, que o *expert* da medicina não pode garantir sempre a cura, porque a vida e a morte são valores que pertencem as esferas espirituais, conforme narra o próprio Código de Ética Médica. Entretanto, em alguns casos, há a obrigação de resultado, conforme determinado pela doutrina majoritária e a jurisprudência.

A partir disso, será abordado, no momento seguinte, o terceiro e último capítulo, a questão da responsabilidade civil médica e o erro médico nas cirurgias plásticas, bem como as hipóteses de caracterização. Traremos dados atualizados acerca das cirurgias plásticas mais procuradas pelos indivíduos, a título de informação complementar, além de diferenciar as cirurgias plásticas com obrigação de meio e de resultado. Mais adiante, colocaremos em jogo o difícil conceito de resultado embelezador, abordando, inclusive, teorias filosóficas David Hume, que nos ensina uma percepção totalmente subjetiva do conceito de belo, bem como do autor Michael Heim, que estuda o conceito e as teorias das mídias digitais. Por fim, de pensamentos da psicologia, que nos norteiam acerca dos motivos pelos quais as pessoas buscam demasiadamente as cirurgias plásticas, qual seja, o modelo de corpo padronizado do século XXI, incentivado pelos ideais midiáticos, fundamentados também pela teoria das mídias digitais, para chegarmos em uma inexorável conclusão acerca do tema.

1 PRINCÍPIOS GERAIS RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO

O Direito Positivo cristaliza regras primordiais para a convivência social, sancionando àqueles que infringem ou causem lesão a outrem. Dessa maneira, a palavra “responsabilidade” tem sua origem no latim *respondere*, significando a obrigação de um indivíduo perante outrem para assumir as consequências jurídicas de sua atividade, seja penal, ou civil.

Partindo do pressuposto que a noção jurídica de responsabilidade é uma atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola norma jurídica preexistente, surge a necessidade de reparação à vítima,

também chamada em âmbito civilista de sanções civis (indenização, restituição *in specie*, execução forçada, anulação de ato, etc.).

Afigura-se viável, para fins didáticos e necessários, antes de se adentrar na temática em apreço, partir o estudo de alguns conceitos fundamentais e de extrema relevância no âmbito da responsabilidade civil. Para tanto, tomar-se-á como ponta pé inicial a exposição do Código Civil de 1916 e, ulteriormente, a atual legislação em vigor, sob número 10.406, desde 2002. Nessa perspectiva, é fundamental destacar e trazer à baila o momento histórico do surgimento de cada um desses dispositivos, utilizados de modo recorrente ao longo desta apresentação.

Retornando à época do Brasil Colonial, ainda durante a vigência das Ordenações do Reino português, constatamos a ausência de regra expressa na esfera do ressarcimento do dano moral, sendo muito questionável afirmação de sua possibilidade naquele momento histórico.

Somente com o advento do Código Civil brasileiro de 1916, cuja Lei é nº 3.071/16, com vigor a partir de janeiro de 1917, especificamente na redação dos artigos 76⁴, 79⁵ e 159⁶, que nos trouxe às primeiras defesas da tese da reparabilidade do dano moral. Entretanto, tendo em vista que o artigo 159 não se referia expressamente às lesões de natureza extrapatrimonial e que a regra do artigo 76 imputava o dispositivo de ordem processual, condicionando o direito de ação a existência de um interesse, a jurisprudência e doutrina local passaram a negar, peremptoriamente, a tese da reparabilidade dos danos morais.

Tal análise se justifica em virtude da conjuntura da época, pois no final no século XIX e início do século XX, quando elaborado o referido *códex*, a matéria ainda não havia atingido um estágio de maturidade teórica e jurisprudencial. Além disso, a responsabilidade civil é algo contemporâneo, visto que surge pela primeira vez no final do século XVIII, no direito revolucionário francês.

Ademais, urge salientar que sobrevieram legislações especiais que regularam setorialmente o assunto, dentre as quais podemos citar o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa (ora revogada), a Lei dos Direitos Autorais, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, todas contendo dispositivos específicos que versam sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais, fazendo com que os danos morais possam ser objeto de ação de responsabilidade civil.

⁴ “Art. 76: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

⁵ “Art. 79: Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos contra o culpado.”

⁶ “Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”

De tal entendimento, destarte, concluímos que prevaleceu no direito brasileiro, *a priori*, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a tão somente em hipóteses expressamente elencadas no Código Civil ou em leis extravagantes. Posteriormente, entretanto, com a promulgação da vigente Constituição Federal, em 1988, é indubitável que houve a ampliação da reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi incorporada nos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

De outra banda, mas ainda essencialmente conexo ao Código Civil de 1916, emerge que este filiou-se à teoria subjetiva, a qual exige prova de dolo ou culpa do causador do dano para haja a obrigação de repará-lo.

Sob inspiração do Código Napoleão, o Código Civil de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade na teoria subjetiva, centrada no ato ilícito, que tem a culpa *lato sensu* como elemento nuclear. Assim, para que fizesse jus à indenização pelos danos sofridos, requeria-se da vítima a difícilíssima prova da culpa, que, fortemente contaminada por caráter moral, revelava-se na conduta negligente, imprudente ou imperita. Nesse cenário, três são os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: conduta culposa do agente; dano; e nexa causal entre a conduta e o dano.⁷

Aproveitando que a citação supramencionada faz uma menção ao Código de Napoleão, urge salientar que no século XVII este dispositivo determinou que os danos produzidos em decorrência de erro médico fossem devidamente reparados, gerando na Academia de Medicina de Paris uma contraofensiva por não aceitarem que os médicos cirurgiões fossem responsabilizados pelos erros cometidos de boa-fé no exercício de sua atividade artística.

O iluminismo europeu é o alicerce da teoria subjetiva em âmbito econômico, social e ideológico, afirmando-se legislativamente com o Código Civil francês de 1804. Ademais, analisando a referida legislação:

A base doutrinária da famosa regra do art. 1.382, do *code* – “*O fato humano culposo sujeita o agente a reparar o dano*” resultou dos estudos de Domat e Pothier. Ainda no século XVIII, ambos assentaram a regra geral que incumbe ao culpado indenizar a vítima. Essa concepção de responsabilidade civil decorrente de procedimento culposos se solidificou, expandindo-se pela generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais nos séculos XIX e XX, ficando conhecida como a teoria clássica da responsabilidade civil.⁸

⁷ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 6

⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS DE, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2019. p. 601.

Mais adiante, contudo, o desenvolvimento industrial e a multiplicação de danos ocasionaram o surgimento de novas teorias, tendentes a garantir maior proteção às vítimas. Nesse prisma, surge a teoria do risco (responsabilidade objetiva), que não substitui a teoria da culpa (responsabilidade subjetiva), mas subsume a ideia de que algumas atividades cotidianas oferecem perigo ou risco e o agente assume a obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros dessa atividade. Na primeira, portanto, desde que exista um dano, nasce o dever de ser ressarcido, independente de culpa, ao passo que na segunda dependerá, indubitável e indiscutivelmente, de prova.

Ademais, a responsabilidade objetiva é fundada no princípio da igualdade, existente desde o direito romano: quem auferir os cômodos, deve suportar os incômodos.

Diante da inteligência acima esposada, partiremos para o Código Civil em vigor, que embora mantenha a mesma estrutura da legislação anterior, trata do referido instituto com mais profundidade. Nesse norte, importante salutar, desde já, que é quimérica a existência de hierarquia axiológica e normativa entre a teoria objetiva e subjetiva, uma vez que o Código Civil não concedeu primazia a uma ou a outra para qualquer imputação de danos.

A reestruturação do Código Civil brasileiro de 2002 viabilizou substituir o princípio da culpa pelo princípio do risco que ocorrerá com fundamento nas considerações e consequências de uma conduta em um ambiente social, tido como critério hermenêutico de escolha de uma regra de decisão. Essa valoração social abraçará além de uma função coercitiva, uma função constitutiva de princípios.

Nesse sentido, a principal inovação do Código Civil de 2002 no instituto da responsabilidade civil foi, indubitavelmente, o legislador ter adotado uma teoria do exercício de atividade mais ferrenha e avançada, além do princípio da responsabilidade independente de culpa em casos elencados em lei. Entretanto, pecou ao não prever a possibilidade do agente, por meio da inversão do ônus da prova, de exonerar-se da responsabilidade mesmo se provar que adotou todas as medidas plausíveis para evitar o dano.

Na legislação anterior, encontravam-se atividades perigosas apenas em lei especial e, as que não fossem, caíram na norma geral Código Civil, consagrado unicamente pela responsabilidade subjetiva. No atual diploma, o parágrafo único do artigo 927⁹, não revogou as leis especiais existentes e permitiu que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas.

⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Arrimando nessa inteligência inovadora do novo *códex*, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado exclusivamente na culpa, podendo ser encontrado no fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que duplicam o risco de danos.

Ademais, mister pontuar que o Código Civil de 2002 dedicou poucos artigos à responsabilidade civil. Isto porque, na Parte Geral, assim como no livro anterior, há o conceito de ato ilícito, este presente no artigo 186, além do conceito de abuso de direito previsto no artigo 187, categorias básicas da responsabilidade civil, além de outros que carregam em seu bojo a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. Já na Parte Especial, determinou, no artigo 329, a regra básica da responsabilidade contratual e, por fim, destinou dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, elencados no título IX, denominado

“Responsabilidade Civil”.

Partindo-se de tais bases terminológicas apresentadas, os quais despertam especial relevância à exposição deste trabalho, torna-se propício, no presente momento, o avanço do raciocínio e o tratamento específico e detalhado das espécies, elementos e excludentes da responsabilidade civil.

1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Desta feita, alicerçando-se nas premissas teóricas lançadas na oportunidade acima, notadamente no que pertine ao Código Civil de 1916 e atual, faz-se essencial, ainda, antes de se proceder ao exame aprofundado da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, tratarmos acerca das espécies de responsabilidade civil.

De proêmio, adentraremos no conceito de responsabilidade civil e responsabilidade penal, abordando as suas distinções e particularidades.

No caso da responsabilidade penal, cujo o lesado é a sociedade, o agente infringe uma norma de direito público. Já na responsabilidade civil, o interesse lesado é o privado, ficando a critério do prejudicado acionar ou não o judiciário para pleitear a reparação.

Sob referido prisma, quando ocorrer uma colisão de veículos, poderá ocasionar a responsabilidade civil do culpado, nascendo, assim, a obrigação de pagar as despesas com o conserto de todos os danos gerados. Porém, dependendo das circunstâncias, poderá acarretar, também, a responsabilidade penal, mormente se houve ferimentos e configurou crime previsto nos artigos 121, §3º ou 129, §6º da Lei nº 2848/40, o Código Penal. Nesse sentido, é inquestionável que uma ação, ou omissão pode gerar a responsabilidade civil do agente, ou apenas a responsabilidade penal, ou ambas as responsabilidades.

Com relação a imputabilidade, verifica-se tratamento discrepante entre as duas matérias por ora discutidas. Admite-se, civilmente, que menores de dezoito anos sejam também responsabilizados, de maneira equivalente, se os responsáveis pela guarda não puderem fazê-lo. Do viés penalista, os menores de idade estão sujeitos exclusivamente às medidas de proteção e socioeducativas, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora em alguns casos de erro médico possa também ensejar a responsabilidade penal, o presente estudo se volta para a esfera cível, perfazendo-se entender, essencialmente, que qualquer ação ou omissão pode causar responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem.¹⁰ Ademais, segundo essa mesma matéria, a culpabilidade, segundo a regra *in lege aquila et levíssima culpa venit*, mesmo sendo leve, é obrigatória a indenização.

Com vistas em tal conjuntura, necessário ponderar que a responsabilidade civil é patrimonial, pois o devedor responderá por suas obrigações, podendo ter seus bens penhorados por meio dos instrumentos de efetividade da jurisdição, entretanto, se não os encontrar, a vítima permanecerá irressarcida.

A partir daí, uma vez abordada a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, iremos estudar e salutar a responsabilidade contratual e extracontratual.

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, ela será extracontratual, aplica-se o disposto no artigo 186 do Código Civil, chamada também de aquiliana. Já na responsabilidade contratual, existe uma convenção prévia entre as partes que não será cumprida.

A título de melhor compreensão, faz-se necessário exemplificar ambas modalidades: quem entra no ônibus municipal celebra um contrato, chamado de adesão, com a empresa de transporte.¹¹ Assim, esta assume a obrigação de conduzir o passageiro até o seu destino final, são e salvo e, caso ocorra algum acidente que deixe o passageiro ferido, estaremos diante do inadimplemento contratual, gerando, por conseguinte, a responsabilidade de indenizar as perdas e danos.

Por outro lado, ao exemplificarmos a responsabilidade extracontratual, estaremos diante de um atropelamento. *In casu*, o agente infringe um dever legal, não existindo, porém, acordo prévio e vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano.

¹⁰ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v. p. 44.

O *códex* civilista diferenciou essas duas espécies de responsabilidade, aplicando-se, além do artigo 186 aludido acima, os artigos 188, 927 e 954, ao passo que o contratual se encontra nos artigos 389 e seguintes, bem como no 395 e seguintes.

Ademais, além dessa distinção, cabe trazeremos à baila o que diz respeito ao ônus da prova, mormente porque será muito tratado nos próximos capítulos quando adentrarmos no tema específico deste estudo.

Caso a responsabilidade seja contratual, o credor será obrigado a demonstrar o não cumprimento da prestação, ao passo que o devedor não será condenado a reparar o dano se comprovar a ocorrência de alguma das excludentes previstas em lei, a saber: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Conclui-se, portanto, a atribuição, ao devedor, do *ônus probandi* no caso de responsabilidade contratual.

De outra toada, quando a responsabilidade é extracontratual, o autor da ação, ou seja, a vítima do dano, é quem possui o ônus de provar que o fato se deu em razão da culpa do agente.

Correlacionando o tema em questão no que diz respeito ao cerne deste estudo, entendemos que as ações indenizatórias por erro médico em cirurgias plásticas é uma relação de responsabilidade contratual, pois incide a responsabilidade derivada de contrato prévio entre o profissional de saúde e o paciente. Consequentemente, portanto, caberá ao médico provar a ocorrência de alguma das excludentes previstas em lei.

Outra diferença existente entre a responsabilidade extracontratual e contratual é sobre às *fontes de que promanam*. Enquanto a primeira tem em seu bojo o dever de não causar dano a outrem, *neminem laedere*, conforme elencado no artigo 186 do Código Civil, a segunda é oriunda da convenção celebrada entre as partes.

Ainda há uma diferença no que se refere à *capacidade do agente* causador do dano. Partindo do pressuposto que a celebração de contrato exige agentes plenamente capazes, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios, tendo em vista que de acordo com o Código Civil menores de 18 anos são absolutamente incapazes¹² e relativamente incapazes¹³, dependendo da idade, exceto se, já tendo 16 anos, de má-fé declarou-se maior¹⁴, restringe

¹² “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

¹³ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

¹⁴ “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”

a responsabilidade contratual, vez que apenas indivíduos plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas. Sendo assim, a responsabilidade extracontratual não possui vínculo, logo, não exige capacidade plena de outrem e, portanto, é mais comumente no ordenamento jurídico.

Em suma, concluímos que a ilicitude contratual se consuma com o descumprimento de obrigações celebradas anteriormente, enquanto a ilicitude extracontratual se perfaz das seguintes formas: em *stricto sensu* (subjeto), pelo descumprimento de normas jurídicas (artigo 186 do Código Civil) e, em última hipótese, em sentido objetivo pelo ilícito funcional ou abuso de direito, conforme prevê o artigo 187 do Código Civil.

Insta salutar a decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à prescrição da responsabilidade contratual, que são de 10 anos, e não de 3, conforme elencado no artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil.¹⁵

Passamos à análise de mais duas espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e objetiva.

A culpa era fundamento da responsabilidade, haja vista a teoria clássica, também chamada de “subjetiva”, a qual pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Destarte, a responsabilidade subjetiva é um mecanismo que protege o interesse das vítimas contra danos e lesões provocadas pela conduta repreensível de outrem.

Primordial consignar, desde já, que a culpa compreende o dolo (intenção deliberativa) e a culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência, as quais serão tratadas detalhadamente no próximo tópico). Entretanto, pondera-se, desde já, que na imperícia e na imprudência o agente tem atitude comissiva, isto é, de ação, enquanto na imperícia, executa sem a habilidade necessária, enquanto que na imprudência faz sem o cuidado devido. Por sua vez, a negligência a uma atitude é omissiva, pois o agente deixa de fazer algo essencial.

De acordo com esta tramontana, caso a conduta do agente não seja voluntária, não decorrendo de imprudência, negligência ou imperícia, não há que se falar em ato ilícito e reparação de danos. Afirma-se, pois, que o liame da responsabilidade subjetiva é a culpa e, conseqüentemente, a sua prova faz com que esteja caracterizada o dano indenizável.

Cumprido salientar que a legislação brasileira estabeleceu que a responsabilidade dos médicos é regulada pelo sistema fundado em culpa, pois ao tratar dos danos engendrados aos pacientes no exercício da atividade profissional, a inteligência do artigo 951 do Código Civil¹⁶ aduz clara

¹⁵ “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;”

¹⁶ “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida

e expressamente a “negligência, imprudência ou imperícia”, perenizando a norma prevista no artigo 1.545 do diploma civil de 1916.

Mais incisivo, neste sentido, é o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor¹⁷, o qual prevê uma exceção ao regime de responsabilidade do fornecedor fundada no defeito do serviço, ao determinar que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Contudo, no curso do século XIX, diante da insuficiência em atender as demandas da sociedade geradora de riscos habituais, ocorre o nascimento e, posteriormente, a consagração do hodierno momento do direito, qual seja a adoção da responsabilidade objetiva pelo *códex* civilista. Desse modo, os juristas enunciaram a teoria objetiva, também chamada de risco, a qual reconhece o dever de reparação do dano mesmo sem culpa do agente.

Nesse diapasão, a lei impõe, a determinadas pessoas e situações, a reparação de dano independente de culpa, sendo denominada de responsabilidade objetiva, vez que dispensa a culpa e se satisfaz somente com o dano e o nexo de causalidade. O nome desta teoria, comumente conhecida e chamada de objetiva, também intitulada de risco, tem em seu bojo que todo dano é indenizável, devendo ser reparado por quem a ele esteja ligado por um nexo de causalidade, livre de culpa.

Desta feita, portanto, entendemos que o ponto central da diferença entre as duas responsabilidades está na necessidade ou não de culpa. De um lado encontraremos a responsabilidade objetiva, a qual é reconhecida por sua independência de culpa, enquanto por outro, nos deparamos com a responsabilidade subjetiva, cuja sua prova culpa faz-se essencialmente necessária.

Aprofundando o tema em apreço, entendemos que a responsabilidade subjetiva é a regra do ordenamento jurídico, sem prejudicar, porém, a adoção da responsabilidade objetiva em diversos dispositivos esparsos do Código Civil. Nessa esteira, podemos lembrar os artigos 936, 937 e 938, que versam, respectivamente, das responsabilidades dos: donos de animais, donos dos prédios em ruína e do morador da casa da qual caírem objetos. Ademais, importante consignar o artigo 933, cujo responsabiliza pais, curadores, tutores, empregadores, donos de escolas e hotéis, independente de culpa, pelos atos danosos causados por filhos, curatelados, hóspedes, empregados, hóspedes e educandos. Nas mesmas circunstâncias, nos deparamos com o artigo

por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

¹⁷ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

927, parágrafo único, que dispõe a obrigação de reparar o dano, nos casos específicos em lei, bem como quando a atividade desenvolvida provocar, por natureza, riscos para outrem. É importante salientar que a palavra atividade no sentido empregado pelo Código Civil é uma conduta habitualmente exercida, a qual é organizada para realizar e prestar serviços com fins econômicos.

A tese da responsabilidade objetiva não se limitou apenas ao Código Civil, sendo consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei de Responsabilidade Civil por Danos Nucleares e Atos Relacionados com Atividades Nucleares, Lei de Acidentes do Trabalho e outras.

Desta feita, uma vez inseridos em todas as espécies de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo dos seus elementos no próximo tópico.

1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em conformidade com o pensamento tecido no tópico anterior a respeito das espécies de responsabilidade civil, relevante adentrar, por ora, nos elementos deste instituto e detalhando todas as suas características.

Nesse sentido, examinaremos em primeiro lugar a ação ou omissão: a ação ou omissão do agente, que dá origem à indenização, geralmente decorre da infração de um dever, que pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, no prazo da garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa).¹⁸

Partindo-se de tais bases terminológicas arguidas, as quais despertam relevância à exposição, torna-se propício, no presente momento, o avanço do raciocínio e o tratamento específico dos elementos essenciais da responsabilidade civil, que será feito didaticamente separando e apresentando todas as suas hipóteses, sendo primordial para a consagração do entendimento deste estudo.

Há quatro elementos essenciais da responsabilidade civil, os quais serão trazidos e estudados detalhadamente: 1) conduta humana (ação ou omissão); 2) dano; 3) nexa causalidade; 4) culpa.

Presente em todas as modalidades de responsabilidade civil, independente de qual seja, deverá sempre existir uma conduta, proveniente de comportamento humano, sendo ela uma ação ou omissão, voluntária ou imputável. Dizemos ser a conduta algo voluntário, pois pode ser controlada pelo agente, ou seja, exclui-se os atos inconscientes ou sob coação absoluta. Ademais, é imputável, porque é atribuída à prática do ato, tendo o agente discernimento e vontade para determinar-se.

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

A conduta humana é classificada como duas: ação ou omissão. A primeira é simplesmente a prática de comportamento ativo, o qual acarreta em algum dano, a exemplo do dano causado por um sujeito que, embriagado, arremessa algum objeto no muro do vizinho com o intuito de causar dano.

De outro viés, a segunda forma de conduta é a de omissão geradora de dano. A omissão pode ser interpretada como “não fazer”, ou “abster-se de agir”, e este comportamento pode acarretar dano atribuível ao agente, que deverá ser responsabilizado por ele. A exemplo disso é o caso da enfermeira¹⁹ que deve administrar os medicamentos de um paciente, mas não o faz por dolo ou desídia.

Nesse sentido, a inteligência artigo 186 do Código Civil determina a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem.

Outrossim, trazemos à baila outro requisito fundamental e indispensável a existência da responsabilidade civil: o dano. Com fulcro nisso, segue o mesmo raciocínio da conduta, vez que se encontra presente em todas as modalidades de responsabilidade civil, independente de qual seja.

A partir de tal enfoque, insta salutar os requisitos que tornam o dano indenizável, sendo eles 1) a violação de interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial, tendo em vista o exposto no artigo 186 do Código Civil cumulado com a Constituição Federal de 1988; 2) a certeza do dano, pois somente o dano efetivo é indenizável, ao passo que este sendo incerto ou hipotético não será compensado; 3) subsistência do dano, isto é, caso ele já tenha sido reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil.

No campo da responsabilidade civil, o dano apresenta-se como elemento central, sem o qual não se configura o dever de indenizar. A importância do dano para a responsabilidade civil é tão grande que, nos países de língua espanhola, o Direito de Responsabilidade Civil foi reduzido à expressão Derecho de Daños. A noção jurídica de dano ressarcível, entretanto, nunca coincidiu – nem mesmo poderá coincidir, por ser muito mais restrita – com a acepção corrente ou comum da palavra “dano”, que compreende qualquer forma de modificação pejorativa. Afinal, para o Direito, nem todo dano é ressarcível; nem todo dano é, por assim dizer, injusto.²⁰

Antes de mais nada, afigura-se imprescindível reprimir que a responsabilidade civil médica é subjetiva e, por conseguinte, o dano deverá

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 61.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

ser fruto de ação ou omissão culposa (negligência, imprudência ou imperícia) que nasça o dever de reparar ou compensar os danos causados, ao passo que o regime jurídico de responsabilidade civil possui em seu bojo o princípio da reparação integral, significando dizer, portanto, que a responsabilização médica abarca na indenização por danos materiais e compensação por danos morais e estéticos.

Desta feita, tendo em vista a difícil tarefa do Poder Judiciário em arbitrar o *quantum* indenizatório nas relações médico-paciente, verificamos a relevância e importância da investigação do tema em apreço, ante a ausência de harmonização na fixação dos danos extrapatrimoniais por erro médico.

Essa ausência de harmonização é consequência da falta de critérios objetivos para a fixação dos danos extrapatrimoniais, ao qual compete, exclusivamente, ao Poder Judiciário. Por outro lado, entretanto, não é possível estabelecer uma tabela absoluta para a fixação dos danos, sob pena de não compensação razoável ao paciente vítima do evento danoso.

Para tanto, uma vez que o legislador não postulou os critérios objetivos, a análise jurisprudencial ganhou força para a busca de êxito do nosso estudo, mas, por outro lado, foi necessário delimitarmos o tempo de investigação e o espaço e, por isso, a escolha do Superior Tribunal de Justiça, já que existe uma competência uniformizadora de jurisprudência, além de filtrarmos a busca em decisões mais recentes, entre os anos de 2019 a 2021.

Com esse recorte metodológico aqui proposto, além de traçamos um panorama da responsabilização por erro médico a partir da escolha das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, estabelecemos as tendências e problemas que necessitam ser solucionados para alcançarmos a visão panorâmica da jurisprudência acerca do *quantum* dos danos oriundos de erro médico. De outra parte, os aspectos adentrados e concentrados foram os critérios relativos à fixação dos danos extrapatrimoniais do erro médico.

O dano causado em razão da atuação médica pode ser patrimonial, classificado como lucro cessante ou dano emergente; e, extrapatrimonial, se subdividindo em danos morais, oriundos do abalo psicológico, e, estéticos, sendo qualquer alteração morfológica da vítima.

Com relação aos danos materiais, elencados no artigo 948 do Código Civil²¹, entendemos não ter problemas para arbitrar o seu montante, já que deve reparar o prejuízo sofrido ou o que se deixou de auferir, em clara consonância

²¹ “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”

com os danos emergentes e lucros cessantes.²² Argui o artigo 949²³ do Código Civil que, sendo a lesão for contra saúde, o ofensor indenizará a vítima de qualquer prejuízo sofrido e das despesas do tratamento, bem como dos lucros cessantes até a sua recuperação integral.

À luz desses critérios, o Superior Tribunal de Justiça²⁴²⁵ estabeleceu parâmetros para a fixação dos lucros cessantes nos casos de homicídio por erro médico além do pensionamento mensal em 2/3 de um salário mínimo para os parentes da vítima falecida, desde que seja comprovada a dependência e hipossuficiência econômica. Ulteriormente, esse *quantum* será minorado para 1/3 quando a vítima completar 25 anos, idade que comumente a pessoa constitui nova família, devido até a data que a vítima completaria seus 65 anos.

A dependência econômica dos familiares, por sua vez, é determinante para a fixação dos lucros cessantes, e, por isso, algumas presunções são estabelecidas para respeitar esse critério.²⁶ Ademais, encontramos uma exceção da inteligência do artigo 3º, inciso III, na Lei 8009/90²⁷, qual seja, o bem de família pode ser utilizado para o pagamento dos lucros cessantes pertinentes aos alimentos indenizatórios, pois conquanto seja indenização, possuem natureza alimentar.

Uma vez apresentados os balizamentos utilizados para a fixação dos danos materiais, analisaremos a fixação do importe indenizatório dos danos extrapatrimoniais, tarefa mais complexa do tema em apreço. Ressalta-se, desde já, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui norma específica que regule a fixação dos danos extrapatrimoniais, sendo o artigo 944²⁸

²² “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

²³ “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp: 1824691 SP*. 2019/0151790-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 01/10/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgRg no AgRg no REsp 1483628-MG. RECURSO ESPECIAL*. 2014/0200313-1. Relator Ministro MOURA RIBEIRO. Data do julgamento: 19/03/2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

²⁶ ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 41.

²⁷ “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos.

²⁸ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

um dos poucos momentos onde o legislador tratou do valor indenizatório, porém, conta com normas também capazes de fundamentar a compensação pecuniária para as vítimas de erro médico.

Esse critério, se objetivamente considerado, deve observar a natureza do dano, a possibilidade ou não de recuperação, o risco de agravamento no tempo, sequelas, consequências físicas, psíquicas e sociais desse dano e até a capacidade de resiliência da vítima.²⁹

Na responsabilidade civil por danos materiais pode reparar propriamente o dano, com o ressarcimento do prejuízo suportado pela vítima, devendo cumular-se os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, formando um tríptico. Sendo assim, para o cálculo utilizado para a determinação dos danos extrapatrimoniais não se deve utilizar o montante já estabelecido a título de danos materiais para majorar ou minorar o valor dos danos morais e estéticos, haja vista a discrepância dos fundamentos.

Em outras palavras, conquanto a condenação por danos materiais seja irrisória ou elevada, não é indubitável que influencie o julgador no momento de calcular os danos extrapatrimoniais, já que as dificuldades imputadas por este dano precisam de uma análise mais detalhada e não podem ser confundidas.

Outra polêmica recorrente é a consideração do contexto financeiro das partes, que acaba sendo um critério subjetivo para fixar o *quantum* indenizatório, porém é uma distorção do próprio fundamento teórico da responsabilidade civil. Nessa linha de raciocínio, urge asseverar que: se a pessoa vive em más condições econômicas, não significa que ela está fadada de apresentar sempre para tais condições.³⁰ Nesse mesmo sentido, encontramos outro julgado do Superior Tribunal de Justiça.³¹

Dessa forma, não é correto que a condição econômica da vítima seja levada em consideração no momento de fixar o *quantum*, pelas razões já arguidas, porém, de outro viés, pode ser considerada a condição financeira de quem causa o dano, pois a quantia arbitrada pode importar na sua miserabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça utiliza-se do método bifásico para quantificar os danos extrapatrimoniais, o qual resulta na reunião de dois critérios, sendo a valorização sucessiva das circunstâncias e do interesse jurídico lesado.

²⁹ ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade Civil e Medicina. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 43.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003. p. 301.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp: 951777-DF. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Data de Julgamento: 19/06/2007. Data de Publicação: 27/08/2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021. p. 252.

Assim, o método bifásico inicialmente alcança o montante que se fixa para casos assemelhados e posteriormente agregam-se as circunstâncias específicas do caso em tela, majorando ou minorando o valor básico encontrado na fase inicial.

Com o Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 292, inciso V,³² afetou o método bifásico já que o magistrado, na primeira fase, verificará o valor normalmente arbitrado, limitado ao valor da causa. Entretanto, se o advogado fizer um pedido de compensação de danos morais inferior ao patamar arbitrado pelo Tribunal, o juiz não está apto a elevar a condenação a um valor que ultrapasse o pedido na exordial.

Nessa toada, estabelece o Superior Tribunal de Justiça o seguinte parâmetro: a indenização por dano moral decorrente de morte de aos familiares da vítima é admitida, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos.³³ Embora exista esse parâmetro apresentado pelo corte, não se trata de tabela de danos extrapatrimoniais, por isso a variação no *quantum*.

Vale destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos pacientes em estado vegetativo em razão do erro médico, qual seja, considerar que tão grave quanto a morte, se não mais, tendo em vista a dor dos familiares em cuidar do paciente querido naquela situação, bem assim presenciar o seu sofrimento intenso.

Poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame, (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque.³⁴

Analisando a conjuntura específica do nexos causal, exaramos que se encontra entre a causa e efeito pertinente a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Assim como a conduta humana e o dano, o nexos causal faz-se essencial para caracterizar a responsabilidade civil, ao passo que também está presente em todas as suas modalidades.

Sob outras palavras, o nexos causal é o liame que une a conduta do agente (ação ou omissão), ao dano.

Para tanto, existem três principais teorias que explicam o nexos de causalidade: 1) teoria da equivalência de condições “*conditio sine qua non*”;

³² “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;”

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). AgRg no AREsp 514556/SP. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data de Julgamento: 16/09/2014. Data de publicação: 20/10/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 67

2) teoria da causalidade adequada; 3) teoria da causalidade direta ou imediata. Apontamos, desde já, que dentre as inúmeras teorias existentes, a que foi abraçada pelo Código Civil de 2002 foi a do dano direto e imediato, na vertente da causalidade necessária, conforme expresso no artigo 403³⁵ do referido *códex*. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal num acórdão paradigmático de 1992 (RE 130.764), sua principal formulação teórica no Brasil é atribuída a Agostinho Alvim, que redigiu acerca do tema na vigência do Código Civil anterior.

Entretanto, na prática, o aplicador do direito, tentando beneficiar a vítima, imputa o dever de reparar o dano de maneira discrepante ao da teoria adotada pela legislação em vigor.

A partir desse momento, caímos nos domínios da “teoria do resultado mais grave”, cristalizada pelas expressões inglesas “*The Thin Skull Role*”.

Em outras palavras, destarte, se o agente deu causa a um resultado gravoso, mesmo não podendo visualizar a sua responsabilidade segundo as três teorias convencionais apresentadas, seria justo que compensasse a vítima.

Na esteira desta teoria, muito embora não seja a adotada pelo Código Civil em vigor, por vezes, a teoria do resultado mais grave é aplicada com intuito de evitar que a vítima não receba uma justa indenização. Assim, o clássico exemplo³⁶ em que: o cidadão “dá um leve tapa” na cabeça da vítima e esta vem a óbito por conta de uma fragilidade craniana, pelas teorias convencionais, até mesmo pela ausência de previsibilidade, não deveria o sujeito responder pela morte.

Frisa-se, ademais, a importância do estudo das concausas, que nada mais é o acontecimento anterior ou superveniente que deflagrou a cadeia causal, acrescentando-se a este, em direção ao evento danoso.

Outrossim, trata-se de uma causa que, ao juntar-se à principal, concorrerá para a produção do resultado. Causa esta que não interrompe o nexo causal e tampouco inicia, colaborando apenas para o seu reforço.

De maneira geral, as concausas, quando preexistentes ou concomitantes não desfazem o nexo causal, mantendo, portanto, a obrigação de indenizar. Porém, em se tratando de concausa superveniente, a causalidade poderá ser rompida se esta, por si só, causar o evento danoso.

Partindo para o último elemento, a culpa, precisaremos, desde já, esclarecer que diferente dos outros componentes mencionados, ela não se aplica a todas as modalidades de responsabilidade civil. Temos duas modalidades de culpa a serem estudadas: a culpa *lato sensu* (dolo), a qual é

³⁵ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

³⁶ GOUVEIA, Cardoso apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 522.

voluntariamente alcançada para obter a violação do dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia e negligência.

A negligência é a ausência do emprego das precauções indispensáveis para a prática de determinados procedimentos, traduzida pelo desleixo, falta de atenção e descaso na atuação da atividade desempenhada.

De outra parte, a imperícia, em suma, é a ausência e incapacidade de aplicação dos conhecimentos científicos e técnicos acerca da atividade exercida, podendo até ser entendida como o desempenho de uma profissão desconhecida pelo agente, a qual revela inaptidão integral para fazê-lo, como é o caso do famoso “Dr. Bumbum”³⁷, que foi indiciado quatro vezes pela Polícia Civil do Distrito Federal por exercício ilegal da medicina e por crime contra o consumidor.

Transladando-se esse entendimento para o âmbito das cirurgias plásticas estéticas, especificamente no caso do “Dr. Bumbum”, mencionado acima, é correta a postura do requerente na ação de responsabilidade civil ao qual fundamentou-se a culpa do erro médico na imperícia, em razão da sua ausência e incapacidade de aplicação das técnicas da atividade exercida.

Finalmente, com relação a imprudência, é caracterizada pela ausência do dever de cautela e adoção das práticas e procedimentos primordiais para àquele tratamento, sendo, destarte, a falta de moderação e precipitação sobre o bom senso e profissionalismo do *expert*.

Como arguido *a priori*, verificamos que para obter a reparação do dano em consonância com a teoria subjetiva, é necessário provar o dolo ou a culpa do agente. Contudo, o direito positivo admite e usufrui a responsabilidade objetiva que é fundamentada pela teoria do risco.

A culpa *lato sensu* não é imprescindível ao ato ilícito, pois a Lei Civil admite a responsabilidade objetiva, onde a culpa é substituída por risco. Os arts. 186 a 188 devem ser interpretados em conjunto com o parágrafo único do art. 927, que admite a responsabilidade de quem, sistematicamente, cria o risco.³⁸

Posto isto, torna-se indubitável que a culpa, em casos específicos na legislação, não é essencial para caracterizar a responsabilidade civil.

Importante abordarmos, ainda, a questão relacionada a prova da culpa. Nos casos de responsabilidade contratual em que houver o inadimplemento, a culpa do agente é presumida, cabendo a ele provar o contrário e, na extracontratual, o ônus é de quem alega, ou seja, da vítima lesada.

³⁷ QUEM é o ‘Doutor Bumbum’, médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente. *BBC News Brasil*, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>. Acesso em: 03 maio 2021.

³⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

A fim de somar mais ainda conteúdos primordiais ao estudo dos casos de erro médico em cirurgias plásticas, frisa-se que relativamente à responsabilidade contratual uma distinção deverá ser demonstrada. Nos contratos de meio, o ônus da prova é da vítima lesada, devendo, portanto, demonstrar que o agente praticou ação ou omissão voluntária ou culposamente. Porém, ao tratarmos de contrato com obrigação de resultado, em que a parte se obriga a alcançar fins de interesse e envidar esforços, caberá ao agente provar a sua ausência de culpa pelos danos examinados.

À luz de tal inteligência, uma vez inseridos em todos os elementos de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo das suas excludentes no próximo tópico.

1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desta feita, alicerçando-se nas premissas teóricas lançadas acima, notadamente no que diz respeito as espécies e elementos de responsabilidade civil, faz-se imprescindível, ainda, antes de se proceder ao exame aprofundado da medicina e da responsabilidade civil médica, que são alguma das linhas mestras deste estudo, adentrar no universo das excludentes da responsabilidade civil, bem como avaliar e expor, detalhadamente, as suas hipóteses conforme a doutrina, bem como a incidência na prática.

Tal análise se mostra salutar, pois, em diversos casos por erro médico, sendo em cirurgias plásticas ou não, o profissional da saúde não é imprudente, negligente ou imperito, e o resultado acaba sendo adverso do esperado por outros motivos, como por exemplo a culpa da vítima.

Somente aduzindo este assunto detalhadamente será exequível afastar raciocínios falhos e equivocados acerca dos processos de indenização por erro médico, os quais alguns são no sentido de que a regra é o médico deve sempre ressarcir o paciente quando ocorrer resultado diverso do esperado.

Assim, iniciaremos as causas de excludente da responsabilidade civil tratando da culpa exclusiva da vítima, a qual o causador do dano será mero instrumento do acidente, não havendo, destarte, liame de causalidade entre o ato danoso e o prejuízo da vítima. Transladando-se tal raciocínio a um prisma mais prático, isto é, trazer estudo jurisprudencial atualizado e cotidiano, junta-se pesquisa feita junto ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo, com filtro “culpa exclusiva da vítima”, onde obtivemos 32223 resultados.³⁹

³⁹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1027656-82.2017.8.26.0562*. Relator: Alfredo Attié. Julgado em: 09/02/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5149A45C09.cjsg1> Acesso em: 16 fev. 2021.

Embora tenhamos encontrado inúmeros julgados na nossa pesquisa jurisprudencial, escolhemos esse em virtude da clareza que a ementa presenteia, esclarecendo os principais motivos pelos quais houve o não provimento da apelação, como por exemplo “Prova dos autos, documental e oral, que confirma a culpa exclusiva da vítima”, bem como “Culpa exclusiva da vítima configurada nos autos, que constitui hipótese de excludente de responsabilidade civil e afasta o dever de indenizar, ante o rompimento do nexo causal”. Ademais, é um caso extremamente didático que faz o leitor compreender facilmente um exemplo na prática em que ocorre a excludente da responsabilidade civil. Por fim, importante frisar a data de julgamento do v. acórdão, 09/02/2021, que é muitíssimo recente e atualizada.

Trata-se de apelação interposta pela autora da ação, pois, indignada com a improcedência dos pedidos em primeiro grau, na ação de indenização por danos materiais e morais, pretendia a reforma da r. sentença. *In casu*, entendeu o relator do caso que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que mesmo ciente das obras realizadas no condomínio, não tomou os devidos cuidados imprescindíveis, motivo pelo qual afastou-se o dever de indenizar por parte da ré, ora apelada.

Desta feita, a exclusiva atuação culposa da vítima tem a capacidade de quebrar o nexo de causalidade, escusando o causador da obrigação de indenizar. A hipótese não constava expressamente no Código Civil anterior, de 1916, porém, a jurisprudência e a doutrina, junto com a legislação extravagante, consolidaram essa excludente de responsabilidade civil.

Além disso, urge salientar que em alguns casos a vítima possui uma culpa parcial ou concorrente com o causador do dano. Nesse diapasão, autor e vítima cooperam, ao mesmo tempo, para a produção do fato danoso e, por conseguinte, a indenização poderá ser reduzida pela metade, $\frac{1}{4}$ ou $\frac{2}{5}$, conforme o caso.

Sob esse prisma, dispõe o artigo 945 do Código Civil, *in verbis*: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.⁴⁰

Mas note-se que somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal. Como vimos linhas acima, havendo ocorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito.⁴¹

Um exemplo clássico trazido pela doutrina de culpa exclusiva da vítima é a hipótese que um sujeito dirigindo seu veículo em consonância com as

⁴⁰ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v. p. 162.

regras de trânsito, depara-se com um sujeito arremessando sob as suas rodas, com intuito de suicidar-se e, por consequência de tal ato, vai a óbito. Por óbvio, a culpa não será atribuída ao motorista, mas sim ao suicida, que é a vítima.

Nos casos de erro médico em cirurgia plástica com obrigação de resultado, é corriqueiro a vítima não obter o resultado esperado em virtude de não se utilizar dos cuidados necessários como medicamentos e repouso absoluto, por exemplo. Nessas hipóteses, tendo o profissional da saúde feito os procedimentos corretamente, não terá obrigação alguma de indenizar o paciente.

A partir daí, passaremos a analisar a próxima causa de excludente da responsabilidade civil: caso fortuito e força maior. Inicialmente, vamos distinguir essas duas figuras.

Na força maior é conhecido o motivo do acontecimento, vez que se trata de um fato da natureza, *exempli gratia* chuva forte que provoca inundação que danifica produtos e impede a entrega de mercadorias; um raio que provoca incêndio ou acarreta em prejuízos milionários. Por outro lado, o caso fortuito decorre de fato alheio à vontade da parte, como por exemplo motim, greve e guerra.

Ambos, como afirmado anteriormente, são excludentes da responsabilidade civil pois afetam a relação de causalidade, na medida que rompem o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Dois conceitos, por conotarem fenômenos parecidos, servem de escusa nas hipóteses de responsabilidade informada na culpa, pois, evidenciada a inexistência desta, não se pode mais admitir o dever de reparar.⁴²

Para tanto, exige-se a presença de alguns requisitos sendo eles: 1) o fato deve ser inevitável; 2) o fato deve estar fora do alcance do ser humano; 3) o fato deve ser necessário e não pode ser caracterizado pela culpa, pois, se há culpa, não há caso fortuito.

Ademais, cristaliza o Enunciado 443 do Conselho de Justiça Federal (CJF): O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes a responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.⁴³

De qualquer modo, o caso fortuito e a força maior partem de fatos estranhos e alheios à vontade do agente, de modo que haverá o rompimento do nexos causal e, conseqüentemente, o afastamento da obrigação indenizatória. Ressalta-se, ademais, que a ideia desta excludente de responsabilidade vale tanto para a responsabilidade contratual, quanto para a extracontratual.

Seguindo tal ordem de ideias, passaremos a vislumbrar, a excludente de cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar. Trata-se de modalidade

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 288.

⁴³ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356>. Acesso em: 17 fev.2021.

prevista apenas no âmbito contratual, ao passo que esta cláusula é uma espécie de acordo entre as partes será afastada as consequências da execução inadequada do contrato celebrado.

Conquanto seja muito discutida a validade desta cláusula, pois muitos entendem que ela é imoral, acreditamos, acima de tudo, no princípio de autonomia entre as partes, vez que são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito. No entanto, as legislações civilista e consumerista em vigor não simpatizam com esta cláusula não indenizatória.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, inciso I⁴⁴, mostra a sua posição quanto a referida cláusula, sendo ela contrária. Entretanto, no mesmo dispositivo verificamos uma “abertura” legal no sentido de limitar a responsabilidade indenizatória nas situações em que o consumidor seja pessoa jurídica, porém, o mesmo não vale para consumidor que seja pessoa natural.

Nessa toada, embora pesquisado na jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros assuntos relacionados a cláusula supramencionada, alterando, inclusive, inúmeras vezes os filtros de pesquisa, não logramos êxito em encontrar a sua incidência nos casos por erro médico em cirurgia plástica, temática principal deste trabalho.

Outra excludente da responsabilidade civil é a prescrição, a qual está elencada no Código Civil em seu artigo 206, §3, inciso V⁴⁵.

Antes de mais nada, importante frisar o seu significado e o termo inicial da sua contagem. Nesse sentido, prescrição é a perda de pretensão de reparação de direito violado e possui termo inicial é a data da autoria e do dano.

Outrossim, estando prescrita a pretensão de reparação de danos, resta afastada qualquer possibilidade de recebimento de indenização. Entretanto, conquanto esteja elencada no dispositivo supramencionado, a qual verificamos o prazo de 3 anos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento que a busca pela reparação civil contratual é de dez anos, obedecendo a regra do artigo 205 do Código Civil.⁴⁶

Urge salientar, porém, que o prazo prescricional da responsabilidade civil extracontratual continua abarcado no dispositivo excepcional, a saber, o do artigo 206, §3º, inciso V, ou seja, de 3 anos.

Transladando-se para outro prisma, mas ligado ao tema central deste tópico, as excludentes de responsabilidade civil, adentraremos ao estudo do

⁴⁴ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”

⁴⁵ “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;”

⁴⁶ “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

fato de terceiro. De proêmio, insta lembrar que em matéria de responsabilidade civil, predomina o princípio da obrigatoriedade de o causador do dano repará-lo, ou seja, a culpa de terceiro não exonera o causador do dano de indenizar.

Até se tentou pacificar a questão também em relação à responsabilidade civil contratual, por meio do Enunciado nº 419 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado em novembro de 2011.⁴⁷ Na época, o intuito era regularizar as pretensões fundadas em ambas responsabilidades, contratual e extracontratual, porém, concluímos, com base no exposto, que a divergência persistiu.

O assunto em questão vem regulado de forma indireta pelos artigos 929 e 930 do Código Civil, sendo que o último estabelece a ação de regresso contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver o montante despedido no ressarcimento ao dono da coisa. Como arguido anteriormente, esses dois dispositivos não se referem expressamente à culpa exclusiva de terceiro, todavia, indiretamente, aderem a possibilidade da culpa e responsabilidade de terceiro.

Caso um fato de outrem acarrete em um dano que envolva uma clara imprevisibilidade, necessidade e, acima de tudo, marcada inevitabilidade sem que intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, obviamente que não há motivo para que não se equiparasse ele ao fortuito. Precisamos ter em mente que somente pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro não o tornaria equipolente ao *casus* ou *vis major*.

Tão somente quando o fato de terceiro se equiparar ao caso fortuito ou força maior é que a responsabilidade civil do causador do dano poderá ser excluída. Em outras palavras, além do ato de terceiro, sendo este exclusivo, fazer desaparecer a relação de causalidade entre ação e omissão do agente do dano, caso revista as características do caso fortuito ou força maior, sendo imprevisível e inevitável, haverá a exclusão da responsabilidade.

Nessas linhas apresentadas, haja vista a importância da responsabilidade civil para o tema em apreço, bem como o seu exame mais aprofundado, passaremos à análise dos elementos da responsabilidade civil médica, caminhando mais ainda à especificidade do objeto de estudo deste trabalho.

⁴⁷ MATSUBARA, Patrícia; REIS, Iuri. STJ Prestigia segurança jurídica e pacifica prazo prescricional de 10 anos na responsabilidade civil contratual. Machado Meyer, Inteligência Artificial, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-dedisputas-ij/stj-prestigia-seguranca-juridica-e-pacifica-prazo-prescricional-de-10-anos-na-responsabilidade-civilcontratual#:~:text=A%20discuss%C3%A3o%20se%20restringe%20exclusivamente,prescricional%20%C3%A9%20de%20tr%C3%AAs%20anos.> Acesso em: 17 fev. 2021.

2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Estando inseridos no pensamento tecido nos subtópicos acima a respeito da responsabilidade civil de maneira geral, bem como perfazendo-se entendidos o seu lineamento histórico, elementos e espécies, passamos a estreitar nosso estudo a partir da análise da responsabilidade civil médica, antes de chegarmos ao estudo do erro médico em cirurgias plásticas.

Antes de mais nada, passaremos à uma breve análise do esboço histórico da responsabilidade civil médica, a qual nos permite mostrar que o erro médico já era de certa forma sancionado e, especificamente obteve seus primeiros fragmentos com previsão de pena de morte ou deportação do profissional, na antiga Roma, com a *Lex Aquila*. Ou seja, verificamos que há mais de 1.500 anos já se legislava perante a imperícia médica, bem como de sua responsabilidade pelos danos causados por ausência ou falha de habilidade.

Hodiernamente é indubitável que a responsabilidade civil médica possui natureza contratual, pois o simples fato de atender o paciente, há a formação de um autêntico contrato. Outrossim, é cediço que a responsabilidade civil dos médicos, além de contratual, também é subjetiva e a dos estabelecimentos médico-hospitalares decorre de culpa na conduta de seus prepostos.

Ao se afastar dos cânones da medicina, previstos para determinada hipótese, e caso daí sobrevenha dano, o médico agirá culposamente.⁴⁸

A prestação de serviços médicos não é uma operação matemática em que o profissional afirma, *a priori*, a cura do indivíduo, dada a sua condição, em regra, da obrigação de meio. Por essa razão, a responsabilidade civil médica decorre de culpa corroborada, ao passo que se não provada a imprudência, imperícia, negligência e nem erro grosseiro, afasta-se a responsabilidade do *expert* da medicina.

Transladando-se para o Código de Ética Médica⁴⁹, verificamos um raciocínio na mesma toada do Código Civil e Defesa do Consumidor, no seu artigo 1º, parágrafo único⁵⁰, o qual a responsabilidade médica é pessoal e a culpa não pode ser presumida, além de ser essencial para a responsabilização

⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 110.

⁴⁹ O vigente Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, é a Resolução CFM nº1.931/2009 (publicada no *DOU* de 24-9-2009, Seção I, p. 90, com retificação publicada no *DOU* de 13-10-2009, Seção I, p. 173, tendo entrado em vigor em 13-4-2010).

⁵⁰ Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único: A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

de um possível dano, ao passo que deve decorrer de ação ou omissão, por imprudência, imperícia e negligência.

De outro prisma, a jurisprudência trata com enorme rigor a exigência da produção de provas, com alicerce na legislação civilista, no já mencionado artigo 951 e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. Importante salientar, ademais, que o profissional médico, certamente encontra-se em maiores condições de acostar nos autos os elementos necessários à análise de sua responsabilidade civil médica.

Em vista de tal ordem de ideias, o Código Civil acrescenta a existência de responsabilidade delitual dos médicos quando há negação de socorro, redigem atestados falsos e, por conseguinte, causam danos a outrem; um exemplo⁵¹ disso é a presunção de culpa do médico que ordenou uma enfermeira aplicar determinada injeção em um paciente e dela resultou a paralisia do braço.

Ademais, caso o retardamento de cuidados médicos enseje algum dano ao paciente, poderá importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Esta, por sua vez, consiste na interrupção, em virtude de determinado fato antijurídico, de um processo que caucionaria a uma pessoa a obter futuramente algum benefício e que, por esse motivo, a oportunidade ficou inexoravelmente destruída.

Nos casos em que há situação de perigo de vida, a realização de tratamento mesmo sem lograr êxito, com eventual óbito do paciente, não deverá ser imposta a responsabilidade civil do profissional tendo em vista que existe o risco da profissão e estará cumprindo o seu dever como médico, conforme pontua o Código de Ética Médica.

Ter a vida de outrem em mãos tendo que decidir os rumos e cuidados que serão tomados é uma atribuição espinhosa, a qual àqueles vocacionados se doam para a medicina e aceitam toneladas de fardos todos os dias como profissionais da saúde para tentar cessar o sofrimento de um paciente.

O próprio Código de Ética Médica nos faz entender que a luta pela preservação da vida não é simplesmente vestir um jaleco branco, instrumento de identidade pessoal dos médicos, mas sim uma regra para pautar conhecimentos nesta atividade tão essencial para a população.

Na esfera da responsabilidade profissional, ademais, o erro médico é motivo de muitas controvérsias, porém deve ser palpado antes de qualquer acusação, já que em certas ocasiões gera um resultado onde a culpa não é do profissional de saúde e, mesmo assim, a parte ingressa com ação indenizatória. Por isso a prova de culpa dentro das modalidades já citadas (imprudência, negligência e imperícia) é extremamente importante.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v. p. 499.

No âmbito de erro médico, podemos dizer que existem dois tipos de resultado adverso: de ordem pessoal e de ordem estrutural. O primeiro, caracteriza-se quando o ato lesivo se deu por responsabilidade exclusiva do médico, por qualquer motivo que seja, enquanto o segundo é motivado por causas funcionais ou estruturais, onde a profissão é exercida em condições precárias que favorecem efeitos danosos aos pacientes, haja vista o descaso do governo com a população nas questões de saúde pública.

Dessa ordem de ideias e avaliando-se, à luz do ordenamento constitucional brasileiro em vigor, evidencia-se que as garantias constitucionais são de máxima importância para a consagração dos elementos e condições da existência humana, quais sejam, à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde, remetidos expressa e recorrentemente na Carta Magna.

Nesse viés, por meio de um exame de todos os direitos e garantias fundamentais cristalizados na Constituição Federal, verifica-se a proteção à dignidade humana, taxada como princípio fundamental, em consonância com o artigo 1º, III, bem como à vida, elencada no artigo 5º, *caput*, e à saúde, conforme prevista no artigo 6º, *caput*, as quais estão inerentemente correlacionadas entre si, bastando concluirmos que a saúde tem por pressuposto a vida e se potencializa com condições dignas e qualitativas de vida.

Existem alguns Princípios Fundamentais que integram tanto a medicina quanto o seu *códex* supremo, o Código de Ética Médica, e seguem no propósito de manter e harmonizar a dignidade profissional, o interesse da sociedade, dos pacientes e as exigências de ordem pública. Corolários de um compromisso histórico, os Princípios Fundamentais têm o intuito de demonstrar que os seres humanos, sem distinção e limitação de qualquer natureza, dispõem do direito à saúde e à vida que lhe permita um bem-estar compatível com o mínimo existencial e com a dignidade humana.

À luz desta postura, o Código de Ética Médica não se restringe somente ao tratamento de doenças, mas a propostas para favorecer a saúde do ser humano, na medida que o profissional de saúde não deterá o plano curativo e individual se não promover o bem-estar geral da coletividade.

Neste norte, portanto, entendemos que a prestação de cuidados e curativos preventivos equitativa e universal para a população é uma questão de justiça social, que não pode ser considerada fundamental e dever do Estado apenas constitucionalmente, mas também na prática, já que se trata da vida, saúde e integridade da pessoa.

Em decorrência da responsabilidade profissional do exercício da medicina, o médico é subordinado a inúmeros deveres e obrigações morais dos quais o não cumprimento acarretará em consequências normativas impostas pelo Código de Ética Médica. Nada obstante a isso, também estará

subordinado à ordem jurídica a qual o médico responderá pelas sanções ali previstas, vez que a questão vai muito além da responsabilidade de moral pois atinge o respeito humano e interesses de ordem pública.

Esta responsabilidade moral está gravada na consciência do médico pelo mais tradicional dos seus documentos, o *Juramento de Hipócrates*, e cobrada pelos membros da sociedade, que esperam do profissional o respeito à tradição que consagrou a medicina como um bem comum, desde os tempos imemoriais.⁵²

A partir de tal enfoque, o Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil adotou um sistema cujo entendimento é no sentido de que a responsabilidade moral tem seus princípios na obrigação natural e está elencada na consciência individual, bem como na “lógica deontica”, haja vista a complexidade e o número de obrigações e deveres do desempenho funcional. Por sua vez, o princípio da responsabilidade jurídica está ligado com a alteração do equilíbrio social gerado pelo prejuízo causado, ao passo que a responsabilidade civil possui o encargo de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano.

Assim, o termo “responsabilidade” pode ser empregado tanto no sentido moral como no sentido legal, visto que, em se tratando do exercício de uma profissão liberal, intrincam-se necessariamente os valores éticos e legais, pois as regras jurídicas não podem dissociar-se das regras de ordem moral.⁵³

Transladando-se a análise para o papel do Poder Judiciário no tema em apreço, o Supremo Tribunal Federal, em especial, coleciona julgados que conferem maior proteção aos direitos e garantias fundamentais dos direitos à dignidade humana, à saúde e à vida, da mesma maneira como julga o efeito dos direitos humanos *non cliquet*⁵⁴, os quais as garantias e direitos fundamentais não podem ser restringidas, ou ab-rogadas da ordem constitucional em vigor, sob pena de ofender o Estado Democrático Constitucional e Social de Direito.

A obrigação do médico profissional, em regra, é obrigação de meio, incumbindo-lhe em cuidar adequadamente do paciente, valendo-se de todos os conhecimentos técnicos e de elementos científicos disponíveis e corretos para o tratamento. Isto porque indispensável a noção da culpa, e nem poderia ser

⁵² FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 60.

⁵³ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 60.

⁵⁴ A expressão “cliquet” é de origem francesa, empregada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, devendo prosseguir sempre para cima, designando um movimento em que só é permitida a subida no percurso. Cf. ALBANESI, Fabrício Carregosa. O que se entende por efeito “cliquet” nos direitos humanos? *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dosdireitos-fundamentais>. Acesso em: 09 mar. 2021.

diferente nos hospitais públicos, quando o nexo causal que se pretende provar é o da conduta do funcionário médico, no exercício da medicina, e o evento danoso. Todavia, serão civil e penalmente responsabilizados somente quando houver incidência de culpa em razão de negligência, imprudência e imperícia.

Destarte, fica claro que a exceção é a obrigação de resultado, é caso, por exemplo, dos cirurgões plásticos, cuja atuação não se limita em cuidar adequadamente do paciente, valendo-se de todos os conhecimentos técnicos e de elementos científicos disponíveis e corretos para o tratamento, mas também ao desenvolvimento de uma conduta para obtenção de um resultado. Urge salientar, entretanto, que as cirurgias plásticas reparadoras entram na regra, que é obrigação de meio.

De outra banda, importante consignarmos também neste capítulo a responsabilidade civil imputada aos hospitais.

Uma vez que a conduta do médico deve necessariamente ser culposa em razão da sua responsabilidade civil ser subjetiva, a do hospital exsurge como uma responsabilidade objetiva que prescinde da comprovação de culpa, conforme a inteligência dos artigos 932, inciso III⁵⁵ e 933⁵⁶, ambos do CC, bem como o 14⁵⁷ do CDC, porém, existem algumas questões importantes para serem analisadas.

Nos casos em que o médico esteja vinculado ao hospital, seja por vínculo empregatício, por sociedade ou integrante do corpo clínico, o estabelecimento hospitalar responderá solidariamente pelos atos culposos de seu preposto. Ressalta-se, além disso, que o hospital não poderá ser compelido a indenizar, exceto se a culpa do médico preposto restar indiscutivelmente clara.

Todavia, quando o médico não for empregado do hospital, a responsabilidade do estabelecimento, transmuda-se para caráter subjetivo, dependendo da comprovação de culpa do hospital, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵⁸, se configurando em solidariedade nos termos do artigo 25, parágrafo primeiro do CDC⁵⁹, se demonstrada a culpa médica.

⁵⁵ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

⁵⁶ “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

⁵⁷ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1579954/MG*. RECURSO ESPECIAL 2016/0020993-7. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 08/05/2018. Data

⁵⁹ “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

Nesse diapasão, simplesmente o fato do hospital ceder, a título oneroso, suas instalações para o médico que não mantém nenhuma espécie de vínculo com a instituição, não o torna corresponsável junto ao médico. Nesse sentido, para complementar nosso trabalho, pesquisamos jurisprudências atualizadas acerca do tema, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colocando o filtro “Erro médico evidenciado. Obrigação de indenizar do hospital”, onde obtivemos 5762 resultados. A pesquisa demorou 0.359 segundos.⁶⁰

Conquanto tenhamos encontrado inúmeros julgados na nossa pesquisa jurisprudencial, escolhemos esse em virtude de uma observação feita pelo ínclito relator do processo que nos chamou atenção. No teor da decisão, ressaltou que o hospital será parte legítima para responder pelos danos somente quando o paciente tiver se submetido à intervenção cirúrgica em suas dependências e, ademais, em decorrência de erro médico se o *expert* for vinculado de preposição ou integrar a estrutura do hospitalar.

Assim, entendemos que caso sobrevenham danos ao paciente, é medida de rigor verificar a origem deste dano: se causado pela atuação do médico, ou se oriundos da hospitalização, como por exemplo em decorrência da ministração de medicamentos errados, sangue contaminado ou equipamentos deteriorados, etc., fora do alcance do médico. Em outras palavras, o médico responderá pelos danos causados em virtude da sua própria atuação, ao passo que pela atuação dos funcionários, enfermeiros, técnicos de enfermagem ou falha de algum equipamento, responderá o hospital.

Para a consecução e realização de todo esse ideário proposto para ser estudado neste trabalho, faz-se imprescindível que a relação médico-paciente seja transparente, confiável e ética. Justamente daí, estudaremos a seguir principalmente o direito à informação, a qual está diretamente ligado com a transparência do médico junto ao paciente e vice-versa.

2.2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

Afigura-se fundamental analisar a relação entre médico e paciente, mormente quanto ao consentimento e a informação, elementos indispensáveis para este relacionamento que embora tenha surgido apenas no século passado por questões humanitárias, é hodiernamente reconhecido como direito personalíssimo. Visto isso, adentraremos a uma pequena análise histórica acerca do tema, fazendo uma espécie de linha do tempo desde o “nascimento” do consentimento e da informação dentro da relação entre médico e paciente.

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta jurisprudencial. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 23 mar. 2021.

A esse respeito, importante consignar que a relação médico-paciente passou por um amplo e exaustivo processo histórico, pois somente nos séculos V e IV a.C, Hipócrates, conhecido como “Pai da Medicina”, estabeleceu um método verdadeiramente científico de tratamento médico e, gradativamente, se distanciou do sacerdotismo. Dessa feita, cada vez mais predominava a ciência, perfazendo-se com que se modificasse e evoluísse alarmantemente desde a época do pensamento Hipocrático, sempre acompanhando a concepção da saúde, que deixou de se resumir à mera ausência de doenças e passou a englobar em uma ideia mais dinâmica e voltada para o bem-estar do homem.

Deixando para trás a Antiguidade, passamos pelo movimento humanista da cultura greco-latina, que marcou a transição para a Idade Moderna, até adentrarmos à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual estabeleceu direitos individuais e políticos juridicamente, com alicerce no dilema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Fato é, porém, que o processo de sofisticação da relação médico-paciente baseado no preceito da informação ao paciente e da obtenção de consentimento ainda havia muitos traços da Antiguidade. A consagração do consentimento e da informação como requisitos primordiais da relação médico-paciente se deu apenas em 1947 quando, cessada a Segunda Guerra Mundial, foi promulgado o Código de Nuremberg, com o intuito de impedir a experimentação humana sem o consentimento paciente, bem como de repudiar as teorias eugenésicas do regime nazista, determinando a transformação do paradigma do exercício da Medicina.

Gradativamente⁶¹, a obtenção do consentimento do paciente vai-se firmando não apenas como imperativo ético-moral relacionado ao exercício da Medicina, mas como requisito de validade dos atos e negócios representativos da relação entre médico e paciente. Finalmente, em 1981, a Associação Médica Mundial veio afirmar, por meio da Declaração de Lisboa, o direito que assiste ao paciente de “dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico”.⁶²

⁶¹ “Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer tese ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento” (Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995).

⁶² TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. *Capacidade e consentimento na relação médico-paciente*, 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,

Paralelo a isso, a jurisprudência inglesa, desde o século XVIII, já havia reconhecido o consentimento como indispensável para a relação médico-paciente, bem como direito personalíssimo.

Tal cenário revela, portanto, a necessidade indispensável de garantir a autonomia do paciente como uma maneira de desenvolver a soberania da pessoa sobre a sua própria vida e saúde, de modo a escolher qual intervenção submeterá. Assim, é indiscutível a presença do princípio do consentimento informado, sinteticamente previsto na inteligência do artigo 15 do Código Civil, ratificado também em Resoluções e Conselhos Médicos, como o próprio Conselho Federal de Medicina, perfazendo-se indiscutível a exigência da prestação de informações claras e adequadas para o paciente.

Tendo em vista tais premissas, nasce o conceito binômio esclarecimento-consentimento, consagrado na esfera dos ensaios clínicos, os quais amplia seu conceito como pressuposto de uma nova compreensão das atividades de autodeterminação sobre o corpo em todos os âmbitos da medicina, como por exemplo em tratamentos clínicos e autonomia sobre a sexualidade e gênero.

As informações prestadas pelo médico dependem de esclarecimentos específicos em relação a cada caso e pessoa-paciente, não sendo suficiente, portanto, informações genéricas. Fazendo uma ponte com o referido raciocínio, verificamos que o binômio esclarecimento-consentimento atrai novas questões a serem analisadas, como os critérios para uma adequada prestação de informações, meios de demonstração de consentimento, natureza do dever de informação, a existência ou não da prestação do tratamento abarcar em uma obrigação de meio ou resultado, a diferenciação entre procedimentos terapêuticos e meramente estéticos, a personalização para pacientes com particularidades em decorrência da idade, maturidade, capacidade cognitiva e sofrimento psíquico.

Com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, a informação deve ser inteligível, clara e adequada, ao passo que conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, regida sob nº 13.709/2018, o consentimento deve ser uma “manifestação livre, informada e inequívoca”.

Para tanto, existem os elementos constantemente oferecidos pela literatura médica e jurídica, a qual identificamos como primordiais para a prestação do dever de informar e esclarecer acerca dos riscos existentes, das alternativas plausíveis e dos efeitos de cada procedimento médico. Com base em tais elementos, estabelecemos um conjunto de indagações que podem e, eventualmente, devem estar presentes no processo de informação para

São Paulo, 2009. p. 72.

⁶² “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

que seja preenchido corretamente o dever de esclarecer, quais sejam: Quais os riscos da realização do procedimento? Em caso de adiamento, quais as consequências? Há efeitos colaterais? Qual impacto de outro procedimento alternativo? Se não for realizado o procedimento, quais serão as consequências? Qual o tempo estimado de recuperação? Haverá restrições a qualidade de vida? Qual prognóstico usual? Finalmente, qual a chance de dar integralmente correto o procedimento?

A autonomia e autodeterminação do paciente ao consentir com as respostas de todas essas indagações abrange em escolhas difíceis, conforme o caso, como a possibilidade de recusar tratamentos e tomar decisões aparentemente ruins ou incomuns, consideradas fora do padrão esperado, a qual cabe ao médico incentivá-lo em alcançar a aderência ao tratamento e procedimento arguido.

Transladando-se este assunto também no âmbito da responsabilidade civil, podemos afirmar que a falta de consentimento ou insuficiência de informações ao paciente também é motivo para reparar. Ou seja, além da falha na intervenção corporal, também caberá o dever de indenizar nos casos em que houver ausência de consentimento ou prestação de informação adequada, clara e específica.

Isto porque, a Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XIV⁶³, postula a todos o acesso à informação e resguarda o direito de sigilo, a qual também se aplica em relações médico-paciente, tendo em vista também a universalização do direito à saúde e à vida, advindos do binômio esclarecimento-consentimento que atrai critérios para uma adequada prestação de informações, meios de demonstração de consentimento, natureza do dever de informação.

Urgesalientar, ademais, que o consentimento prestado adequadamente constitui em hipótese de excludente de responsabilidade civil.

Dando prosseguimento a todo entendimento já esboçado, trazemos à baila mais uma pesquisa jurisprudencial com intuito de demonstrar o funcionamento prático e usual do nosso universo jurídico nos casos de reparação de danos oriundos da ausência de consentimento e informação. Por sua vez, há um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual encontramos dentro em um acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁴, local

⁶³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1579954/MG. RECURSO ESPECIAL 2016/00209937*. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data do julgamento: 08/05/2018. Data de publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-deJurisprudencia> Acesso em: 17 mar. 2021.

onde fizemos a pesquisa jurisprudencial aplicando os filtros: “ausência de informação” e “médico”, obtendo o total de 2732 resultados.

Em apertada síntese, trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos agravantes em virtude de procedimento cirúrgico de “talamotomia e subtalamotomia” realizado no terceiro autor, que agravou seu estado de saúde, o qual se recuperava de acidente automobilístico ocorrido em ano anterior. Os pedidos foram julgados improcedentes, seguindo-se apelação em que os autores alegaram o desrespeito ao dever de informação, por parte do *expert* da medicina, acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Por sua vez, Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁶⁵ e dos Territórios, por maioria, negou provimento ao recurso em acórdão, mantendo a improcedência dos pedidos deduzidos na ação de indenização ante o exame minucioso do fático-probatório dos autos, concluindo que os autores foram informados acerca dos procedimentos cirúrgicos realizados, ainda que de modo verbal e que a prova técnica comprovou que não houve erro médico.

Entretanto, em sede de recurso especial, o relator reconheceu o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação, ressaltando que a falta de informação pelo médico ao paciente é considerada ilícito contratual, configurando culpa do profissional na modalidade da negligência, em razão da omissão no dever de informar.

Portanto, na moldura fática do acórdão recorrido, restou evidenciado no julgado em apreço o não cumprimento do dever de informação, mas tão somente a conclusão que tal dever teria sido satisfeito verbalmente, haja vista a presunção de que era normal na época essas informações serem prestadas dessa maneira, o que não é compatível com a gravidade de procedimentos em ambos os lados do cérebro.

Em casos clínicos mais graves, onde o paciente não possui “ação comunicativa”, ou seja, possibilidade de cognição de mensagens em decorrência da sua incapacidade de agir, escolher e consentir, os médicos mesmo sem ter condições de prestar e veicular informações de imediato, não se restringirão a proceder qualquer tipo de procedimento para salvar a vida do paciente, sob pena de colocar em risco a vida da pessoa. Nessa toada, a elaboração do discurso médico sobrepõe a qualquer direito de informação e consentimento na relação médico-paciente em virtude do direito à vida.

Nesse viés, inegável a importância deste subtópico para nosso estudo, pois emerge a imprescindibilidade da informação e consentimento nas relações entre médico e paciente, consagrada pelo Direito Pátrio como personalíssimo.

⁶⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 01 abr. 2021.

Ademais, também aprendemos que a inadimplência de consentimento e informação adequada, clara e específica, são gatilhos que fundamentam o ingresso com ação indenizatória, exceto nos casos em que o foram prestados adequadamente ou, ainda, quando paciente se encontrar sem capacidade de agir, escolher e consentir.

Justamente à luz de todo exposto até aqui, avançaremos nosso estudo para a inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade civil por erro médico, eis que os pilares da relação médico-paciente já foram todos apresentados e estudados.

2.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Por sua vez, de enorme relevância dentro do fenômeno judicial, merece destaque este subtópico que versa sobre a inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade civil por erro médico, empreendida pelo Poder Público, o que se afigura corolário, nos termos já denotados, de uma maneira que favorece o autor da ação indenizatória nos casos de erro médico, já que na responsabilidade contratual em que houver o inadimplemento, a culpa do agente é presumida, cabendo a ele provar o contrário.

Entretanto, o médico tem como atuação profissional o corpo humano, e sempre está sujeito a riscos que escapam de seu controle, por mais impecável que seja sua atuação. Ademais, mister salientar que o resultado de qualquer tratamento ou cirurgia é também dependente do fator reacional e pessoal do paciente, ou seja, do pós-operatório. Desta feita, é injusto a acusação de culpa pela não obtenção do resultado almejado e, por isso, tamanha importância deste subtópico em apreço, ganhando destaque o sistema probatório nas ações de responsabilidade civil médica. Sendo assim, nosso escopo é analisar a questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por erro médico.

Dentro do curso do processo, a prova é a que mais influência para o juiz proferir a decisão processual e, conseqüentemente, a que busca mostrar a verdade material dos fatos alegados pelas partes. No âmbito da responsabilidade civil médica, tudo é objeto de prova, desde os fatos alegados pelas partes, até os documentos juntados, perícia, imagens, vídeos, testemunhas, enfim, o que tenha pertinência com os pressupostos legais que ratifiquem a obrigação indenizatória.

Importante destacarmos a prova pericial, que por sua vez, é a mais certa e usufruída para demonstrar a ocorrência ou não do erro médico. Entretanto, alguns obstáculos assolam a sua realização, como a falta de profissionais para a realização do serviço, o seu custo elevado e o espírito

corporativo que impera nas entidades profissionais de classe, em respeito ao seu companheiro de profissão. Por esses motivos, existe a prolongação das atividades instrutórias para a comprovação dos fatos técnicos alegados, tornando espinhoso o caminho traçado até o necessário amadurecimento das questões de fato, imprescindível para o veredito do magistrado.

Para se verificar se o médico agiu com culpa ou não, necessário se faz comparar o seu comportamento com o de outro médico, dentro de uma mesma categoria. Tem o julgador, portanto, para a produção da prova da culpa médica, outros recursos além da prova testemunhal e de elaboração de laudo por perito médico, quais sejam: perquirição de indícios suficientemente lógicos e fortes para conduzi-lo à convicção legítima.⁶⁶

Por outro lado, a falta de conhecimento técnico por parte do Juiz não é óbice para conhecimento e julgamento das questões para as quais não tem habilitação própria, estando previstos em todos os códigos processuais modernos o auxílio que pode requisitar de peritos ou experts no tema a ser apreciado.⁶⁷

Precisamos ter em mente, ademais, que nesses casos teremos sempre dois lados da moeda, o do paciente lesado que, muitas vezes, não auferiu conhecimento sequer da técnica utilizada pelo profissional médico para o tratamento realizado, ou seja, é leigo na ciência médica, sem contar que é ainda fragilizado pela doença ou pelas consequências do tratamento incorreto.

Do outro viés da relação processual, nos deparamos com o *expert* da medicina que tem contra si a acusação de ter provocado um dano no paciente em decorrência de comportamento ilícito e culposo no exercício de sua atuação profissional.

Nesse sentido, tendo em vista que os termos e a linguagem utilizados na toada médica são muito específicos e complexos, sendo o seu conhecimento restrito aos profissionais da saúde, é natural que o paciente, leigo, tenha mais dificuldade para provar a culpa médica e, conseqüentemente, possua meios probatórios insuficientes para comprovar a ilicitude do comportamento do profissional médico e da sua culpabilidade.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, a distribuição do ônus da prova está elencada pela inteligência estampada no artigo 373 do Código de Processo

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

⁶⁷ WIDER, Roberto. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_115.pdf. Acesso em: 04 maio 2021. p. 4-5.

Civil.⁶⁸ Em seu bojo, consigna-se que o autor deve provar os fatos que constituem o direito afirmado na exordial, ao passo que a parte requerida possui o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

Entendemos que existe, portanto, uma distribuição do ônus da prova entre requerente e o requerido, a qual é realizada conforme a natureza dos fatos invocados, fundamentada pelo princípio da igualdade, já que o encargo de alegar e provar distribui-se entre as partes na mesma medida de suas respectivas pretensões.

Assim, o requerente está incumbido de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto o requerido deve provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Transladando-se essas informações do referido artigo do Código de Processo Civil para o universo da responsabilidade civil por erro médico, o paciente lesado está encarregado de provar todos os fatos necessários para configurar o dever de indenizar, ou seja: fato, ilicitude, culpabilidade, dano e nexos de causalidade. Entretanto, como afirmamos acima, o paciente na maioria das vezes é pessoa leiga perante a medicina e seus termos complexos, a qual torna-se um encargo penoso produzir provas e, muitas vezes, conduz à improcedência do pedido.

Salienta-se que a obrigação de meio o ônus probatório é do autor (paciente), porém, é exequível a sua inversão caso este seja hipossuficiente e vulnerável, além de ser primordial verossimilhança das alegações dos autos. Doutro giro, seguindo raciocínio oposto, o ônus da prova na obrigação de resultado é do fornecedor (médico e réu), todavia, na obrigação de meio, é também se pratica a inversão do ônus da prova, sob as mesmas condições do anterior.

Dessa forma, o seguimento à risca do modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro, mostra-se insuficiente para abarcar de maneira adequada os casos submetidos a julgamento na questão da responsabilidade civil médica.

À luz do raciocínio supramencionado, o legislador afastou, em determinados casos, a regra geral da distribuição do ônus probatório, conforme determina o artigo 373 do Código de Processo Civil. Estamos falando de um instituto muito importante para nosso trabalho: a inversão do ônus da prova, previsto no mesmo dispositivo mencionado, mas em seu parágrafo primeiro⁶⁹,

⁶⁸ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁶⁹ “[...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a

que tem o escopo de fazer não recair sobre a parte tradicionalmente onerada o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que será incumbida de provar o fato contrário.

A maior evidência do caráter procedimental da norma definidora da distribuição do ônus probatório, encontra-se na possibilidade legal conferida ao juiz para dinamizar esse encargo, afastando-o do sistema estático da lei (art. 373, § 1º). Essa alteração, porém, exige o cumprimento do contraditório e só pode acontecer mediante decisão judicial fundamentada. Só se justifica, outrossim, com o propósito de transferir o onus probandi à parte que possua, de fato, melhores condições de cumpri-lo.⁷⁰

Logo, a parte que, pela regra geral, tinha o ônus da prova, fica dispensada desse encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação a esse pressuposto, agora tem o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Destarte, se a distribuição do ônus probatório se apresentar de uma forma tal que torne impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo negado o acesso à tutela jurisdicional, violando o devido processo legal e os seus corolários como o contraditório e a isonomia.⁷¹

O juiz, ao perceber que determinada parte tem melhores condições de produzir determinada prova, deve anunciar expressamente, apontando para ela o ônus de produzi-la, indicando quais fatos devem ser produzidos, justamente por ter melhores condições para tanto.⁷²

Sistemática e atualmente, partilha-se do entendimento de que a mera dificuldade do encargo probatório, por maior que seja para a parte onerada, por si só, justifica a inversão do ônus da prova por determinação judicial, conforme previsão do parágrafo primeiro do mesmo artigo 373, do Código de Processo Civil.

Este dispositivo, por sua vez, é fundamentado com base na teoria da distribuição do ônus da prova, a qual carrega em seu bojo a possibilidade de aplicação, pelo magistrado, das regras de distribuição do *onus probandi* com base na análise do caso concreto. Consoante ao parágrafo 1º do artigo 373 do

oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 23. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.

⁷¹ LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 58.

⁷² LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 90.

Código de Processo Civil, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, as quais possuem relação com a impossibilidade ou a dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* do artigo 373, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o magistrado atribuir o ônus da prova adversamente, desde que seja por decisão fundamentada, dando à parte a oportunidade de cumprir com o que lhe foi atribuído.

Este mecanismo de distribuição rompe com o rígido modelo estático de distribuição do ônus previsto no antigo artigo 333, do CPC/73, tornando esta regra mais flexível, dinâmica, adaptável a cada caso, sendo dirigida a parte mais preparada para a produção da prova.⁷³

Outra questão a ser destacada é a orientação prevista no parágrafo segundo do artigo 373⁷⁴, do Código de Processo civil, a qual veda a distribuição dinâmica, aquela de modo diverso do previsto no *caput* do artigo 373, quando puder tornar a produção da prova abundantemente dificultosa ou impossível à parte destinatária do encargo.

Não obstante a previsão no Código de Processo Civil mencionada, o Código de Defesa do Consumidor, com esteio no seu artigo 6º, inciso VIII, também prevê inversão do ônus da prova, desde que atenda alguns requisitos fundamentais: hipossuficiência do consumidor (técnica, econômica e/ou jurídica) e a verossimilhança das alegações. Considera-se o Código de Defesa do Consumidor como o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, pois o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final. Portanto, a relação jurídica entre ambos é de consumo.

Outrossim, existe uma referência em relação à responsabilidade civil pessoal do profissional liberal, disposta na inteligência do parágrafo 4º, do artigo 14, ao prever que será apurada mediante a verificação de culpa. À vista disso, a responsabilidade pessoal do profissional liberal é subjetiva.

O médico, em contrapartida, é um profissional da saúde. O mercado de atuação é assistencial, ou seja, labora em favor do paciente, tendo em vista a garantia de um direito absoluto à saúde. O serviço médico não se confunde com prestação econômica em sentido estrito. O exercício da medicina não tem, como fim central, a busca do lucro, mas, sim, a cura da doença

⁷³ SILVA, André Rodrigues Pereira. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. *Âmbito Jurídico*, Acesso em: 01 abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/ateoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁷⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

ou sua prevenção. O risco da atividade médica é decorrência do estado natural e pessoal do paciente, inerente à sua condição de pessoa humana, carente de tratamento profissional. O risco da atividade não se reverte em favor do médico; ao contrário, torna sua atuação muito mais complexa, porque especializada e sujeita a fatos que, naturalmente, são imprevisíveis e incontroláveis. O objeto sobre o qual recai a atividade médica é o próprio corpo das pessoas. Por consequência, a responsabilidade decorrente da atuação do médico é dependente de seu comportamento profissional, de sua conduta. Daí a importância do pressuposto da culpa, caracterizada pelo dolo ou negligência. A responsabilidade, portanto, é subjetiva.⁷⁵

Transladando-se para a prática processual jurídica, buscamos o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do tema, para qual colocamos os seguintes filtros de busca: “inversão do ônus da prova” e “erro médico”. Obtivemos, assim, 3.767 resultados, os quais a maioria dos relatores, nos casos de culpa médica, manteve o deferimento do magistrado *a quo* da inversão do ônus da prova, ou proveu o recurso do autor para determinar a inversão do *ônus probandi*, com fundamento legal dos artigos 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, no sentido de que a relação das partes é de consumo.⁷⁶

No caso supracitado, trata-se de um agravo de instrumento, dentro de uma ação de perdas e danos onde a Juíza de Direito indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova. Sustentam os ora agravantes ser aplicável a legislação consumerista à hipótese, sobretudo por se tratar de discussão a envolver suposto erro médico.

A Doutra Procuradoria de Justiça, presente nos autos em virtude de o polo ativo conter menor de idade, opinou pelo provimento do agravo de instrumento e, no mesmo sentido, votaram todos os julgadores, em conformidade com o relator, que ressaltou em seu voto que é inegável relação de consumo existente entre as partes, bem como o preenchimento dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, revelando-se ser de rigor a postulada inversão do ônus da prova.

Nessa seara, acreditamos que o paciente lesado, requerente da ação indenizatória, deva ficar excluído do encargo de provar a culpa do médico, em virtude de presumir-se que o médico agiu com culpa para a produção do dano.

⁷⁵ RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade civil médica: Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p249.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021. p. 7.

⁷⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 2201570-*

De outra parte, o encargo probatório da contraprova é exclusivo do médico, cabendo a ele demonstrar, durante a instrução, que não agiu com culpa para a produção do evento danoso, ou que o evento lesivo se deu em decorrência de fator estranho à sua conduta profissional.

Uma vez inseridos no estudo da inversão do ônus da prova, peça chave do julgamento de uma indenização por erro médico, passaremos a análise da responsabilidade médica à luz apenas de uma legislação: o Código de Defesa do Consumidor, pois, como arguido anteriormente, é o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, já que o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final.

2.4 RESPONSABILIDADE MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de mais nada, importante introduzirmos as normas, conceitos e teorias que regem a legislação consumerista. Vivemos em uma sociedade de consumo acelerado, na qual as relações jurídicas são travadas por meio de contratos de adesão, na grande maioria das vezes previamente elaborados por fornecedores, sem qualquer possibilidade de negociação por parte do consumidor, colocando-o numa posição vulnerável que justifica a proteção especial que o Código de Defesa do Consumidor lhe confere. Eis o motivo pelo qual a conceituação de consumidor torna-se de extrema relevância.

É certo que, mesmo existindo uma evidente relação consumerista entre as partes, deve existir, independentemente de qualquer outro requisito, a autonomia da vontade e liberdade de contratar, não se tolerando que uma das partes se localize em face da vulnerabilidade da outra. Tal prática deve ser evitada, repartindo-se adequadamente os riscos, pois é notória a existência de um interesse social nas relações de consumo.⁷⁷

Seguindo uma tendência universal, nossa Constituição Federal de 1988, de maneira inédita, incorporou aos princípios da ordem econômica, no seu artigo 170, inciso V⁷⁸, a defesa do consumidor, incluindo, também, entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, XXXII⁷⁹, ao determinar que o Estado

⁷⁷ CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião*: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 28.

⁷⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] V - defesa do consumidor;”

⁷⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII: Estado promoverá,

promoverá, com fulcro na lei, a defesa do consumidor. Ulteriormente, na inteligência do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸⁰, determinou que o Congresso Nacional, após a promulgação da Constituição, elaborasse o código de defesa do consumidor, advindo, portanto, a Lei nº 8.078/1990, que ampliou os princípios e proteção legal não apenas a um único tipo contratual, mas a todos os contratos em que há relação de consumo.

À luz deste raciocínio, essencial entendermos o alicerce teórico do Código de Defesa do Consumidor, bem como o que a jurisprudência dos tribunais superiores adotou. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça recentemente abarcou na aplicação da teoria do finalismo aprofundado com intuito de amenizar controvérsias e, conquanto seja uma posição mais restritiva de aplicação da legislação consumerista, amparada pela presunção de destinatário fático e econômico do bem, excepciona a regra em situações de vulnerabilidade do consumidor, sendo ela profissional ou pessoa jurídica.

Segundo a teoria finalista, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que, integrantes da relação de consumo, utiliza o produto ou serviço como destinatário final, para a sua própria fruição e não para o uso profissional. Exige-se na teoria finalista a destinação fática e econômica sem qualquer ato de profissionalismo.⁸¹

Em âmbito legal, verificamos que consumidor é toda pessoa física ou jurídica, adquirente ou usufrutuária de produto ou serviço como destinatário final, de modo a ampliar o conceito de consumidor contido no artigo 2º, *caput*⁸², da Lei nº 8.078/90, fazendo-se, por conseguinte, estender o leque da vulnerabilidade, que constitui uma presunção legal absoluta que todo consumidor é vulnerável na presença da lei, sendo essa uma característica de ordem material.

Outrossim, a título de complemento do conteúdo, exsurge-se também dentro do Código de Defesa do Consumidor, além da vulnerabilidade, o conceito de hipossuficiência do consumidor, sendo uma característica não incidente em de todo e qualquer consumidor. Desse modo, é uma circunstância que deve ser aferida dentro do processo, caso a caso, e sua finalidade é equilibrar a relação consumerista na ação judicial.

Indo em direção do raciocínio nas relações médicas, importante ressaltar, desde já, que o Código de Defesa do Consumidor é o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica, já que o médico é prestador de serviço, caracterizando-

na forma da lei, a defesa do consumidor;”

⁸⁰ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.

⁸² “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

se, portanto, como um tipo de fornecedor⁸³, segundo o próprio *códex*, considerado profissional liberal pela doutrina, e o paciente é um destinatário final.

Os profissionais liberais clássicos são bem conhecidos: o advogado, o médico, o dentista, o contador, o psicólogo etc.⁸⁴ Por tais razões já arguidas, entendemos que são enquadrados como fornecedores dos indivíduos que contratam serviços, chamados de consumidor, formando o ciclo da relação consumerista.

Ao tratarmos da responsabilidade do profissional liberal, conquanto tecnicamente também possa ser considerado fornecedor, ele só será responsabilizado diante da comprovação da culpa, segundo o que diz o já mencionado parágrafo quarto do artigo 14⁸⁵ do Código de Defesa do Consumidor.

A grande maioria desses profissionais liberais atuam no mercado prestando atividade de meio e não obrigação de resultado, ou seja, atuam obrigando-se pelo meio e pelo emprego correto dos meios que tecnicamente estão autorizados a aplicar, como faz o médico em uma cirurgia e o advogado em um processo, podendo ser responsabilizados subjetivamente se prestarem seus serviços de maneira imperita, imprudente ou negligente isto é, com culpa. Nunca poderão ser responsabilizados pelo simples fato de a cirurgia não ter sido bem-sucedida, ou porque o cliente perdeu a causa, respectivamente.

No entanto, há profissionais liberais que, por conta da natureza específica de sua atividade, obrigam-se pelo resultado entregue ao consumidor, e não apenas pelo meio. É o caso dos cirurgiões plásticos e de outras profissões, onde a natureza da atividade permite que o resultado seja assegurado ao consumidor do serviço, porém, mesmo nesses casos, a responsabilidade desses profissionais também será subjetiva.

Existem serviços oferecidos e executados pelos profissionais liberais que são, em si, obrigação de resultado e não atividade de meio, qual seja aqueles onde não há dependência de nenhuma outra circunstância.

Fica claro, ademais, que tanto os médicos com obrigação de meio, quanto aqueles com obrigação de resultado, são considerados profissionais liberais e, conseqüentemente, estão albergados pela responsabilidade subjetiva, a qual dependente de culpa, conforme rege o Código de Defesa do Consumidor, afigurando-se, portanto, uma relação entre o médico-paciente consumerista

⁸³ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁸⁴ NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 314.

⁸⁵ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

De outro viés, importante lembrar que o prazo de propositura de ação por responsabilidade civil no Código Civil atual é de três anos. Porém, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27⁸⁶, estipula a prescrição de cinco anos para pretensão à indenização dos danos causados por fato do produto ou do serviço. Isto quer dizer que, caso o médico, paramédico ou assemelhado seja acionado com esteio na legislação consumerista, principalmente por falha no serviço prestado, será esse o prazo de propositura da ação.

Imprescindível avançar, ora, ao exame do dano moral nas relações de consumo, que possui caráter punitivo e é defendido pela doutrina como prevenção contra as grandes corporações que dominam a prestação dos serviços no mundo capitalista atual, já que tão somente a aplicação de multas simbólicas não intimidam os grandes fornecedores. Assim, é necessário introduzir no Brasil, a “indenização punitiva” para defender a sociedade consumerista da desídia notada na prestação dos serviços monopolizados, negligentes, imprudentes e imperitos.

Crítica-se a aplicação insipiente e ineficaz no direito brasileiro da “teoria do desestímulo”, que, tal como procedem os tribunais, “apresenta uma abordagem punitiva e pedagógica de baixíssima repercussão”.⁸⁷

Consoante o pensamento da doutrina supramencionado, entendemos a aplicabilidade do dano moral punitivo nas relações de consumo também como uma prevenção de futuros inconvenientes oriundos de culpa ou da má prestação de serviços no geral, mormente para tentar afastar futuros prejuízos de outros consumidores, seja financeiro, físico, estético ou psicológico.

Resta clarividente, ante todo exposto, que as relações médico-paciente são de consumo, tanto porque o médico de fato presta um serviço, como porque, de outra parte, está o paciente, o qual é o destinatário final da prestação de serviços médicos, que, se prestam à manutenção e melhoria de sua saúde, motivo pelo é indiscutível a sua classificação como relação consumerista.

Uma vez inseridos no estudo da inversão da responsabilidade médica à luz do Código de Defesa do Consumidor, bem como de todas as suas normas, teorias e como essa profissão é enxergada pela legislação e doutrina, o qual concluímos que a relação médico-paciente é consumerista, afigura-se adentrarmos ao estudo do nosso último, mais importante e específico capítulo do nosso estudo ora proposto: a responsabilidade civil médica e o erro médico nas

⁸⁶ “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

⁸⁷ BORREGO, Christiane. As relações de consumo e a teoria do valor do desestímulo em face da globalização dos negócios jurídicos. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, n. 104, v. 18, nov./dez. 2016. p. 15.

cirurgias plásticas. Antes de mais nada, traremos à baila no primeiro subtópico a diferenciação de cirurgia plástica como obrigação de meio ou de resultado.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

3.1 CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO

A partir de tal enfoque, salutar o avanço do trabalho ao exame da discrepância entre a cirurgia plástica como obrigação de meio ou resultado. Para tanto, dada, notadamente, a natureza como importância de desenvolvimento, faz-se primordial a abordagem da diferença entre as cirurgias plásticas meramente embelezadoras, as quais são feitas com intuito de melhorar a aparência e autoestima do indivíduo, das cirurgias plásticas necessárias, com fins terapêuticos, afastando-se uma abordagem excessivamente abstrata.

Assim como o Direito, a Medicina é uma arte.⁸⁸ O médico, conhecedor da ciência para dar segurança ao paciente, deve se comprometer a tratar o cliente com zelo, utilizando-se de diligências e meios adequados para curar o doente, mas nunca se obrigando a tal. A mesma situação se dá com o advogado ao assumir uma causa: possui uma obrigação de meio e não de resultado, mas sempre buscando as melhores ferramentas para lograr êxito na demanda contraída.

Em outras palavras, o médico possui deveres, sendo transmitir segurança e obrigar-se a empregar toda sua técnica e seus conhecimentos da melhor maneira, com perspicácia, na tentativa de curar ou minorar dos males do paciente, mas nunca podendo garantir a cura, mesmo porque a vida e a morte são valores que pertencem a âmbitos espirituais e naturais da vida.

Entende-se a obrigação de meio como àquela em que a sua realização não está condicionada ao alcance de um resultado específico, mas tão somente ao emprego de determinado meio. Todavia, em algumas ocasiões a jurisprudência entende a obrigação médica ou paramédica como de resultado, como por exemplo na cirurgia plástica meramente para fins estéticos e em procedimentos técnicos laboratoriais como radiografias e ressonâncias magnéticas.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar para outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será a garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar uma certa visita.⁸⁹

⁸⁸ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**: obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 601.

⁸⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio

Conquanto a supra citação esteja desatualizada, o tema em apreço merece uma passagem dos ensinamentos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que estava aposentado do Superior Tribunal de Justiça desde 2003, em razão da relevância para a relação do direito com a medicina.

Portanto, torna-se incontroverso que a obrigação de resultado é a promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória para apuração dos danos e, ulteriormente, na indenização civil. Entretanto, cremos ser necessário aferir do porquê não se obteve o resultado almejado.

À luz de tal inteligência, entendemos que a obrigação de meio e de resultado não significa uma variação na configuração da relação obrigacional, mas sim que existe uma promessa e garantia do devedor em desempenhar determinada atividade, sendo esta a prestação, objeto da obrigação, como meio para produzir o resultado útil (a entrega ou transferência de certa coisa, no nosso caso o resultado embelezador almejado) que satisfaz o interesse do credor (função obrigacional).

Nesse sentido, uma parcela da doutrina e a jurisprudência, tanto dos Tribunais de Justiça quanto do Superior Tribunal de Justiça⁹⁰, se dispõem à atribuição das cirurgias plásticas meramente para fins estéticos na qualidade de obrigação de resultado, enfatizando que o fato da obrigação ser de resultado não modifica a natureza da responsabilidade subjetiva, mesmo alterando o ônus da prova para o *expert*, conforme demonstrado anteriormente.

Embora seja nessa toada o entendimento de uma parte doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, constatamos em nossa pesquisa a existência de um descompasso doutrinário muito pertinente, plausível e correto acerca do debate da natureza obrigacional assumida pelo médico nas cirurgias meramente estéticas, sob o argumento de que a álea é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio.

Ressalta-se que o então do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, *in memoriam*⁹¹, um dos maiores norteadores do nosso estudo em apreço, se posicionava contra a ligação da obrigação de resultado com as cirurgias plásticas meramente estéticas, sob argumento de o dever do

de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 138-139.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG*. RECURSO ESPECIAL 2010/00255310. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação: 26/08/2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁹¹ MINISTRO aposentado Ruy Rosado morre aos 81 anos em Porto Alegre. *STJ*, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-aposentado-Ruy-Rosado-morre-aos81-anos-em-Porto-Alegre.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.

médico é tão somente o emprego de determinado meio, esforçando-se para alcançar a cura do paciente.

É nossa opinião concreta, portanto, que sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, já que é uma classificação extremamente insana e difundida, sem qualquer reflexão para os leigos.

Sob ótica desse entendimento doutrinário distinto ao do Superior Tribunal de Justiça, por tudo quanto já foi dito, acreditamos que esse posicionamento minoritário se mostra conclusivo, devendo a obrigação de resultado ser apartada, e a obrigação de meio prevalecer sempre, inclusive nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, já que a beleza um conceito subjetivo.

O que se exige do médico, seja qual for a sua especialidade, é a prestação de serviços zelosos, atentos, conscienciosos, a utilização de recursos e métodos adequados de agir conforme as aquisições da ciência. O que não se pode admitir, sempre com a máxima vênua, é uma corrente jurisprudencial em desalinho com a realidade moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.⁹²

Por óbvio que somente os indivíduos, bem de saúde, procuram um médico somente para melhorar algum aspecto seu, o qual considera desagradável, almejando exatamente esse resultado, não se submetendo a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, porém, isso não torna, automaticamente, a premissa de culpa dos cirurgiões plásticos.

Com a evolução dos conceitos, se considera atualmente a saúde não apenas o bem estar físico, mas também e incolumidade psíquica e social, não havendo espaço para dúvidas sobre a finalidade curativa da cirurgia estética.⁹³

Faz-se essencial ressaltar que além do comportamento do médico, o sucesso das cirurgias meramente estéticas também está subordinado com o próprio comportamento do paciente, já que envolve reações metabólicas, comportamento da pele humana, cuidados posteriores com pomadas, acompanhamento médico, cintas e drenagens, que, se não o fizer e por esse motivo originar o resultado adverso, rompe o nexo causal. Nessa seara, é fundamental analisar, por meio de perícia médica, se houve erro médico durante o procedimento, bem como a razão do resultado adverso.

⁹² MAGRINI, Rosana Jane. *Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03 maio 2021.

⁹³ ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 111.

Isto porque, além do conceito embelezador ser subjetivo, toda intervenção cirúrgica pode apresentar resultados inesperados, com ou sem ausência de erro médico, por isso o meio probatório afigura-se essencial para a reparação de eventual dano ou não. Assim, não pode olhar para o cirurgião plástico de maneira tão radical de êxito sempre, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso, sempre aferindo a culpa do médico.

Podemos dizer que o sucesso da cirurgia plástica depende do resultado cirúrgico, que envolve o médico, cumprindo com a sua parte da relação contratual até onde cabe a sua ação profissional, e do resultado pós-operatório, que gira em torno dos cuidados do paciente. Em face disso, a obrigação do cirurgião médico não anula a do paciente em tomar os devidos cuidados ulteriormente e, se não houve erro médico durante o procedimento, ele não incidirá a obrigação indenizatória.

Portanto, exsurge-se a necessidade de impormos a cirurgia plástica estética como obrigação de meio, sendo necessária a revisão do entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico. Não pode se olvidar que a cirurgia plástica é equiparável a todos os demais procedimentos e tratamentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis, ainda que toda a técnica e recursos disponíveis e prudência seja empregada, não podendo, assim, o médico ser culpado pelo infortúnio, por ele também não almejado.

A toada revolucionária da obrigação de meio para a cirurgia plástica para fins meramente estéticos também atingiu a doutrina estrangeira, que se manifesta sobre o tema por meio das lições de Ricardo Rabinovich-Berkman⁹⁴, que vai além e levanta diversos outros questionamentos, tais como as condições mentais do paciente que, lúcido e capaz, se submete a cirurgia plástica em busca de corrigir o que considera um defeito, uma característica que foge aos padrões do que considera beleza, tratando aquele “desvio estético” como verdadeira doença. Com relação a prova a ser produzida na obrigação de meio, é axiomático o ônus do autor (paciente), porém, é cabível a sua inversão probatória, caso seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos, conforme incumbidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

De outra parte, o ônus da prova na obrigação de resultado é do fornecedor (médico e réu na ação indenizatória), porém, bem como na obrigação de meio, é possível a inversão do ônus da prova, caso o paciente seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos.

Nos casos de resultados ruins, em que se procure comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de qualquer coisa, além do nex

⁹⁴ RABINOVICK-Berkman, Ricardo D. apud ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Responsabilidade Civil e Medicina**. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 114.

causal e do tamanho do dano, são as circunstâncias do atendimento e o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado. Nunca, categoricamente, prender-se a um pensamento no qual afirma-se sempre que o não sucesso da cirurgia plástica se deu por culpa do médico, que fez seu papel para chegar ao resultado celebrado na relação contratual.

Outrossim, nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos as partes não estão confinadas ao programa contratual típico, podendo escolher o procedimento a ser realizado, bem como convencená-lo, obviamente com a orientação e auxílio do médico, posto que a obrigação imposta a esse médico nesse caso é de resultado. Com efeito, decorre a irrecusável conclusão de que o conteúdo da obrigação de resultado acarreta na concreta expectativa do paciente quanto ao resultado útil a ser alcançado pelo cirurgião plástico, a qual, de ordinário, vai de encontro com aquela prevista no tipo contratual.

A propósito, a identificação da expectativa gerada efetivamente no paciente, mostra-se preponderante, entre as diversas circunstâncias que devem ser levadas em consideração, mormente a análise das informações prestadas pelo médico ao paciente. Como afirmado anteriormente, a doutrina pondera que a obrigação do cirurgião plástico pode variar de conteúdo conforme o caso, tendo em vista, sobretudo, o motivo pelo qual foi realizado o procedimento.

Desta feita, se mostra salutar para diferenciarmos o entendimento e conceito de cirurgias plásticas meramente embelezadoras, das cirurgias plásticas necessárias, com finalidades terapêuticas, figuradas, por exemplo, na hipótese de o médico realizar procedimento cirúrgico em pessoa acidentada ou para a restauração da mama por consequência de um câncer.

A partir daí faz-se uma diferença entre a natureza jurídica da cirurgia plástica estética, quando o paciente é sob aquela ótica saudável e apenas quer melhorar sua aparência, e a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutora que corrige anomalias congênicas ou resultados de traumas.⁹⁵

Arrimando-se nesse referido entendimento, verifica-se clara e inegável que as cirurgias com finalidades terapêuticas, carregam em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso do ser humano, não tendo o condão de atingir o resultado. De outro viés, a obrigação de resultado é vista como a exigência da entrega integral, nos limites que cabem ao médico, de um determinado resultado.

Resta clarividente que seja a forma de obrigação de meio ou de resultado, perante o dano, o apurado será a responsabilidade do médico,

⁹⁵ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 341.

aferindo o grau de culpa, dimensão do dano e nexos de causal, mormente em face das ações de indenizações por perdas e danos.

Destarte, em razão de todo exposto, não subsistem dúvidas acerca da diferença entre cirurgia plástica como obrigação de meio e obrigação de resultado, bem como do nosso entendimento acerca do tema abordado. Avançaremos, neste momento, para o próximo subtópico, qual seja, o da caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico.

3.2 CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS POR ERRO MÉDICO

Prosseguindo nosso estudo diante da temática da responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, inauguraremos esse subtópico afirmando, inexoravelmente, que a responsabilidade médica é subjetiva. Disso emerge a conclusão de que para caracterizar a responsabilidade civil médica em decorrência de erro médico, sendo por cirurgia plástica ou não, é nevrálgica a incidência de culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência do médico liberal.

Comprovação da culpa exigida na responsabilidade subjetiva decorre do lastro moral inerente a todo ser humano, no sentido de que ninguém pode responder sem ser o culpado. Daí decorre a compreensão de que a responsabilidade subjetiva deve ter por fundamento a comprovação da culpa para que só então surja o dever de reparar os danos decorrentes de uma conduta voluntária, seja negligência, imprudência e imperícia.⁹⁶

Isto porque, exige-se a prova do dano e da conduta negligente, caracterizada em alguma das três modalidades supramencionadas, para o surgimento do dever de indenizar, sendo que a própria natureza da atividade médica faz com que a sua responsabilidade seja indissociável do conceito de culpa. Portanto, faz-se necessário afastar, em qualquer hipótese, a responsabilidade objetiva nos casos de erro médico.

Desta feita, revisitaremos e relembremos a caracterização de cada um desses três tópicos, trazendo à baila exemplos em âmbito médico, com intuito de facilitar o cotidiano na área da saúde e quais os casos mais comuns de incidência de culpa, das três modalidades.

Para tanto, traremos à baila a imperícia, a qual deve ser dada e tratada com atenção redobrada na responsabilidade civil na seara da saúde, pois

⁹⁶ CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. **Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 46.

em curtos espaços de tempo são criadas inúmeras especialidades dentro da medicina. Desta feita, a imperícia médica está abarcada no profissional que não porta conhecimentos técnicos, teóricos e práticos para exercer determinada atividade médica, porém, mesmo assim, ele a pratica.

Na seara das cirurgias plásticas, reiteramos o exemplo citado anteriormente: o caso do “Dr. Bumbum”, que utilizou material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica, em vista da ausência de técnica cirúrgica para a sua remoção, qual seja o *polimetilmetacrilato* (PMMA), material altera algumas formas do corpo e é absorvido pelo organismo.

Por sua vez, as palavras chaves da negligência são: ausência e omissão, porque é, de fato, a falta da utilização das precauções indispensáveis para a prática de determinados procedimentos, configurada pela ausência de atenção na atuação da atividade desempenhada, sendo acarretada por diversos fatores, quais sejam: distração, indolência, descaso e inércia.

Um exemplo de negligência no âmbito da cirurgia plástica é o médico que, ao realizar uma cirurgia de abdominoplastia, esquece um bisturi dentro do abdome do paciente, causando o evento danoso.

Finalmente, entende-se a imprudência como o antônimo de previdência, sendo, sinônimo, portanto, de leviandade e a precipitação. Na toada da saúde, definir-se-á como a utilização de tratamentos e procedimento não recomendados ou vedados pela prática e ciência médica.

À imperícia, hoje em dia, deve ser dada atenção redobrada na responsabilidade civil na área da saúde, já que em curtos espaços de tempo são criadas diversas especialidades médicas. A título de exemplo cite-se a ortopedia, em que hoje existem especialistas para a coluna, membros superiores e inferiores, mãos, pés etc. Desse modo, o desempenho ou a perícia do médico pode receber questionamentos com maior rigor, dado o exigível conhecimento da área em que atue.⁹⁷

Exempli gratia de imprudência na toada da cirurgia plástica, é o profissional, por falta de cautela, no procedimento de lipoaspiração, perfurar o órgão do paciente com a cânula utilizada para aspirar gordura, causando o evento danoso no paciente.

Uma vez inseridos e revisados todos os conceitos e exemplos das três modalidades de culpa *stricto sensu* na toada das cirurgias plásticas, faz-se necessário aplicar o hodierno e majoritário entendimento jurisprudencial, com fulcro no Superior Tribunal de Justiça, ladeado com os Tribunais de Justiça.

⁹⁷ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (Coord). **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na área da saúde. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

Este, por sua vez, é diferenciação da caracterização da obrigação de resultado e obrigação de meio, já que a estipulação de uma obrigação de resultado, aplicada nos casos de cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, conta também com a responsabilidade subjetiva, mas com a culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa.⁹⁸

Em vista de tal conjuntura, manifesta-se a jurisprudência majoritária no sentido de que o cirurgião deve ser responsabilizado, além dos três incidentes de culpa *stricto sensu*, por não ter alcançado êxito no procedimento cirúrgico no sentido de não trazer o resultado pretendido pelo autor, tendo em vista o bojo da obrigação de atingir determinado fim. Portanto, tem-se a obrigação de resultado a promessa de resultado que, se uma vez não alcançado, ensejará na propositura de ação de conhecimento indenizatória, para a ulterior reparação civil.

Com a máxima vênia, discordamos integralmente deste entendimento acerca da presunção da culpa médica pelo resultado não embelezador, por trata-se de um conceito subjetivo, expressando pontos de vista e julgamentos de valor da própria pessoa, além dos seus sentimentos, gostos e preferências, ventilado detalhadamente no subtópico seguinte.

Ou seja, acreditamos que nas cirurgias de com obrigação de resultado devem ser incidir a responsabilidade civil do médico somente quando há culpa, como por exemplo, o esquecimento de um bisturi dentro do abdome do paciente na cirurgia de abdominoplastia; pela falta de cautela no procedimento de lipoaspiração, ocasionando a perfuração de órgão do paciente com a cânula aspiradora de gordura; e, ademais, pela utilização de material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica.

A partir daí, vislumbra-se que as cirurgias plásticas com obrigação de meio, regra geral do nosso ordenamento jurídico, o médico deve adotar todas as diligências necessárias para conservar e salvar a vida do indivíduo, porém, sem o condão de atingir o resultado. Como apontado anteriormente, a cirurgia plástica com obrigação de meio está balizada para fins terapêuticos e não estéticos, como por exemplo a reconstrução de mama, com implante de prótese de silicone em decorrência de câncer.

Tendo em vista essa regra geral, o erro médico na obrigação de meio é simplesmente caracterizado pela verificação de culpa *stricto sensu*, adjetivando automaticamente a responsabilidade subjetiva, mas sem o adendo da culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 267.

Portanto, a caracterização da responsabilidade civil por erro médico nas cirurgias plásticas com obrigação de meio, cuja finalidade é a própria atividade do devedor, se dá apenas mediante a ocorrência de culpa, raciocínio o qual estamos em conformidade.

Sob o referido prisma, a jurisprudência enfatiza que o fato da obrigação ser de resultado não altera a natureza da responsabilidade civil médica, a qual continua sendo subjetiva, conquanto haja a presunção de culpa do médico pelo resultado não embelezador, além de se alterar o objeto do ônus da prova para o *expert* da medicina.

Assim, concluímos esse tópico expondo detalhadamente as diferenças e semelhanças da caracterização da responsabilidade civil por erro médico nos dois tipos de obrigação, apontando, outrossim, a maneira que avaliamos a discrepância que nosso ordenamento jurídico, por meio da jurisprudência e doutrina majoritária atual trazem a esse respeito.

A título de complementação do nosso raciocínio exposto, passaremos à análise do da difícil conceituação de resultado embelezador, fundamentado e alicerçado na subjetividade humana.

3.3 A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DE RESULTADO EMBELEZADOR

Chegamos, enfim, ao ponto nevrálgico do nosso trabalho: a difícil conceituação de resultado embelezador.

A busca e preocupação pela beleza está enraizada na sociedade desde quando o “mundo é mundo”, já notado durante o período Paleolítico, retratado pela escultura Vênus de Laussel, na França, a qual representava a feminilidade da mulher por meio da idealização de seios volumosos, nádegas, coxas e vulvas salientes, como elementos de fertilidade, que perdura até a atual vida moderna, como mostra a conhecida frase do poeta Vinícius de Moraes: “As muito feias que me perdoem, mas beleza é fundamental”.

No que concerne ao alarmante número de cirurgias plásticas no Brasil, iniciado ainda ao final do século XX, são lembrados como um momento em que o culto ao corpo tornou-se uma obsessão, transformando-se em um estilo de vida, buscado por homens e mulheres, principalmente por estas. Isto porque, existe uma associação entre o corpo e prestígio social, a qual coloca o corpo em um capital físico na cultura brasileira, justificando a enorme procura por cirurgias plásticas embelezadoras no país.

A prova disso, é a criação, já em 1933, da Escola Paulista de Medicina e, ulteriormente, da fundação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica em dezembro de 1948.

Somente no Brasil, foram registradas de mais de 1 milhão de cirurgias plásticas, além do *quantum* de 969 mil procedimentos estéticos não

submetidos à cirurgia.⁹⁹ Dentre as justificativas para o quadro, nos deparamos frequentemente com a insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, marcadas pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, disseminadas com a proliferação dos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada, a qual exige das pessoas mais do que elas podem e se sentem capazes de fazer.

Justamente em razão dessa grande obsessão pela própria imagem que se torna natural dentro da sociedade a busca por um padrão de gosto, uma regra capaz de conciliar as diversas opiniões dos homens, um consenso estabelecido que talhe tanto a aprovação, quanto a uma condenação de uma opinião.

Entre as intervenções mais procuradas, o aumento mamário com prótese de silicone, indicado para tratar mamas pequenas, flácidas e pouco projetadas, aparece em primeiro lugar. Os implantes variam em formato e em tamanho: existem aqueles chamados “redondos” (que projetam mais o colo) e aqueles ditos “anatômicos” (com aspecto mais natural). A escolha é sempre individualizada, baseada no desejo e na estrutura corporal da paciente. A cirurgia de prótese de silicone leva cerca de duas horas, em média, e não necessita internação hospitalar, de modo que a paciente recebe alta para casa no mesmo dia da operação.¹⁰⁰

A lipoaspiração está na segunda colocação. A técnica remove acúmulos de gordura localizada em áreas como abdome, cintura, costas, coxas e braços. Como resultado, temos a modelagem do contorno corporal, com a melhor definição das regiões trabalhadas.¹⁰¹

Filosoficamente, porém, há uma negação da existência de um padrão de gosto qualquer, sustentando que a beleza não é uma qualidade das próprias coisas, pois existe somente no espírito que as contempla, e cada espírito percebe uma beleza discrepante, conforme aduz David Hume. À luz desse raciocínio, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza, e

⁹⁹ COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁰⁰ COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁰¹ COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lidermundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

cada um deve ceder ao seu próprio sentimento, sem a pretensão de controlar o de outrem, tornando o conceito de belo, portanto, algo totalmente subjetivo, ou seja, é a opinião pertencente ao sujeito pensante e seu íntimo.

Segundo a disposição dos órgãos corporais, o mesmo objeto tanto pode ser doce como amargo, e o provérbio popular afirma com muita razão que gosto não se discute. É muito natural, e mesmo absolutamente necessário, aplicar esse axioma ao gosto espiritual, além do gosto corporal, e dessa forma o senso comum, que diverge com tanta frequência da filosofia, sobretudo da filosofia cética, pelo menos num caso concorda com ela, proferindo uma decisão idêntica.¹⁰²

Entretanto, conquanto o conceito de belo seja indubitável e indiscutivelmente subjetivo e a filosofia negue a existência de um padrão qualquer, verificamos a busca incessante dos indivíduos para chegar ao padrão social predeterminado, insatisfeito com a sua beleza, busca a realização de cirurgias plásticas para buscar maior aceitação meio aos ambientes sociais.

Psicologicamente, isso existe em decorrência da ideia de que os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Essa percepção não só continuou como aumentou excessivamente após a era moderna, haja vista os desenhos, desde a infância, que retratam um contato com o modelo de corpo padronizado do século XXI, reproduzido pelas princesas da Disney, especialmente a boneca Barbie, um ícone da estética corporal (magra e bem delineada), que contribui para o crescimento da identidade com os ideais midiáticos, os quais veiculam concepções distorcidas de beleza.

Ou seja, o conceito de belo está diretamente ligado ao que a pessoa imagina e idealiza como tal, ponderando a sua característica totalmente subjetiva, mas que sofre com os pensamentos externos enraizados profundamente dentro da sociedade, que cresce a cada dia com os ideais midiáticos, consoante o exemplo supramencionado.

Unindo os pensamentos das duas ciências mencionadas, quais sejam a filosofia e da psicologia, ao lineamento histórico, concluímos que conquanto o conceito de belo seja subjetivo, afigura-se extremamente importante para os indivíduos estarem dentro dos padrões da sociedade, sobressaindo, muitas vezes, os padrões impostos socialmente sobre a subjetividade de cada um.

Por tais razões, o resultado embelezador almejado pelo paciente está diretamente ligado com a satisfação da própria imagem perante outrem,

¹⁰² DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2012. p. 95.

marcada principalmente pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, pois, estando nos “moldes” sociais, indubitavelmente terá o resultado embelezador, e a prova disso são estudos que versam sobre a motivação dos indivíduos a fazerem cirurgia plástica estética em virtude da insatisfação com o próprio corpo e a baixa autoestima em relação ao mesmo.

Surgidas desde meados do século XX, muitos pesquisadores começaram a construir as ideias, conceitos e as teorias das mídias digitais, e um dos autores, chamado Michael Heim¹⁰³, tratou da filosofia do mundo virtual conectado. Asseverou, outrossim, que o mundo digital, por meio de computadores e celulares, entra em nosso ambiente mental, operando, inclusive, por meio de uma intersecção digital

Ademais, por meio do ciberespaço, os indivíduos compartilham informações e pensamentos que tem, sendo um espaço para imensos fluxos para os participantes trocarem opiniões, debaterem e alastrar mais ainda, conseqüentemente, o estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural.

A prova disso, conforme nos mostra a pesquisa do Ibope Inteligência¹⁰⁴, é que 52% dos internautas brasileiros seguem influenciadores digitais em redes sociais, além de mais da metade afirmar que se sente influenciada em relação aos produtos, serviços e padrões que essas personalidades, os quais são chamados de influenciadores ou *blogueiros*, indicam nas plataformas.

Assim, concluímos que os padrões midiáticos enraizados, por entrarem na mente das pessoas, acabaram fazendo com que muitas vezes se sobressaiam perante a subjetividade inerente ao ser humano que, por conseguinte, relacionará o resultado embelezador com a aprovação externa, os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Transladando-se para o âmbito da atuação médica, entendemos que se durante cirurgia estética não ocorreu erro médico, bem como se o profissional realizou os procedimentos da melhor maneira e alertou o paciente de todos os riscos inerentes ao procedimento, não poderá ser responsabilizado se o conceito de beleza dele for discrepante ao do paciente.

Ante o exposto, concluímos esse trabalho entendendo e afirmando que é injusto o médico responder civilmente por uma indenização com culpa

¹⁰³ HEIM, Michael apud MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 40.

¹⁰⁴ IBOPE INTELIGÊNCIA. *O Brasil e os influenciadores digitais*. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf>. Acesso em: 04 maio 2021.

presumida (negligência, imprudência ou imperícia), simplesmente porque o conceito de resultado embelezador para o paciente é diferente do médico, já que, consoante à filosofia de David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

CONCLUSÕES

A ascensão e consolidação da modernidade, ladeada com a busca e a preocupação incessante pela beleza, transformaram o culto ao corpo em uma obsessão, bem como em um estilo de vida, buscado por homens e, principalmente, por mulheres.

Isto porque, somente o Brasil líder entre os países que mais realizam procedimentos estéticos no mundo. Para tanto, as justificativas são alicerçadas na insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, a obsessão de um estilo de vida padronizado, os quais são incentivados pela própria indústria cultural e disseminadas pelos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada.

Justamente em virtude dessa obsessão pela autoimagem, aumentou-se, outrossim, a incidência de erros médicos em cirurgias plásticas e, conseqüentemente, as ações indenizatórias, as quais sempre devem ser fomentadas por negligência, imprudência ou imperícia, englobadas pela culpa *stricto sensu*, já que a responsabilidade do médico sempre será subjetiva.

Nesse sentido, acreditamos que as ações indenizatórias por culpa médica são entranhadas por questões multifacetadas de direito material e processual de difícil superação e solução. Para tanto, o nosso maior desafio como operadores do direito nessas demandas é, indubitavelmente, operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta *expert* da medicina no caso concreto.

É uma questão alarmantemente tormentosa, pois envolve necessária e indispensavelmente uma análise minuciosa do comportamento do médico durante todo procedimento e os efeitos daí decorrentes sob ótica da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento proposto.

Por tais razões, ressaltamos em nossa pesquisa a importância da perícia médica e da inversão do ônus da prova, peças chave do julgamento indenizatório por erro médico, trazendo à baila as permissões legais para tal, elencadas tanto no Código de Processo Civil, por meio do artigo 373, parágrafo primeiro, bem como Código de Defesa do Consumidor, com esteio no seu artigo 6º, inciso VIII, legislação matriz da responsabilidade civil médica, pois o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final, configurando-se, destarte, uma relação de consumo.

De outro viés, acreditamos que o direito à informação e ao resguardo do sigilo consagrado pela Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XIV além de se aplicar nas relações médico-paciente, tendo em vista também a universalização do direito à saúde e à vida, afigura-se primordial para o liame entre o prestador de serviço e o consumidor, pois o consentimento esclarece os riscos da realização de qualquer procedimento e tratamento medicinal.

No seio da pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a investigação concluiu que cirurgias plásticas meramente para fins estéticos são versadas como obrigação de resultado, sob o argumento de que a álea é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio, da mesma maneira que as cirurgias plásticas com fins terapêuticos. Ademais, entendem ser obrigação de resultado em virtude da promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória, porém, certamente se olvidaram de dois aspectos importantes: a imprescindibilidade dos cuidados pós-operatórios pelo paciente, bem como da subjetividade do conceito de belo.

Em face disso, a obrigação do cirurgião médico não anula a do paciente em tomar os devidos cuidados e, se não houve erro médico durante o procedimento, automaticamente não há motivos para nascer uma obrigação indenizatória e muito menos presumir a culpa do cirurgião.

Para tanto, mostramos nossa opinião concreta acerca da temática em apreço, ponderando o enorme equívoco jurisprudencial, porque, sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, sendo uma classificação extremamente difundida, mormente em virtude de o conceito de belo ser subjetivo. Logo, imbuídos deste norte, pondera o filósofo David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

Arrimando-se no âmbito deste referido entendimento, verifica-se clara e inegável que tanto as cirurgias com finalidades terapêuticas, quanto as meramente para fins estéticos merecem ser tratadas igualmente, carregando em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso do ser humano, a vida, não tendo o condão de atingir o resultado.

Portanto, ao fim e ao cabo concluímos que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conduz um entendimento extremamente equivocado em relação a discrepância de tratamento dos cirurgiões plásticos, pois não deve este profissional responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por não cumprir a expectativa embelezadora nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos.

Assim, propomos uma urgente revisão nesse paradigma jurisprudencial defasado e equivocado, ora adotado, para que as mudanças imediatas possam ser implementadas no nosso ordenamento jurídico em esfera médica, já que é frequente a busca por tratamentos estéticos no Brasil, conforme demonstramos *a priori*.

Logo, tal constatação responde devida e claramente a nossa pergunta problema aqui proposta, abrindo caminho para novas discussões acerca de outros entendimentos equivocados os quais envolvem o direito e a medicina.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ALBANESI, Fabrício Carregosa. O que se entende por efeito “cliquet” nos direitos humanos? *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 09 mar. 2021.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Lisboa*. [1995]. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html. Acesso em: 18 maio 2021.
- BORREGO, Christiane. As relações de consumo e a teoria do valor do desestímulo em face da globalização dos negócios jurídicos. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, n. 104, v. 18, nov./dez. 2016.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS DE, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 18 maio 2021.
- BRASIL. (Constituição [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-deJurisprudencia>. Acesso em: 02 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp: 1824691 SP*. 2019/0151790-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 01/10/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-deJurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp: 951777-DF*. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Data de Julgamento: 19/06/2007. Data de Publicação: 27/08/2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1579954/MG. RECURSO ESPECIAL 2016/0020993-7*. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data do julgamento: 08/05/2018. Data de publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG. RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0*. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação: 26/08/2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *AgRg no AREsp 514556/SP*. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data de Julgamento: 16/09/2014. Data de publicação: 20/10/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgRg no AgRg no REsp 1483628-MG. RECURSO ESPECIAL. 2014/0200313-1*. Relator Ministro MOURA RIBEIRO. Data do julgamento: 19/03/2015.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sobmedida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 03 maio 2021.

CAMPOS, Valdir de Carvalho; MANDALITI, Reinaldo L. T. Rondina. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-ações/pj-justiça-emnumeros>. Acesso em: 02 maio 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcorda> o Acesso em: 01 abr. 2021.

DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan Ltda, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 3 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 4 v.

IBOPE INTELIGÊNCIA. *O Brasil e os influenciadores digitais*. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf> . Acesso em: 04 maio 2021.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015.

MAGRINI, Rosana Jane. *Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03 maio 2021.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2014.

MATSUBARA, Patrícia; REIS, Iuri. STJ Prestigia segurança jurídica e pacífica prazo prescricional de 10 anos na responsabilidade civil contratual. Machado Meyer, Inteligência Artificial, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligenciajuridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/stj-prestigiaseguranca-juridica-e-pacifica-prazo-prescricional-de-10-anos-na-responsabilidade-civilcontratual#:~:text=A%20discuss%C3%A3o%20se%20restringe%20exclusivamente,prescricional%20%C3%A9%20de%20tr%C3%AAs%20anos>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MINISTRO aposentado Ruy Rosado morre aos 81 anos em Porto Alegre. *STJ*, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministroaposentado-Ruy-Rosado-morre-aos-81-anos-em-Porto-Alegre.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRAZO prescricional para ação que busca reparação civil contratual é de dez anos. *STJ*, 23 maio 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Prazo-prescricional-paraacao-que-busca-reparacao-civil-contratual-e-de-dez-anos.aspx#:~:text=Prazo%20>

- prescricional%20para%20ação%20que%20busca%20reparação %20civil%20contratual%20é%20 de%20dez%20 anos, -Conteúdo%20da%20Página&text=%E2%80%8BÉ%20de%20dez%20anos, artigo%20205%20do%20Código%20Civil. Acesso em: 18 maio 2021.
- QUEM é o 'Doutor Bumbum', médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente. *BBC News Brasil*, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>. Acesso em: 03 maio 2021.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta jurisprudencial. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_c_ompleta. Acesso em: 23 mar. 2021.
- RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade civil médica: Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/203/ri/v51_n203_p249.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROSENVALD, Nelson; DADALTO, Luciana; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- SANTO, Natale G. de; BISACCIA, Carmela; SANTO, Luca S. de; CIRILLO, Massimo; RICHET, Gabriel. Pierre-Joseph Desault (1738-1795) - a forerunner of modern medical teaching. *J Nephrol*, v. 16, n. 5, p. 742-753, set/out. 2003. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14733424/>. Acesso em: 04 maio 2021.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta jurisprudencial. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 16 fev. 2021.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 102765682.2017.8.26.0562*. Relator: Alfredo Attié. Julgado em: 09/02/2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5_149A45C09.cjsg1 Acesso em: 16 fev. 2021.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 220157008.2020.8.26.0000*. Relator: Luiz Antônio de Godoy. Data de Julgamento: 12/04/2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=C1333144AAE4B5A5487DBD5_149A45C09.cjsg1. Acesso em: 19 abr. 2021.
- SILVA, André Rodrigues Pereira. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. *Âmbito Jurídico*, Acesso em: 01 abr. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (Coord). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. *Capacidade e consentimento na relação médico-paciente*, 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 23. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- WIDER, Roberto. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_115.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

O DESABAFO DO MINISTRO E A RELEVÂNCIA PRESUMIDA DAS CAUSAS PENAIS: OU, DE COMO NÃO HÁ CORTE SUPERIOR EM ABUNDÂNCIA PARA TODOS

Carolina Fontes Vieira¹, Ricardo Rachid de Oliveira²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo examinar a presunção de relevância das causas penais instituída pela emenda constitucional nº 125/2022, decorrente da aprovação da emenda à Constituição conhecida como “pec da relevância”, em relação à atuação do Superior Tribunal de Justiça. Procura, em um primeiro momento, expor o dramático volume de processos aos quais as cortes de vértice estão submetidas. Após um panorama sobre os principais questionamentos levantados pela doutrina sobre o novo filtro recursal, procura debater até que ponto a presunção de relevância imposta às causas penais realmente impediria o estabelecimento do STJ como Corte de Precedentes e não como Corte de Revisão.

Palavras-chave: presunção de relevância; filtro recursal; corte de precedentes; causas penais; coerência.

INTRODUÇÃO: O DESABAFO DO MINISTRO

Ao iniciar a sessão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de setembro de 2022, segundo noticiaram vários sítios da internet especializados na cobertura dos julgamentos das Cortes Superiores³, o Ministro Sebastião Reis Júnior, um dos destacados integrantes daquele colegiado especializado em matéria penal, desabafou:

¹ Juíza de Direito, Membro do Comitê de Saúde (COPAS), NUPEMEC e da Comissão de Igualdade e Gênero do TJPR, Diretora do Núcleo Curitiba da EMAP, Coordenadora de Direitos Humanos da EJUD, Professora da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Contato: cfvi@tjpr.jus.br. Lattes: 9688701242513086. ORCID: 0000-0002-9816-6732

² Juiz Federal, Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (2013/2014 e 2015/2019), Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Professor da Universidade Federal do Paraná, das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Contato: ricardo.rachid@uol.com.br. Lattes: 5269617871939603. ORCID: 0000-0002-2638-3041.

³ Disponível nos seguintes endereços: <https://www.conjur.com.br/2022-set-13/sessao-47-sustentacoes-ministro-stj-consciencia>; <https://canalcienciascriminais.com.br/ministro-diz-que-nao-ha-condicoes/>; <https://www.migalhas.com.br/quentes/373359/stj-ministro-se-indigna-com-45-sustentacoes-e-implora-por-consciencia>. Acessos em: 19 nov. 2022.

Eu gostaria de pedir licença para falar por cinco minutos da situação que nós nos encontramos hoje. Nós temos quarenta e cinco, quarenta e seis sustentações previstas, quinze ou dezesseis processos com destaques dos advogados, sem contar os nossos destaques internos, que são mais uns quinze, vinte, processos que nós estamos destacando, ou seja, **é uma situação impossível, tá inviável, eu abri agora os sistemas, na semana passada que teve um feriado que foi na quarta-feira, ou seja uma semana que não funcionou integralmente, cada um de nós recebia uma média de 260 processos, sendo que desses 260 eu recebi 189 habeas corpus e recursos em habeas corpus. É uma média de quarenta e poucos por dia, ou seja, eu não sei onde nós vamos chegar!** Volto a insistir, eu tenho falado isso em manifestações escritas, em manifestações em congressos, em encontros. Ou há uma compreensão geral de que nós precisamos pensar num todo, que não tem mais condição do juiz ser vaidoso e pensar num direito que ele entende como sendo o direito dele, o ministério público achar que prisão é solução para tudo, oferecer denúncias pífias, muitas vezes sem qualquer fundamento, e a advocacia insistir em processos também já de antemão sem qualquer possibilidade de sucesso, inclusive com a prática repugnável de reiteração de processos já recusados pelo Tribunal, ou seja, outro dia o Ministro Schietti trouxe um processo que era o terceiro HC que tava sendo impetrado pelo advogado, inclusive ele veio sustentar um terceiro HC que ele impetrou no recesso. **Ou seja, não tem condição! Ou nós vamos pensar num todo, ter uma consciência de que o Judiciário tem que funcionar, ou não sei onde nós vamos parar!** Sem contar, ou seja, nós temos quarenta e sete sustentações, eu abri meu sistema agora, memoriais que chegam para a gente onze e meia, meio dia. **Ou seja, a gente tem de se preparar para a sessão de julgamento! Nós não temos nem condição direito de nos preparar para o que está acontecendo!** Então eu faço mais uma vez, **eu imploro, uma consciência geral de que nós devemos pensar num todo. Não há condição de funcionar desse jeito! Não estamos tendo condições de ter uma prestação jurisdicional adequada!** Julgamos, eu fiz, em junho eu fiz onze anos de tribunal. Certamente se eu pegar a decisão que proferi há onze anos atrás eu decido hoje! Ou seja, questões já mais do que superadas, estão sendo trazidas à discussão, (a decisão) a enfrentamento no Superior Tribunal de Justiça. Seja por advogados, seja por juízes insistindo em teses superadas, eu não sei onde nós vamos parar! Então eu acho, é só, desculpe o desabafo, mas acho que nós não temos condições de continuar desse jeito! Eu acho que tem que haver uma compreensão! Nós chegamos, estamos chegando no nosso limite. Ou seja, onde já se viu quarenta e cinco sustentações orais numa sessão? É inviável! Não há como 45 sustentações orais! **Então é só esse**

desabafo, peço desculpas porque realmente enquanto não existir uma consciência geral de que o sistema não está dando vazão a essa forma de o sistema penal funcionar, ou seja, juízes desrespeitando jurisprudência, ministério público abusando do poder de ser ministério público, advogados abusando do poder de advogar. Porque, sejamos conscientes, eu ouço muito advogado reclamando: ‘ah, mas o Tribunal decidiu em desacordo com o que o STJ e o Supremo decidem’! Mas são inúmeras decisões que foram proferidas pelos tribunais locais em acordo com a jurisprudência pacificada do STJ e do Supremo, que são impugnadas através de um, dois, três habeas corpus, de recursos especiais concomitantes, questões que estão ainda em apelação, a apelação não foi examinada na origem e já tem HC batendo aqui na porta, ou seja, tá tudo bagunçado! A gente tem que ter uma preocupação a mais de checar a informação, de saber se não tem um HC, se não tem RHC, se a questão já foi julgada num AResp, num REsp, o que que está acontecendo. **Ou seja, não há condição!** Ou seja, o advogado pede para sustentar. “Ah não! Agora eu vou pedir destaque! Bagunça tudo! Gente! **Tem que haver uma compreensão do sistema! Não dá para funcionar desse jeito!** É só o que eu tenho a falar, Senhora Presidente, porque realmente, ou há uma mudança de mentalidade, ou não sei onde nós vamos parar!”⁴

O desabafo do ministro põe às claras, num tom de certa forma dramático, aquilo que já se poderia inferir a partir da análise dos números divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito de sua atividade jurisdicional: é impossível, mantida a atual configuração institucional, prestar jurisdição de forma célere e de qualidade com o tamanho da demanda atualmente dirigida às Cortes de vértice.

Segundo anunciado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça⁵, no ano de 2021 foram distribuídos àquele Tribunal 401.531 feitos e julgados 420.153. Mesmo desconsiderando que a competência jurisdicional de alguns dos seus integrantes é sensivelmente diminuída por conta das atribuições administrativas⁶, tem-se que cada ministro foi responsável, em média, pela relatoria ou decisão monocrática de 12.731 casos no ano de 2021.

⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SjNdm7hHOi0>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁵ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/17122021-STJ-encerra-o-ano-forense-com-mais-de-550-mil-julgamentos-realizados.aspx>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁶ O Presidente, Vice-Presidente e o Corregedor-Geral de Justiça, embora mantenham competência jurisdicional na Corte não integram os colegiados das Turmas, onde são julgados a maioria dos casos submetidos à análise do STJ, conforme determina o art. 3º, §1º, do RISTJ.

Descontados os dois meses de férias coletivas, cada ministro foi responsável, em média, pela relatoria ou decisão monocrática em 1.273 feitos por mês, ou 66 por dia útil.⁷ Caso cada um deles tenha trabalhado uma média de dez horas por dia útil apenas na análise do caso e produção da decisão ou voto, teríamos uma média de 6,6 casos analisados e decididos por hora. Em outras palavras, cada caso teria recebido, em média, 9 minutos da atenção de cada integrante da Corte.

Certamente os números acima destrinchados não podem ser tomados como conclusão no sentido de que cada caso recebeu apenas 9 minutos de atenção de um integrante do STJ ao ser julgado. Seria reducionismo assim concluir diante das inúmeras variáveis não levadas em consideração na simples divisão aritmética do número de processos pelo número de ministros e, depois, pelo número de horas presumidas de trabalho e assim por diante. Por certo há magistrados que reservam parte de suas férias para solucionar casos mais complexos, longe da correria do dia a dia, outros tantos que trabalham sábados, domingos e feriados. Isso, em todas as instâncias do Judiciário.

A estatística, sabe-se, ainda mais realizada sem maiores rigores técnicos, pode nos levar a conclusões equivocadas. Não são poucos os que, com humor, perceberam as dificuldades do reducionismo que a visão exclusivamente estatística pode levar. Exemplos, são as notórias afirmações atribuídas a Pitigrilli (Dino Segrè), quem definiu a estatística como *“a ciência que diz que se eu comi um frango e tu não comeste nenhum, teremos comido, em média, meio frango cada um”*, ou a Francisco Campos, para quem seriam as estatísticas *“como o biquíni: o que revelam é interessante, mas o que ocultam é essencial”*.

Ademais, sabem os que laboram na atividade jurisdicional que a atividade judicante, atualmente, não se realiza mais como em antanho, com a leitura pormenorizada dos autos pelo julgador, confecção de relatório e redação, à mão própria, das inúmeras decisões proferidas.

Quanto mais alta a posição da autoridade judicante, maiores e melhores são as condições relacionadas à assessoria, o que permite uma otimização do tempo e do trabalho, exigindo do julgador uma atividade mais voltada à solução de controvérsias no seu aspecto macro, com delegação da atividade consistente em adaptar entendimentos aos casos concretos à assessoria, a quem incumbe a tarefa de redigir minutas de decisões a serem posteriormente conferidas.

Ainda assim, feitos todos os descontos possíveis, os números já gritavam o que o Ministro Sebastião Reis Júnior tornou público em forma de desabafo: *“não há condição de funcionar desse jeito! Não estamos tendo condições de ter uma prestação jurisdicional adequada”*.

⁷ O ano de 2021 teve 191 dias úteis. Conferir: <https://www.stj.jus.br/webstj/processo/calendarioPauta/Calendario.asp>

Não é de hoje que se busca construir soluções institucionais voltadas a dar conta do crescente número de demandas dirigidas ao Poder Judiciário como um todo. Citam-se inúmeras iniciativas, todas elas, a seu tempo, vendidas como solução milagrosa capaz de redimir a angústia dos que laboram na solução de litígios e veem seus esforços esvaídos diante da constatada incapacidade de dar conta do incremento exponencial do número de casos.

Desde 1988, quando a Constituição propiciou a abertura de um leque imenso de direitos a serem assegurados pelo Judiciário, as respostas institucionais ao crescimento da litigiosidade passaram, num primeiro momento, pela expansão da estrutura do Poder Judiciário, que cresceu muito desde então nas instâncias ordinárias. Apesar do crescimento expressivo do número de juízes de primeiro e segundo grau, bem como da estrutura correlata, a demanda não deu trégua e novas soluções passaram a ser aventadas: (i) estruturação de juizados especiais; (ii) aposta na informatização, com estruturação de processos eletrônicos; (iii) criação do instituto das súmulas vinculantes; (iv) incentivos a métodos alternativos de solução de controvérsias tais como mediação, arbitragem e conciliação; (v) controle rigoroso por parte do CNJ quanto à produção dos órgãos jurisdicionais; e (vi) adoção do filtro da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para o fim de limitar a admissibilidade dos recursos extraordinários.

Recentemente as apostas têm sido o investimento em inteligência artificial⁸ e, em especial para solucionar a alta demanda direcionada ao Superior Tribunal de Justiça, a aprovação da emenda constitucional nº 125/2022, que criou um filtro a mais para a admissibilidade dos recursos especiais dirigidos àquela Corte, qual seja, a relevância da matéria nele veiculada.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 125/2022

A emenda constitucional nº 125/2022⁹, advinda daquela que ficou conhecida como “PEC da relevância”, foi responsável por criar um novo requisito de admissibilidade dos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça. Com

⁸ “Cerca de metade dos tribunais brasileiros possui projetos de inteligência artificial operantes ou em desenvolvimento – em sua maioria, a partir do trabalho feito por equipes próprias. É o que aponta o relatório da pesquisa Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, produzido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getulio Vargas (CIAPJ/FGV), sob a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 19 nov. 2022.

⁹ A emenda constitucional nº 125/2022 diz respeito a proposta de emenda à Constituição nº 39/2001 publicada em 14/07/2022. O relatório, apresentado pela deputada Bia Kicis (PL/DF), foi aprovado pelos deputados com 400 votos favoráveis em primeiro turno e com 366 votos no segundo escrutínio. Na sequência o texto foi encaminhado e devidamente promulgado.

a alteração da redação do artigo 105, da Constituição da República¹⁰, os recursos especiais, para serem recebidos pela Corte, além dos tradicionais requisitos de admissibilidade, devem demonstrar que possuem o requisito da relevância ou que se enquadram em uma das hipóteses de presunção de relevância.

As exceções indicadas pela emenda, ou seja, as matérias que não precisarão comprovar previamente o requisito da relevância, dizem respeito às ações penais, as causas de improbidade administrativa, as causas com valor superior a 500 salários mínimos e também quando o acórdão recorrido contrariar a jurisprudência dominante do STJ.

A ideia central é viabilizar que um menor número de recursos alcance a Corte¹¹, ou ainda, nas palavras do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, permitir “que a Corte possa se concentrar na sua missão constitucional de uniformar a interpretação da legislação federal”.¹² Pretende-se, em verdade, fazer com que o Tribunal aplique os seus esforços em processos que sejam efetivamente importantes¹³ e que permitam, dessa forma, viabilizar ao Tribunal a retomada da sua função (precípua) de Corte de Precedentes.¹⁴

¹⁰ “Art. 105. § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

¹¹ “É possível dizer, apropriando-nos do pensamento de André Tunc, que a moderna função dos tribunais supremos há de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais. Para que essas cortes cumpram, nas circunstâncias atuais, sua função primordial, é indispensável que se lhes dê competência seletiva, permitindo-lhes escolher, dentre o número de processos que lhe são encaminhados aqueles que pelo grau de relevância para o sistema mereçam sua apreciação”. SILVA, Ovídio A. Baptista. **A função dos Tribunais superiores**. STJ: 10 anos - obra comemorativa 1989 - 1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 159-160.

¹² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14072022-Camara-dos-Deputados-aprova-texto-definitivo-da-PEC-da-Relevancia.aspx>. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹³ Apenas para lembrar: “A intenção seria descongestionar o STJ. Afinal, só em 2020, foram distribuídos 354.398 processos à sobrecarregada Corte – uma média de 10.739 para cada um dos 33 ministros do órgão. O texto indica a criação de filtros para que um recurso seja admitido nesta instância. Em uma nova etapa, o recorrente precisaria demonstrar a relevância de seu caso e submetê-la à análise do tribunal. O voto de dois terços dos juízes, a exemplo de três dos cinco ministros de uma das turmas, já veta a apelação”. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-desenvolvimento/pec-da-relevancia-traz-risco-de-inseguranca-juridica-02122021>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão**

Almeja, assim, viabilizar (ainda que indiretamente) tanto a existência de uma decisão efetiva em um prazo razoável, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, como diminuir o acervo processual do Tribunal em simetria àquilo que aconteceu no Supremo por ocasião da repercussão geral.¹⁵

Entretanto, a emenda constitucional trouxe uma série de reflexões, tanto da doutrina quanto dos demais operadores jurídicos, sobre diversos pontos. Elas se concentram, em apertada síntese, nos seguintes questionamentos: (i) a partir de qual momento incidirá a obrigatoriedade de observância do novo filtro para a admissão do recurso especial; (ii) qual órgão será o responsável pela análise de admissibilidade recursal; (iv) qual será a forma de análise e fundamentação da decisão que acolhe, ou não, a preliminar de relevância; (v) o que se pode compreender por relevância; e (vi) por qual razão algumas matérias foram excluídas da exigência e, ainda, se a exclusão torna a relevância presumida relativa ou absoluta.¹⁶

A primeira e talvez a mais urgente das questões acima diz respeito ao momento de incidência, ou entrada em vigor, do novo requisito de admissibilidade.¹⁷ Como se sabe, as emendas constitucionais têm aplicabilidade imediata e não exigem, salvo menção expressa, um período de vacância. Já o artigo 105, §2º, da Constituição fez alusão expressa à incidência do novo filtro recursal “nos termos da lei”.¹⁸ Portanto, a primeira dúvida residia em quando a exigência do novo requisito passaria a ser exigida dos recorrentes. Isto é, se imediatamente ou após a edição de lei regulamentadora sobre o tema.

Nesse ponto, o STJ, diante da urgência da questão, procurou solucionar o impasse com certa rapidez. O Pleno, em sessão realizada no dia 19 de outubro

do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁵ “Com a implementação da RG em 2007, os processos em tramitação na corte diminuíram cerca de 80%. A quantidade de processos recursais era próxima de 120 mil naquele ano e chegou a pouco mais de 13 mil no final de 2020 – pela primeira vez, uma tramitação menor em relação de processos recursais em relação aos originários”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/mecanismo-repercussao-geral-diminui-acervo-stf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹⁶ Sobre esse ponto, conferir: “Da mesma forma, não parece haver espaço para que, nas situações elencadas no §3º, possa o STJ deixar de reconhecer a relevância. O critério, para essas hipóteses, é o de relevância expressamente prevista na Constituição Federal, que não depende de análise específica do caso concreto, pelo Tribunal”. ALVIM, Teresa Arruda; UZEDA, Carolina; MEYER, Ernani. **O funil mais estreito para o recurso especial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369999/o-funil-mais-estrito-para-o-recurso-especial>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁷ Para quem entende em sentido diverso a existência de um “novo requisito”, conferir: UZEDA, Carolina. Arguição de relevância no recurso especial: a volta dos que não foram. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/1577331567/arguicao-de-relevancia-no-recurso-especial-a-volta-dos-que-nao-foram>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁸ Vale dizer, segundo o enunciado constitucional a demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso exige que o recorrente comprove em suas razões a importância da questão debatida.

de 2022, entendeu por bem exigir que as partes demonstrem o requisito de relevância apenas quando houver a edição de lei aprovada no Congresso. Assim, ao contrário do que supostamente apostavam alguns operadores do Direito, o Tribunal julgou adequado exigir o fundamento de relevância apenas em face dos acórdãos que forem publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora.¹⁹

Outra questão em relação à qual não há consenso, mas que certamente deverá constar do projeto de regulamentação do tema, diz respeito a quem fará o juízo de admissibilidade, ou seja, qual será o órgão colegiado responsável por analisar os critérios de relevância. A análise poderá ser realizada pelas seções, pelas turmas, pelo pleno (por intermédio da Corte especial) ou até mesmo a partir de uma competência híbrida.²⁰ Se a lógica da repercussão geral aplicada ao Supremo Tribunal Federal for repetida²¹ aqui também se teria um possível indicativo de que a análise de relevância seria realizada pelo Pleno, o que, nesse caso, demandaria a respectiva verificação pelos 33 ministros que compõem a Corte.

Umbilicalmente vinculado a esse ponto tem-se a necessidade de fundamentação da decisão que acolhe ou rejeita a decisão sobre a relevância. Se o parâmetro a ser utilizado for aquele utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a pergunta permanece em aberto, na medida em que não há um posicionamento equânime sobre essa questão na Suprema Corte.

Adicione-se ao fato de que, no caso do Superior Tribunal de Justiça, a eventual ofensa à norma constitucional poderá desafiar o manejo do recurso extraordinário. Vale dizer, considerando a exigência constitucional de que todas as decisões sejam adequadamente fundamentadas, a ausência exposição clara das razões que levaram ao acolhimento (ou não) da relevância implicará a

¹⁹ Enunciado Administrativo 8,STJ: “A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal”.

²⁰ Essa competência já é exercida nos casos dos recursos repetitivos, nos quais se distribui a competência tanto às Seções quanto à Corte Especial, nos termos do art. 256-I, do RISTJ.

²¹ É provável, segundo Daniel Mitidiero que o procedimento da relevância no STJ siga em grande parte alguma similitude com aquele já realizado pelo STF por ocasião da repercussão geral. *In verbis*: “O que, na minha avaliação, vai acontecer? Nós vamos implementar o filtro de relevância no STJ, vamos nos aproximar da repercussão geral em termos procedimentais, vamos nos valer de procedimentos que nós temos lá para identificação da questão que está sendo debatida, para o contraditório e para a força vinculante da decisão oriunda da relevância para termos um novo STJ. Não tenho a menor dúvida de que esse deve ser o caminho. Ao se alinhar à experiência do STF, o STJ está dando passos no sentido de se transformar em uma corte cada vez mais suprema, ou seja, uma corte de interpretação e de precedentes”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-20/entrevista-daniel-mitidiero-advogado-professor-escritor>. Acesso em: 19 nov. 2022.

possibilidade de interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal por ofensa direta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição.²² Ou admitir-se-á, a exemplo do que ocorre em outras Cortes²³, a desnecessidade fundamentação, a despeito de previsão constitucional expressa? Sobre o tema ainda não há uma resposta clara na doutrina e sequer algum posicionamento do Tribunal, mas certamente exigirá da Corte a devida ponderação.

Outro ponto sensível para entender em qual cenário se enquadram as dúvidas decorrentes da aprovação da “PEC da relevância” diz respeito justamente ao que se pode compreender por temas relevantes²⁴ ou qual o significado jurídico da proclamada relevância da questão de direito federal.

A doutrina tem apontado dois caminhos para a conceituação de relevância. A primeira delas diz respeito a uma aproximação com a repercussão geral. Em que pese sejam institutos diferentes é inegável que há alguma semelhança entre eles. Isto é, ambas exigem especial atenção para o fato de que devem retratar matérias que possuam destaque do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que, de alguma forma, transcendam aos interesses subjetivos da causa.²⁵ Soma-se a isso, no caso do recurso especial, que procure dotar o direito federal de coerência e previsibilidade, como típico a uma Corte Superior.²⁶

Outro caminho indicado pela doutrina para a compreensão de relevância diz respeito a sua definição a partir de uma análise pontual ou casuística, permitindo que haja alguma discricionariedade por parte dos ministros no exame de quais temas deverão ou não receber um julgamento de mérito pela Corte. Procura-se, assim, viabilizar um maior controle político por parte da Corte Superior sobre quais questões federais devem ser analisadas pelos ministros, reforçando, uma vez mais, sua função de prospecção e

²² Artigo 93, inciso IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

²³ Nos Estados Unidos, não existe o dever de fundamentação dos votos que analisam os pedidos de certiorari. Sobre esse ponto, conferir: FREIRE, Alonso. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO, Rodrigo. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Lus Podium, 2017, p. 315.

²⁴ Cf. DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; Questões processuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 269.

²⁵ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 397.

²⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; Bonizzi, Marcelo José Magalhães. A relevância da questão de direito federal infraconstitucional no recurso especial. **Revista de Processo**. v. 333. ano 47. p. 159-185. São Paulo: Ed. RT, nov., 2022.

uniformização do direito federal, ao invés de uma Corte com função de revisão ou correção recursal.²⁷

Por fim, o artigo 105, §3º, da CR/88 ainda dispõe, de forma não taxativa, sobre as matérias em relação às quais o constituinte derivado entendeu por bem presumir a relevância. Entre os temas polêmicos de inclusão, tais como se a indicação de um valor de quinhentos salários mínimos transformaria o tribunal em uma Corte elitista ou não, ou mesmo se a inclusão das ações de improbidade administrativa reforça uma proteção para a classe política brasileira, põe-se, no presente trabalho, o foco da presunção de relevância das questões penais.²⁸

2 RELEVÂNCIA PENAL PRESUMIDA

Como dito, apesar de criar o filtro extra da relevância, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos especiais, algumas matérias foram expressamente declaradas relevantes pelo constituinte derivado, dentre elas, aquelas concernentes às ações penais.

O signo relevância, como salta aos olhos, é dotado de um altíssimo grau de indeterminação, tratando-se de conceito fluído, o que amplia sobremaneira os poderes do intérprete na definição de seu conteúdo. Ainda que a emenda constitucional nº 125/2022 tenha remetido à lei ordinária a definição do que seja relevante, parece ser tarefa inglória pretender, via atividade legislativa, essencialmente produtora de normas dotadas das características da generalidade e abstração, estabelecer por essa via um conceito rígido para o instituto. Ao próprio Superior Tribunal de Justiça, ao fim e ao cabo, caberá a missão de caso a caso, estabelecer quais temas são ou não relevantes, ainda que pautado por parâmetros legislativos mais genéricos.

Certamente essa a razão do porquê o constituinte derivado, se por um lado atendeu aos anseios de parte da comunidade jurídica que, à semelhança do Ministro Sebastião Reis Júnior – mantida a atual demanda –, apontava a completa inviabilidade de uma prestação jurisdicional célere e de qualidade

²⁷ THAMAY, Rennan; Seixas, Bernardo Silva de. A arguição de relevância do recurso especial. **Revista de Processo**. v. 334. ano 47. p.185-203. São Paulo: Ed. RT, dez., 2022.

²⁸ Segundo Danilo Vital: “foi justamente a definição de hipóteses de relevância presumida que permitiu destravar a tramitação da PEC da Relevância no Congresso. Não à toa, quase todas dizem respeito a temas caros à classe política. São elas: ações penais; ações de improbidade administrativa; ações cujo valor ultrapasse 500 salários mínimos; ações que possam gerar inelegibilidade; e ações que possam contrariar a jurisprudência do STJ”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-20/entrevista-daniel-mitidiero-advogado-professor-escritor>. Acesso em: 19 nov. 2022.

por parte do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, resolveu excluir do âmbito de apreciação da Corte Superior a definição sobre se há, ou não, relevância no que diz respeito a determinadas matérias.

Em outras palavras, o constituinte derivado cedeu ao STJ um poderoso instrumento de autolimitação da própria competência, mas ao mesmo tempo tratou de limitar o próprio instrumento, presumindo determinadas matérias relevantes, ainda que se possa ter reservas quanto à opção política de assim proceder, bem como das respectivas razões para tanto. O quórum de dois terços exigido para a negação de relevância em relação a qualquer matéria indica no mesmo sentido.

Diante dessa ordem de considerações, aliadas à taxativa assertividade do enunciado linguístico do art. 105, §3º, da Constituição da República (“**Haverá a relevância** de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais”), parece não ser promissora a tese que vem sendo aventada no sentido de que a presunção estabelecida no art. 105, § 3º, da Constituição da República é relativa e não absoluta.

Ainda que prevaleça a tese de que a presunção de relevância atinente às ações penais é relativa, em muito pouco essa concepção contribuiria para desafogar o Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito às causas penais, uma vez que o ônus argumentativo a respeito de não ter determinado caso concreto relevância, restaria sempre a cargo do julgador. De um jeito ou de outro, o feito precisaria ser analisado, com parâmetros quiçá até muito mais etéreos. Ou seja, afirmando o recorrente que o recurso especial veicula matéria penal e, portanto, a relevância é constitucionalmente presumida, caberia à parte contrária e, conseqüentemente, ao julgador que com esta última concordasse, a árdua tarefa de demonstrar o contrário.

Seja como for, não se pode concluir que a aprovação da PEC da relevância, da forma como foi excluindo a matéria penal do referido filtro de admissibilidade de recursos especiais, tenha sido totalmente inútil para contribuir com a racionalização do sistema recursal penal.

Ocorre que, ao instituir a relevância como requisito genérico de admissibilidade dos recursos especiais, a norma constitucional recém-promulgada reforça o caráter de Corte de Precedentes que é o Superior Tribunal de Justiça, assim como o é o Supremo Tribunal Federal.

Isso significa que essas Cortes não têm por função acertar a justiça do caso concreto, revisando o acerto das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias. A missão constitucional de ambas é garantir a unidade e coerência do Direito, fixando teses a respeito de controvérsias jurídicas. Em simples palavras, às instâncias ordinárias cabe fazer justiça no varejo, às instâncias extraordinárias cabe fazer justiça no atacado.

O reforço a essa concepção pode, indiretamente, contribuir para o alívio da demanda.

3 NOVAMENTE, O DESABAFO DO MINISTRO E AGORA TAMBÉM SUA SÚPLICA

Voltando ao desabafo do Ministro Sebastião Reis Júnior transcrito no início do presente trabalho, diante da sobrecarga de demanda imposta ao Superior Tribunal de Justiça, literalmente implora: “então eu faço mais uma vez, eu imploro, uma consciência geral de que nós devemos pensar num todo. Não há condição de funcionar desse jeito! Não estamos tendo condições de ter uma prestação jurisdicional adequada”.²⁹

À súplica, antecedem considerações sobre o comportamento processual de advogados, integrantes do Ministério Público e juízes das instâncias ordinárias, pois “não tem mais condição do juiz ser vaidoso e pensar num direito que ele entende como sendo o direito dele, o ministério público achar que prisão é solução para tudo, oferecer denúncias pífias, muitas vezes sem qualquer fundamento, e a advocacia insistir em processos também já de antemão sem qualquer possibilidade de sucesso”.³⁰

Importa registrar ser absolutamente louvável a atitude de um dos mais destacados integrantes das Cortes Superiores Brasileiras, consistente em conclamar os operadores jurídicos em geral a uma reflexão sobre a insustentável situação enfrentada quanto ao excesso de demanda.

Suas palavras escancaram o que a análise dos números denuncia: não há Corte Superior em abundância para todos! Nem mesmo em matéria penal, que diz respeito direta ou indiretamente a um dos bens mais caros do ser humano que é a liberdade. Parece evidente que, caso pudesse o Superior Tribunal de Justiça ser encarado como uma espécie de terceira instância para a revisão do acerto ou desacerto das decisões proferidas em casos individuais pelas instâncias ordinárias, o número de feitos a ele dirigidos tornaria, como de fato tornou, impossível a prestação jurisdicional adequada.

Se é assim, ou seja, se a capacidade de trabalho da Corte Superior é um bem raro, importa refletir, também, sobre onde deverá ele ser empregado. A agenda da Corte deixa de ser uma questão “interna corporis” para se tornar uma questão atinente à própria República.

Por essa razão, para além de uma conscientização geral voltada ao respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos operadores

²⁹ Íntegra disponível em: em <https://www.youtube.com/watch?v=SjNdm7hHOI0>. Acesso em: 19 out. 2022.

³⁰ Íntegra disponível em: em <https://www.youtube.com/watch?v=SjNdm7hHOI0>. Acesso em: 19 out. 2022.

jurídicos, importa, além, compreender a maneira como o próprio Superior Tribunal de Justiça deve se comportar³¹, se como Corte de Precedentes ou como Corte de Revisão. Afinal, a maneira como os operadores jurídicos em geral tendem a encarar as Cortes Superiores é pautada pela forma como as Cortes Superiores se comportam.

O número de casos submetidos às Cortes Superiores é certamente influenciado pelo rigor com que aquelas tratam seus próprios precedentes. Se a jurisprudência oscila muito, partes e juízes de instâncias ordinárias sentem-se naturalmente estimulados a desafiá-la. Se os filtros pré-estabelecidos ao conhecimento de recursos são frequentemente relevados em nome da justiça que precisa ser feita ao caso concreto, as partes naturalmente se sentem estimuladas a desafiá-los sustentando a injustiça da decisão recorrida.

Nessa toada, como sabem todos, não faltam filtros já estabelecidos pela jurisprudência tradicional de ambas as Cortes Superiores, para impor limites ao acesso de casos. A respeito de um desses filtros, são precisas as palavras de Daniel Mitidiero em entrevista recentemente concedida ao sítio Consultor Jurídico sobre o tema tratado no presente trabalho:

Na prática, a gente via o Superior Tribunal de Justiça utilizando a Súmula 7, que diz que, para reexame de prova, não cabe recurso especial. Quem militava no tribunal percebia claramente que a Súmula 7 era o ideal regulativo no seguinte sentido: naquilo que não é tão importante assim eu aplico a Súmula 7 e deixo de lado, e no que é relevante eu afasto a Súmula 7 e conheço do caso. Se você perguntar para advogados ou para ministros mesmo, eles vão confirmar essa impressão. Embora nós não tivéssemos institucionalizado um filtro de relevância, a prática tinha institucionalizado esse filtro, porque do contrário seria ainda mais difícil trabalhar no STJ.³²

³¹ “Contudo, é um contrassenso por parte do STJ exigir que das cortes inferiores a observância das teses fixadas em precedentes e, ao mesmo tempo, fazer vista grossa nas decisões judiciais proferidas em contrariedade aos mesmos ou até mesmo se furta de aplicar um precedente em seus próprios julgados, sob a justificativa de existência de óbices formais ao conhecimento do recurso. Tal quadro revela, mais uma vez, como o sistema de precedentes no Brasil ainda é frágil, na medida em que nem mesmo a Corte Superior, cuja atuação serve de espelho para os demais tribunais espalhados pelo país afora, tem buscado gravar uma metodologia consistente, harmônica e convergente à aplicação dos precedentes”. SILVA, Michelle Najara Aparecida Silva. Aplicação parametrizada dos precedentes judiciais no conhecimento dos recursos no STJ como técnica de gestão processual voltada para redução dos efeitos da jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 302, 2020, p. 343-376, abr., 2020.

³² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-20/entrevista-daniel-mitidiero-advoga-do-professor-escriptor>. Acesso em: 19 nov. 2022.

A aplicação prática do teor da súmula 7 no âmbito do STJ é apenas um dos exemplos de como os vários filtros usualmente denominados de “jurisprudência defensiva”, acabam sendo relativizados em alguns casos concretos e em outros constituem uma barreira intransponível de acesso à Corte Superior, sem que se saiba, com a previsibilidade desejável, quais as razões de fato são levadas em consideração para uma postura num ou noutro sentido.

A opção constitucional de gestão dos casos que podem ascender às Cortes Superiores parece ter sido, tradicionalmente, a imposição de critérios técnicos. A partir deles, as Cortes constroem filtros jurisprudenciais com verniz igualmente técnico, tais como, impossibilidade de revolvimento probatório, prequestionamento explícito, etc dando a entender que, qualquer caso que se enquadrar nos requisitos técnicos pré-estabelecidos terá o enfrentamento da Corte.

A prática, contudo, demonstra que tais filtros acabam por cumprir papel meramente diversionista do conteúdo, em verdade discricionário, das decisões que acabam admitindo alguns casos para análise e rejeitando a imensa maioria, eis que, vez ou outra, sem que se saiba exatamente o motivo, tais filtros acabam por ser, declaradamente ou não, relevados, por vezes em nome da importância do tema submetido à Corte.

A adoção dos filtros da repercussão geral para o STF e relevância para o STJ parece indicar na direção de uma ainda incipiente admissão do uso de critérios mais discricionários, por parte dos integrantes das respectivas Cortes, de gestão do próprio acervo.

Tal circunstância, entretanto, demanda uma postura mais rígida dos integrantes das Cortes Superiores, no que diz respeito ao trato dos próprios precedentes, o que exige esforços precipuamente direcionados a fomentar a uniformização de entendimentos divergentes.

A esse respeito é histórica e notória a dissonância, em matéria penal, de entendimentos contrapostos entre a Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em diversos temas, o que por vezes demora tempo demasiadamente longo até que a Seção ou mesmo a Corte Especial se encarregue de pacificar.

Ainda, a vinculação da Corte aos seus próprios precedentes é fundamental. Há inúmeras situações em que os próprios integrantes das Cortes Superiores boicotam os precedentes por elas estabelecidos ou, sem o devido trato, promovem alterações nos respectivos entendimentos.³³

³³ “Além disso, o que se percebe é que nem os próprios tribunais superiores se preocupam em consolidar a força vinculante de suas decisões, visto que seus ministros deixam de aplicar os precedentes por eles mesmos construídos. Nesse sentido, o caso paradigmático sobre

Não se pretende, por certo, engessar a jurisprudência dos Tribunais Superiores ou não admitir a mudança de entendimento ao longo do tempo, mas a alteração da posição firmada pelos tribunais de cúpula ou mesmo a superação de um precedente³⁴ exige uma análise pontual e justificada com base em uma efetiva mudança fática e não como forma de adequar os interesses majoritários – políticos, sociais ou midiáticos – de alguns grupos ou de uma parte específica.

Essa mudança precisa refletir coerência e integridade com as decisões anteriores da Corte e com os elementos factuais e jurídicos que deram base à decisão anterior de tal forma a permitir que não apenas as partes, mas essencialmente todos possam compreender as razões pelas quais o Tribunal alterou o seu posicionamento.

Afinal, é justamente essa atuação clara, transparente e coerente que permite aumentar o grau de confiabilidade do cidadão no Poder Judiciário, em especial em matérias sensíveis a grande parte da população.

Enfim, há instrumentos em abundância à disposição dos Tribunais Superiores para, se assim desejarem, se firmarem como verdadeiras Cortes de Precedentes, independentemente da aprovação por parte do poder constituinte derivado de filtros extras, como o requisito da relevância.³⁵

Sem que se comportem como verdadeiras Cortes de Precedentes, entretanto, clamar por uma conscientização generalizada soa como pregar no deserto.

a constitucionalidade da prisão em segunda instância ilustra muito bem essa lógica. Mesmo após o julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR pelo Plenário do STF, mais de um ministro da corte, em decisão monocrática, desrespeitou o precedente formado, baseando o seu julgamento na tese de inconstitucionalidade da prisão. Dessa forma, materializa-se, na prática, a ideia de que uma corte que não segue seus próprios precedentes perde a sua legitimidade, pois passa a ser desacreditada pela sociedade e desrespeitada pelos seus inferiores hierárquicos. Percebe-se, então, que todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro ainda estão inseridos em uma racionalidade de desrespeito às decisões vinculantes proferidas pelas cortes supremas pátrias, o que contribui para consolidação da imprevisibilidade do sistema jurídico e da desigualdade de tratamento entre jurisdicionados". JOAQUIM, Máriam. O mito da teoria dos precedentes no Brasil: da legislação à cultura dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, v. 371, p. 369-388, jul., 2021.

³⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso** diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁵ Certamente a diminuição do número de casos postos em discussão nas Cortes Superiores é apenas um dos requisitos para que se implemente um verdadeiro sistema de precedentes. A forma de deliberação também precisaria ser revista e, além disso, ao contrário do que ocorre na presente quadra, as razões de decidir precisariam, igualmente, ter efeitos vinculantes. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes superiores: precedentes e decisão do recurso** diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Há sempre espaço, no âmbito das Cortes Superiores, para uma interpretação restritiva da própria competência, desde que se esteja disposto a abrir mão do poder de fazer justiça aos casos concretos em favor das instâncias ordinárias, concentrando esforços na construção de precedentes sólidos. Afinal, as instâncias ordinárias não são integradas por julgadores substancialmente piores, como bem anotou o Justice Robert Jackson no caso *Brown v. Allen*, “não há dúvida que, se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial de nossos julgados também seria reformada. Nós não somos finais porque somos infalíveis, mas somos infalíveis apenas porque somos finais”.³⁶

CONCLUSÃO

O crescente número de feitos levados à consideração do Superior Tribunal de Justiça tem praticamente inviabilizado seu adequado funcionamento. A aprovação da emenda constitucional nº 125/2022, que criou o requisito da relevância como requisito de admissibilidade dos recursos especiais, é mais uma das tentativas de racionalizar e diminuir o número de casos submetidos ao STJ, favorecendo a concepção de que as Cortes Superiores devem funcionar como Cortes de Precedentes e não como Cortes de Revisão.

Mesmo que a matéria penal tenha sido expressamente excluída do filtro da relevância, é preciso reconhecer que as Cortes Superiores, caso efetivamente queiram se estabelecer como verdadeiras Cortes de Precedentes, já dispõem de diversos filtros à admissibilidade dos casos a elas submetidos, consagrados na jurisprudência.

³⁶ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/443/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda; UZEDA, Carolina; MEYER, Ernani. **O funil mais estreito para o recurso especial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369999/o-funil-mais-estrito-para-o-recurso-especial>. Acesso em: 18 out. 2022.
- BAPTISTA, Ovídio A. **A função dos Tribunais superiores**. STJ: 10 anos - obra comemorativa 1989 – 1999, p.159-160, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FREIRE, Alonso. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO, Rodrigo. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Lus Podium, 2017.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; Bonizzi, Marcelo José Magalhães. A relevância da questão de direito federal infraconstitucional no recurso especial. **Revista de Processo**. v. 333. ano 47. p. 159-85. São Paulo: Ed. RT, nov., 2022.
- JOAQUIM, Máriam. O mito da teoria dos precedentes no Brasil: da legislação à cultura dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, v. 371, p. 369-388, jul., 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SILVA, Michelle Najara Aparecida Silva. Aplicação parametrizada dos precedentes judiciais no conhecimento dos recursos no STJ como técnica de gestão processual voltada para redução dos efeitos da jurisprudência defensiva. **Revista de Processo**, v. 302, 2020, p. 343-376, abr., 2020.
- THAMAY, Rennan; Seixas, Bernardo Silva de. A arguição de relevância do recurso especial. **Revista de Processo**. v. 334. ano 47. p.185-203. São Paulo: Ed. RT, dez., 2022.
- UZEDA, Carolina. **Arguição de relevância no recurso especial**: a volta dos que não foram. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/1577331567/arguicao-de-relevancia-no-recurso-especial-a-volta-dos-que-nao-foram>. Acesso em: 18 out. 2022.

RECONHECIMENTO DE EFEITOS JURÍDICOS ÀS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS A MONOGAMIA COMO VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE

Eduardo Augusto Salomão Cambi¹, Adriane Garcel²

RESUMO

O trabalho tem como propósito a análise dos efeitos jurídicos devidos às famílias simultâneas. Identificou-se, pelo estado da arte, que não há uma tutela adequada para garantir os direitos das famílias simultâneas. Não existe legislação e há apenas uma corrente jurisprudencial minoritária sobre o assunto. A maioria das decisões judiciais denega direitos a este agrupamento familiar, por meio da aplicação da Tese de Repercussão Geral nº 529, consolidada pelo o Supremo Tribunal Federal no RE 1.045.273/SE, pela qual a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período temporal, até mesmo para fins previdenciários. A problemática está em averiguar, se a monogamia, na ordem jurídica brasileira, deve ser entendida como um valor ético-social relevante, ou como um princípio jurídico estruturante dos Direitos das Famílias. *Para tanto, a metodologia aplicada será a dedutiva, lastreada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Utilizar-se-á da exegese de dois casos concretos, julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em que se reconheceu efeitos jurídicos para famílias simultâneas. Como resultados alcançados, conclui-se que a consagração da proteção indireta de direitos fundamentais sociais mediante a tutela de direitos civis é possível*

¹ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz (FAG) e da Faculdade Pan-Americana (FAPAD). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual e Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas - Curitiba - Paraná - Brasil. E-mail: eduardo.cambi@tjpr.jus.br Orcid: 0000-0003-4944-1256

² Doutoranda e Mestre pelo Centro Universitário Unicuritiba. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial. Graduada em Letras pelo Centro Universitário Campos de Andrade e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região - EMATRA vinculada ao Centro Universitário UNIBRASIL. Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a UNIVERSIDADE POSITIVO. Assessora Jurídica na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política no Centro Universitário UNIFAESP. Curitiba. Paraná. Brasil. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br Orcid: 0000-0002-5096-9982.

pela adoção do método de interpretação evolutiva do direito instituída pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que pode ser considerado para conferir efeitos jurídicos às famílias simultâneas e, portanto, para permitir a evolução do Direito das Famílias. Contribuições: dentre as contribuições do trabalho, está a necessidade de se conferir reconhecimento jurídico às famílias simultâneas. Trata-se de tarefa hermenêutica que desafia a interpretação da legislação vigente e da jurisprudência majoritária. Outra contribuição são os fundamentos para se compreender a monogamia como um valor social relevante (não como um princípio estruturante do Direito das Famílias). Para tanto, são investigados casos concretos investigados, em que a teoria se encontra com a prática seja para conferir proteção à realidade social por meio do Direito das Famílias, seja para atribuir efeitos patrimoniais à sociedade de fato, com a aplicação do Direito das Obrigações.

Palavras-chave: famílias simultâneas; monogamia; direitos humanos; direitos das famílias.

INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna, a complexidade das relações familiares vem assentada em um tema desafiador para o Direito das Famílias, isto é, a necessidade de se conferir efeitos jurídicos às famílias simultâneas. Este arranjo familiar, que desafia a interpretação da legislação vigente, não pode ser ignorado e merece reconhecimento jurídico.

Percebe-se que há uma grande resistência da jurisprudência pátria em aplicar o Direito das Famílias em situações fáticas que fogem ao padrão social institucionalizado, hierarquizado e matrimonializado. Tradicionalmente, a família nuclear – composta pelos pais e seus filhos, e concebida pelo casamento entre um homem e uma mulher – foi a única entidade familiar considerada juridicamente possível, válida e eficaz.

A introdução tardia do divórcio no Brasil, em 1977, por meio da Emenda Constitucional n. 9, e, mais recentemente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma significativa evolução da concepção de família no Brasil.

A interpretação do texto constitucional foi ampliada pela jurisprudência pátria. Foi admitida a existência de outros modelos familiares, como a união estável, ainda que entre duas pessoas do mesmo sexo, apesar disto não estar positivado de forma explícita na Constituição da República nem na legislação infraconstitucional, desde que se sobressaiam, como elementos constitutivos, a afetividade, estabilidade, ostensibilidade e a vontade de se constituir família.

Os novos arranjos familiares demandam uma interpretação adequada, coerente e evolutiva do Direito das Famílias, apta a compreender as particularidades que os casos concretos possam demonstrar. Não se está a negar a existência de modelos familiares tradicionais, mas também não se pode escolher o padrão monogâmico como único merecedor da tutela estatal, estando os demais arranjos familiares deixados à margem da lei.

Tratando de famílias simultâneas, se constatadas as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade, está-se diante de verdadeira formação social digna de reconhecimento, e, por conseguinte de proteção do Estado.

A partir destes pressupostos, o trabalho propõe a investigar os efeitos jurídicos das famílias simultâneas e, para tanto, adota a metodologia dedutiva, lastreada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Como hipóteses investigadas, averiguar-se-á, se a monogamia, na ordem jurídica brasileira, deve ser entendida como um valor ético-social relevante ou como um princípio jurídico estruturante dos Direitos das Famílias. Dependendo da resposta, há a possibilidade de se restringir ou ampliar o campo de aplicação do Direito das Famílias. Para tanto, a metodologia utilizada será a dedutiva, baseada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

O trabalho divide-se em quatro partes, sendo que, em um primeiro momento, averiguar-se-á os efeitos jurídicos das famílias simultâneas, tomando por base dois casos concretos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Na segunda parte, traz-se a discussão se a monogamia deve ser um princípio jurídico, a orientação dos Tribunais Superiores, bem como o posicionamento crítico e divergente da doutrina e a proposição do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Na terceira seção, cuida-se da dimensão humanista da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a necessidade de distinção (*distinguishing*) da Tese da Repercussão Geral n. 529 do STF, para os casos concretos de famílias simultâneas versados neste trabalho e que servirão de sucedâneo para a construção de novos precedentes judiciais.

Apresentar-se-á, na quarta (e última) parte, a monogamia como um valor ético-social relevante (não como um princípio estruturante do Direito das Famílias). Além disso, serão examinados os contornos fáticos dos casos concretos investigados nesta pesquisa – comprovação da existência de famílias simultâneas e, como solução alternativa, o reconhecimento da sociedade de fato, como forma de atribuir efeitos jurídicos pelo Direito das Obrigações.

Por fim, como resultados alcançados na pesquisa, apresenta-se a consagração da proteção indireta de direitos fundamentais sociais mediante a proteção de direitos civis (eficácia indireta da Constituição nas relações

privadas), inclusive com fundamento no método de interpretação evolutiva do Direito das Famílias, em aproximação com a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS (CIRCUNSTÂNCIAS DE CASOS CONCRETOS) E A HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, além de apresentar dois eventos típicos e caracterizantes de famílias simultâneas, que permearão o desenvolvimento de todo o trabalho, destacar-se-ão alguns fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que mostram a necessidade de se reconhecer a existência, a validade e os efeitos jurídicos devidos às famílias simultâneas.

No caso 1 – A demandante ajuizou ação de reconhecimento de união estável c/c partilha de bens em face do Espólio de seu convivente. Alegou, em síntese, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, em verdadeira união estável, com o *de cujus*, durante aproximadamente 7 (sete) anos. Afirmou que o relacionamento teve início em fevereiro de 2008, e que logo após passaram a residir juntos, em imóvel dele, até a data de seu falecimento, em abril de 2015. Informou que foi ela quem providenciou a cerimônia de funeral, e que, posteriormente, pleiteou a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço dele, em pensão por morte, argumentando a existência de provas de que mantinham união estável. Aduziu, ainda, que mora no mesmo imóvel que residiu com o falecido, desde fevereiro de 2008, até a data de seu falecimento. Ocorre que, conforme ficou demonstrado nos autos, o *de cujus* conviveu com a demandante até meados de 2003, quando se separaram de fato, sem que deixasse de prestar auxílio financeiro a ela. Alguns anos, após a separação de fato, o *de cujus* iniciou nova união estável, até a data de seu óbito, em abril de 2015. Contudo, a demandante, durante esta segunda convivência, casou-se legalmente com ele, em julho de 2013. Em audiência de instrução e julgamento, a autora esclareceu que ela e o *de cujus* se casaram em 2013; porém, não conviveram maritalmente, pois já se encontravam separados de fato há aproximadamente 15 (quinze) anos. Informou que se casaram apenas para que ela possuísse alguma segurança financeira e pudesse manter a residência, uma vez que não morava mais com ele. Relatou, também, que conhecia a nova companheira do *de cujus*, e que eles conviveram em união estável a partir de 2009, até a data do óbito dele. Afirmou que, quando o *de cujus* iniciou relacionamento com a segunda companheira, ela e o falecido já se encontravam separados de fato; contudo, ele nunca deixou de prestar-lhe auxílio financeiro.

No caso 2 – A pretensão foi baseada na busca da apelante pelo reconhecimento da união estável havida desde dezembro de 1972 ou, em

caráter subsidiário, da existência da sociedade de fato e seus consequentes efeitos patrimoniais, com a finalidade de assegurar que lhe seja direcionado e/ou partilhado os bens adquiridos no período da convivência. Embora a sentença recorrida tenha admitido a existência da união estável da apelante, com início em novembro de 1972, relação afetiva que perdurou até os dias atuais, a circunstância dele ter casado em julho de 1974 com outra mulher, de quem se separou de fato em fevereiro de 1996, impedia o reconhecimento simultâneo da união estável. Restou incontroverso nos autos que, entre julho de 1974 e fevereiro de 1996, o homem manteve relações afetivas simultâneas – de união estável e de casamento – com ambas as mulheres, das quais sobrevieram, além de filhos, deveres e direitos patrimoniais.

Em relação ao caso 1, verificou-se dos autos que o *de cujus* viveu em união estável por 34 anos com a primeira convivente, com quem teve 3 filhos e de quem se separou em 2004. Em 2009, após já estar vivendo com outra pessoa, casou-se civilmente com a companheira anterior, embora tenha continuado a residir e a manter relacionamento afetivo com aquela mulher até a data do seu óbito. Os relacionamentos simultâneos eram conhecidos e consentidos tanta pela companheira quanto pela esposa, pois o *de cujus* sempre manteve financeiramente a primeira mulher, embora continuasse a conviver com a segunda. Importante notar que o falecido promoveu o casamento civil com a primeira companheira, e não como a segunda com quem morava de fato, demonstrando sua intenção em regularizar a relação com a primeira mulher, com quem teve filhos e construiu patrimônio.

Em síntese, ambos os casos dizem respeito à ação de reconhecimento e dissolução de união estável, versam sobre direito à partilha e à moradia, e sobressaem-se em características de simultaneidade familiar, em que a questão central diz respeito ao tratamento que o Direito dá para a monogamia.

Há famílias simultâneas quando se constata a presença de mais de um vínculo marcado com o objetivo de constituição familiar, o que abrangeria, a rigor, uniões estáveis e casamentos ao mesmo tempo.³

Nota-se, nas famílias simultâneas, o que se tem são dois ou mais núcleos distintos de conjugalidade (com apenas um integrante comum entre eles), sendo que “há muito são conhecidos da realidade brasileira, entretanto, contam com um lastro histórico de invisibilidade jurídica (ou seja, uma negativa peremptória de reconhecimento)”.⁴

³ HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio. Famílias Paralelas. Visão atualizada. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 260, jul./dez. 2019.

⁴ CALDERÓN. Ricardo. *O princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 342.

Podem ser visualizadas duas hipóteses de famílias simultâneas: i) aquela em que os membros aceitam, tácita ou expressamente, a situação de não exclusividade dos seus relacionamentos, caracterizada por elementos exteriores como a notoriedade, a publicidade, a coabitação intercalada e a existência de filhos com cada uma das partes envolvidas; ii) a situação em que há o desconhecimento sobre a existência da outra entidade familiar: o cônjuge ou o companheiro(a) enganado(a) não sabia nem, tampouco, tinha condições de supor a existência da não exclusividade da constituição de família (hipótese que abrange a união estável ou o casamento putativo).

Por outro lado, o reconhecimento jurídico das famílias simultâneas esbarra no concubinato, que, pelo artigo 1.727 do Código Civil, abrange as “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. Isso porque o artigo 1.521, inc. VI, afirma que não podem casar as pessoas casadas, e o artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, estabelece que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521, salvo se a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Excluída a possibilidade de enquadrar a simultaneidade de famílias, a solução para a partilha de bens pode ser a aplicação do Direito das Obrigações, por força da Súmula n. 380, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 03/04/1964 (publicada em 08/05/1964), com a seguinte redação: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Não obstante, Marcos Alves da Silva adverte que, “mesmo com a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, o concubinato enquanto tal não foi reconhecido pela jurisprudência. Um dos julgados apontados entre os precedentes a embasar a Súmula n. 380 nega reconhecer efeito jurídico ao concubinato. Sustenta que gera efeitos a sociedade de fato e não propriamente a família de fato”.⁵ A propósito, no Recurso Extraordinário n. 49.064-MG, assim pronunciou o Ministro Relator, Victor Nunes: “Como bem pondera a recorrida, o Tribunal local, apreciando a prova, concluiu pela existência de uma sociedade de fato. ‘Está completamente provada – disse o Ilustre Des. Melo Júnior – a colaboração da concubina na formação do patrimônio’ (f. 236). Não é, pois, do concubinato, mas do esforço dos dois companheiros para a formação do patrimônio comum que resulta o direito da recorrida”. (STF. Recurso Extraordinário 49.064 MG, Rel. Min. Victor Nunes, *DJ*. 18/1/1962).

A análise da construção do discurso jurídico sobre o concubinato e seus efeitos jurídicos evidencia o propósito de ocultamento de uma família de

⁵ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia, a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 160.

fato. Este tema ganha importância à medida que a monogamia tem, também, o potencial de condenar à invisibilidade jurídica famílias que, na realidade, são presentes e reconhecidas no meio social.⁶

O fenômeno das famílias simultâneas reclama, pois, uma atenção especial do Poder Judiciário, com um viés mais sensível à dinâmica da sociedade pós-moderna, já que a compreensão das famílias evolui com a complexidade dos fatos sociais, que também possuem força criadora (normativa) de direitos, como emerge da máxima *ex factis jus oriuntur*.

Caso contrário, o Direito não se comunicaria com a realidade social, porque as injustiças somente podem ser percebidas no domínio da experiência ordinária da vida, que, além de impregnada de consensos, condiciona o agir social e jurídico.

O mundo da vida e a experiência social devem ser percebidos e acolhidos pelo Direito, notadamente pela jurisprudência, que, por ser também fonte de produção jurídica, permite que os fatos relevantes retroalimentem a constante evolução na interpretação e na aplicação do Direito. Com isso, pode-se construir uma hermenêutica jurídica crítica, que consagre o princípio da primazia da realidade, a promoção dos valores éticos e a máxima proteção dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, Eduardo Carlos Bianca Bittar, a partir da leitura de Jürgen Habermas, explica:

A percepção dos sofrimentos, das injustiças, da opressão, da privação, da dor e do compartilhamento destas, por processos comunicação quotidianos, se dá no domínio da experiência ordinária da vida, ou seja, no mundo da vida (Lebenswelt). É dentro dele, portanto, que se deve perceber e acolher a definição de Direito. O mundo da vida resume a complexidade de fatores que condicionam o agir social. O mundo da vida está impregnado de consensos da experiência de vida. O mundo da vida cria as condições para o diálogo e o consenso, para o encontro das vontades e para a deliberação político-jurídica na dimensão da esfera pública. Isto porque os indivíduos "... compartilham do chamado mundo da vida, onde possuem uma tradição cultural comum e crescem internalizando valores, expectativas e identidades em comum".⁷ (Grifo nosso)

Nessa linha argumentativa, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao tratar do aniversário de 20 anos do Código Civil, dá ênfase à heterogeneidade social,

⁶ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia, a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 161.

⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, justiça e emancipação: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 98.

à força criativa dos fatos e ao pluralismo jurídico, para uma valorização dos princípios constitucionais, método interpretativo que denomina de “Virada de Copérnico”:

O Código de 1916 é produto do século XIX, ainda que tenha entrado em vigor na segunda década do século XX. Já o Código de 2002, embora sancionado nos primeiros anos do século XXI, reflete o pensamento jurídico cristalizado na década de 1973.

Rememoramos o mestre Orlando Gomes, que sublinhou que a primeira etapa da travessia se cumpriu na incorporação de ideias e de aspirações da camada mais ilustrada da população, em verdadeiro descompasso entre o Direito escrito e a realidade social.

Nada mais justo, portanto, que intentar, para a segunda travessia, que o percurso seja mais democrático, fulcrado nos princípios constitucionais, com especial ênfase para a dignidade da pessoa humana.

A abertura semântica vivenciada no meio jurídico brasileiro, a partir da década de 1970, deu ênfase à heterogeneidade social, à força criativa dos fatos e ao pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se tornou possível por meio da reestruturação dos princípios.

*Emerge da crescente valorização dos princípios constitucionais o farol que guia a hermenêutica do direito privado, nesta reviravolta que pôde ser alcunhada de **Virada de Copérnico**.*

Esta Virada tem sido objeto de constantes debates no Supremo Tribunal Federal. Apenas para lembrar os desafios que essa mudança de percepção trouxe à jurisdição constitucional: ADPF 132 e ADI 4.277, que assentaram o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar; a ADI 4.275, que reconhece a identidade de gênero como livre expressão da personalidade e a possibilidade de alteração do registro civil independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização; a ADPF 828-MC, que determinou a suspensão das ordens de despejo durante a pandemia; o RE 1.010.606, que declarou a inexistência no direito brasileiro do chamado direito ao esquecimento, ainda que, em abstrato, a discussão não tenha se encerrado; o RE 898060, que fixou tese no sentido de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios; o RE 878694, que reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002; o RE 1038507, que declarou a impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar constituída de mais de um terreno,

desde que contínuos e com área total inferior a quatro módulos fiscais. (...)

Os dias correntes, como sabemos, se põem numa plataforma complexa, volátil, incerta e ambígua, e, por isso, mesmo registrar e celebrar as duas décadas do novo Código é evento que relembra memorabilia e descortina compromissos com o futuro.

Nas décadas vindouras, o Código Civil, iluminado pelos princípios constitucionais, continuará a singrar desafios, na viagem do redescobrimento, em jornada que é permanente e se volta para o horizonte teórico e dele parte, para ampliação de confins.⁸ (Grifos nossos)

Com efeito, no contexto do Direito Civil-Constitucional, os princípios e as regras do Código Civil de 2002 devem ser interpretados e aplicados em conformidade com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

A família, como realidade sociológica, precisa ser compreendida pelo Direito a partir da *abertura semântica* do artigo 226 da Constituição Federal, para que seja superado o modelo patriarcal, hierarquizado, matrimonializado, tradicional e transpessoal, e, desta forma, possibilitar a aplicação dos novos valores que inspiram a sociedade contemporânea, fundada no afeto, na ética, na equidade, na democracia, no pluralismo, na confiança e na solidariedade recíproca entre os seus membros, na busca permanente da felicidade, na autorrealização individual e na proteção da dignidade de todos e de cada um dos integrantes das famílias (FARIAS, BRAGA NETO, ROSENVALD, 2023, p. 1181-1182).⁹

Dessa forma, a hermenêutica jurídica, baseada na teoria crítica do direito, por meio da jurisdição constitucional, possibilita que as regras contidas nos artigos 1.521, inc. VI, e 1.724 do Código Civil, sejam interpretadas em conformidade com os valores e normas da Constituição da República Federativa do Brasil. Isso porque a família é, antes que uma formulação jurídica, uma manifestação sociológica e cultural.

A família, enquanto expressão social e cultural, é captada e regulamentada pelo Direito, sem prejuízo de outras ciências, como a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia, que também auxiliam na definição epistêmica dos agrupamentos familiares. Aliás, como explica o Ministro Eros Roberto Grau, a “leitura jurídica retrata apenas um recorte específico desta

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Código Civil, vinte anos depois, regras e princípios atestam resiliência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/luiz-edson-fachin-codigo-civil-vinte-anos-depois>. Acesso em: 27 abr. 2023.

⁹ FARIAS, **Cristiano Chaves de**; BRAGA NETO, **Felipe**; ROSENVALD, **Nelson**. Manual de Direito Civil. Volume Único. São Paulo: JusPodivum, 2023. p. 1181-1182.

realidade de Direito, em dado momento e local, para procurar atender à sua finalidade”.¹⁰

2 MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO – ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O POSICIONAMENTO CRÍTICO E DIVERGENTE DA DOCTRINA E DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM

O que leva o Superior Tribunal de Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal a impedirem o reconhecimento da entidade familiar simultânea é o fato de o ordenamento jurídico brasileiro não admitir, formalmente, as famílias simultâneas. Isso se deve à aplicação da monogamia, como um princípio jurídico, que se traduz em um requisito explícito do casamento (art. 1.521, inc. VI, do Código Civil) e implícito da união estável, que decorre do dever de lealdade (art. 1.724 do Código Civil).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça equipara a lealdade à monogamia pela ideia da fidelidade:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. *Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.*

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. *Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar*

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147-148.

contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.348.458/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/5/2014, DJe de 25/6/2014). (Grifos nossos)

Em abono a essa tese, é possível mencionar, ainda, os artigos 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.723, §1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 1.045.273/SE, fixou a Tese de Repercussão Geral n. 529, interpretando a constitucionalidade do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, nos seguintes termos:

A pré-existência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do § 1º do artigo 1723, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pesem as interpretações acima delineadas, vem crescendo um posicionamento doutrinário que procura salvaguardar os efeitos jurídicos gerados a partir da constituição das famílias simultâneas.

Tal entendimento foi encampado do Enunciado Doutrinário n. 4 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, com a seguinte redação: “A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico”.

Nesse contexto, é preciso melhor esclarecer os conceitos e trazer a interpretação evolutiva do direito estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos e recomendada pelo Supremo Tribunal Federal.

Famílias simultâneas dizem respeito à circunstância de uma pessoa que, ao mesmo tempo, se coloca como membro de duas ou mais entidades familiares entre si. Trata-se de um núcleo de coexistencialidade fundada na estabilidade, ostensibilidade, continuidade e publicidade. Isso significa que não é toda e qualquer situação fática que se enquadra no conceito de famílias simultâneas. Logo, relacionamentos clandestinos não devem ser considerados como família simultânea. Também não caracteriza a simultaneidade familiar as relações casuais, livres, descomprometidas, sem comunhão de vida, atentatórias à dignidade, caracterizantes da bigamia e desonestas, desprovidas de boa-fé.

A partir de tais distinções, é possível perceber a relevância jurídica que a afetividade deve assumir para a consideração dessas novas entidades familiares.

Na sociedade pós-moderna, a afetividade passou a ser considerada, para a caracterização da família, em detrimento de outros critérios econômicos e religiosos. “O critério afetivo que figurava como coadjuvante no período da família clássica foi alçado à protagonista na família contemporânea, tanto para as suas relações de conjugalidade como para as suas relações de parentalidade”.¹¹

É incontroverso que há agrupamentos familiares que não se amoldam rigidamente às estruturas formais legisladas, como o casamento e a união estável. Ainda assim, tais situações jurídicas são merecedoras de alguma proteção jurídica, mesmo que de forma pontual, mediante a análise das peculiaridades do caso concreto.

A propósito, não se está a cancelar qualquer tipo de relacionamento privado de boa-fé. O que está em discussão são os direitos personalíssimos que devem ser aplicados a todos os indivíduos indistintamente.

A evolução jurídica do conceito de família passa pela superação do modelo tradicional, fundado no patriarcado, institucionalizado, matrimonializado, hierarquizado, em que a legitimidade dos filhos era associada ao matrimônio, e o homem visto como provedor econômico (e, pois, como “cabeça do casal”), não tendo como primazia à satisfação dos interesses coexistenciais de cada um de seus membros.

Aliás, Luiz Edson Fachin já observava, na virada do século XXI ser:

(...) inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial

¹¹ CALDERÓN. Ricardo. **O princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159.

contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.¹²

Sob a vigência do Código Civil de 1916 tão somente admitia-se a formação de família pelo casamento, constituindo o Direito de Família, de acordo com o Clóvis Beviláqua um sistema de “normas e princípios que regulavam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência”. Sendo a família conceituada como “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segunda as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.¹³

A partir da Constituição Federal de 1988, o conceito de família ganhou um caráter plural, centrado na afetividade e na solidariedade, “sendo o *locus* para a realização pessoal dos sujeitos”. Supriu-se o pátrio poder pelo poder familiar, a ideia do homem como “cabeça do casal” para a isonomia entre os cônjuges/companheiros, e da parentalidade responsável, permitindo uma divisão mais colaborativa e solidária do trabalho doméstico, bem como da promoção da ética do cuidado compartilhado com os filhos, notadamente após o término da conjugalidade.¹⁴

Com o reconhecimento jurídico do afeto, como componente da família moderna, conferiu-se maior liberdade, igualdade e autonomia, para admitir a heterogeneidade social, o pluralismo jurídico e a força normativa dos fatos. Esta Virada de Copérnico possibilitou a construção do Direito Civil-Constitucional e, nessa linha de argumentação, o reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares – compostos pela união estável, por casais homossexuais, ou apenas por um dos pais e filhos – tutelando de tal modo às pessoas que compõem as famílias com o propósito de satisfazer as suas necessidades individuais (família eudemonista).

O afeto passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como um elemento essencial para a formação da entidade familiar. Recebeu a posição de valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio.

¹² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 17.

¹⁴ MIGUEZ, Brunella Poltronieri. **“A família e o tempo”, as mudanças no modelo de família e o papel do Estado**. IBDFAM, 07 fev. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Conforme Sergio Resende de Barros, o afeto é a demonstração mais humana que existe em cada família, e não um simples laço de sangue que envolve os seus membros (2017, p. 48).¹⁵

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a família é um “conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.”¹⁶

Dessa forma, o Direito das Famílias regulamenta efeitos pessoais (como os vínculos por afinidade), patrimoniais (como regime de bens) e sociais múltiplos (como os assistenciais).

O Direito Civil não se encerra com a produção legislativa, pois, devido a sua vagueza semântica, é indispensável que tanto a jurisprudência quanto a literatura são importantes para a constante atribuição de significados que compõem os significantes.

Nesse sentido, nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin, “deve abandonar o conforto da armadura jurídica, atravessar o jardim dos conceitos e alcançar a praça da vida material, que publiciza dramas e interrogações, abalroando a cronologia ideológica do sistema”,¹⁷ dando uma solução que, conquanto ainda não escrita, é a mais adequada à axiologia constitucional: reconhecer as duas ou mais famílias como tais, ainda que constituídas simultaneamente.

Não se olvida que a tutela jurídica deve ser extraída da tensão produtiva entre o mundo empírico (do *ser*) e o normativo (do *dever ser*). Há, pois, diversos potenciais emancipatórios que devem ser reconhecidos juridicamente, por meio da aplicação da hermenêutica jurídica crítica.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, fez uma interpretação extensiva – ou não-reducionista – do conceito de união estável, para reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas, apesar do texto literal da Constituição tratar tais entidades familiares como uniões “entre o homem e a mulher”. Conclui, destarte, haver um *numerus abertus* de entidades familiares, no julgamento da ADI 4277:

(...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem

¹⁵ BARROS, Sergio Resende de. *In*: CALDERÓN. Ricardo. **O princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 48.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil – **Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

Dessa forma, a partir da aplicação do princípio da afetividade, o conceito de família torna-se uma realidade plural e vai além do rol taxativo do artigo 226 da Constituição.

Conseqüentemente, o modelo democrático e funcionalizado de família pressupõe a existência de uma diversidade de estruturas familiares. Dessa forma, a releitura das relações jurídicas existenciais é impulsionada pelos novos contornos dados ao Direito Civil que passa a ser interpretado sistematicamente com a Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo institucionalizado da família nuclear, tendo adotado a concepção funcional, pluralista, democrática e eudemonista, caracterizada pelo afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo, estando voltada à plena realização de seus membros.

Tal conclusão pode ser extraída tanto do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil quanto do artigo 226, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal.

A noção de sociedade pluralista está expressa no Preâmbulo da Constituição, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A existência das famílias simultâneas, na sociedade pluralista da contemporaneidade, é perceptível, por meio do reconhecimento da monogamia como valor social relevante e norma de conduta, não como princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias. Afirmar a natureza da monogamia, como sendo de valor sociocultural, possibilita a interpretação extensiva e agregadora aos arranjos familiares complexos que observam o princípio da boa-fé em sentido objetivo.

3 DIMENSÃO HUMANISTA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*) DA TESE DA REPERCUSSÃO GERAL N. 529 PARA CASOS CONCRETOS DE SIMULTANEIDADE FAMILIAR

De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que precisa ser levada em consideração – aliás, não apenas como um argumento retórico, mas efetivamente como mecanismo de persuasão – pelos juízes latino-americanos, a dinâmica da vida não pode ser compreendida restritivamente.

O direito humano à vida abrange uma dimensão positiva que atribui aos Estados medidas adequadas para tutelar o direito à vida digna.

É dever jurídico dos Estados-Partes da Organização dos Estados Americanos conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, conforme se depreende do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

É devida a proteção indireta de direitos sociais mediante a tutela de direitos civis, pela adoção do método de interpretação evolutiva do direito à vida digna.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21/11/2019), considera que os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos.

A Corte IDH indicou que a ausência de recursos econômicos, causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria, gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade. Isto porque, nesta fase da vida, a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos que os idosos recebem para suprirem suas necessidades primárias e elementares como ser humano.

Desse modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos causa angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta, intrinsecamente, restrições ao avanço e desenvolvimento da qualidade de vida e da integridade pessoal.

A Corte IDH concluiu que o direito à vida digna é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização de outros direitos humanos. Afinal, quando não se protege adequadamente o direito humano à vida digna, todos os outros direitos desaparecem.

Não obstante a Tese de Repercussão Geral n. 529, produto de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, tenha caráter vinculante (art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil), é possível que, excepcionalmente, o juiz ou o tribunal afaste o precedente obrigatório mediante a técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*.

A não aplicação de precedentes vinculantes gera para os órgãos judiciais o ônus argumentativo de explicitarem, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa da fixada pelos Tribunais Superiores, com potencial para afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*). Nesse sentido, prevê o artigo 14, *caput*, da Recomendação n. 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*:

Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*.

A *contrario sensu*, também estabelece a regra do artigo 489, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil, que não se considera fundamentada a decisão que deixa de aplicar precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento.

Conforme asseverado, a interpretação restritiva do artigo 226 da Constituição Federal não representa os anseios da democracia plena e da cidadania inclusiva, já que famílias coexistentes são entidades familiares voltadas à realização existencial de seus membros e, quando baseada na boa-fé objetiva, ingressam no cenário jurídico por meio da porosidade principiológica do sistema, produzem efeitos no mundo exterior e merecem a proteção do Estado.

O Poder Judiciário não pode desprezar o reconhecimento jurídico dos arranjos familiares inerentes à sociedade pluralista, devendo estar atento às peculiaridades das relações de famílias a fim de proteger os interesses legítimos de seus membros.

Nos casos utilizados para estabelecer o *distinguishing* com a Tese de Repercussão Geral n. 529, percebe-se a existência de famílias simultâneas. Veja-se, por exemplo, no caso 2 (*supra* descrito), que a relação, embora não monogâmica – considerando que o *de cuius* vivia com duas mulheres e suas respectivas famílias –, era harmônica entre todos os seus componentes, que consentiam tacitamente com o papel social de cada um. Apesar disso, ao menos na sentença que foi objeto de apelação, impediu-se o reconhecimento da união estável entre o *de cuius* e suas duas mulheres, uma vez que o artigo 1.723, do Código Civil, e a jurisprudência majoritária não admitem a união estável paralela ao casamento.

A Tese de Repercussão Geral n. 529, fixada pelo Superior Tribunal Federal, repita-se, estabelece o seguinte: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

Ocorre que o caso que serviu de sucedâneo para a fixação da tese da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, cuidou de duas uniões concomitantes, em que as famílias não tinham conhecimento uma da outra. A situação fática, contemplada na Tese n. 529, versava, de um lado, sobre o companheiro do *de cuius* com o qual manteve a relação homoafetiva por doze anos e, de outro lado, a mulher que tinha com o falecido outro filho. Contudo, não havia conhecimento destas realidades paralelas pela parte enganada.

Ao contrário, nos casos 1 e 2 (acima mencionados), julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, as hipóteses jurídicas são diferentes, pois as relações familiares simultâneas foram públicas, consentidas, combinadas e vivenciadas pelos seus membros.

Nota-se que o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos afirma que os Estados-Partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes

da Carta da Organização dos Estados Americanos, até para prevenir a violação do direito à vida, em uma visão positiva e ampliativa, o direito à vida digna.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a proteção efetiva dos direitos humanos, não se podendo restringir a aplicação do artigo 26 da CADH, tão somente, aos direitos sociais.

Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma que “à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, explica que, no caso Vil Villagran Morales contra a Guatemala, a Corte firmou entendimento de que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente, introduzindo a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão *negativa*—o direito a não ser privado da vida arbitrariamente—, mas também *positiva*, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”.¹⁸ Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais, mas também de outros direitos humanos.

Em relação ao direito à vida digna, no mencionado Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21/11/2019), sobre a ausência de pagamentos de pensões que afetou qualidade de vida dos idosos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu:

185. A Corte considera que neste caso os *direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados*, situação que se *acentua no caso dos idosos*. A Corte indicou que a ausência de recursos econômicos causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. Deste modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente privações no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. 186 A Corte lembra que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios [3] da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 6(2):147, jul./set. 2014.

direitos desaparecem, uma vez que o seu titular está extinto.
(Grifos nossos)

Ressalta-se que o artigo 1º, inc. II, Recomendação n. 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça aconselha, aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 635-MC/RJ, conforme consta do voto do Ministro Edson Fachin, asseverou o caráter vinculante e obrigatório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

(...) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões são vinculantes para o Estado brasileiro, nos termos do artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25.09.1992 e promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (...).

Aliás, os artigos 62.1 e 68.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos preveem:

Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...).

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)

Portanto, na interpretação extensiva e não reducionista da concepção sociocultural de família na Constituição Federal, reforçada pela leitura dinâmica (“*living instrument*”) inerente à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que deve ser ampliada à proteção de todos os direitos e garantias fundamentais – com fundamento na jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos – não se pode deixar de concluir pela existência de um potencial hermenêutico emancipatório no reconhecimento jurídico, pelo Estado brasileiro, da coexistência de famílias simultâneas. Tal reconhecimento jurídico é devido, quando demonstrado que as relações afetivas integram o projeto de vida digno não monogâmico de três ou mais pessoas

que, dentro de padrões éticos por eles estabelecidos, permitem a convivência harmônica entre mais de um núcleo familiar.

Tal conclusão também pode ser partilhada, no âmbito doutrinário, com a percepção de Maria Berenice Dias, ao afirmar que, considerando o caráter afetivo das relações familiares, não se pode negligenciar efeitos jurídicos a uma realidade fática afetiva, envolvendo pessoas humanas.¹⁹

4 MONOGAMIA COMO UM VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE (NÃO COMO UM PRINCÍPIO JURÍDICO ESTRUTURANTE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS)

Em ambos os casos mencionados neste trabalho, que exemplificam arranjos de famílias simultâneas, a questão central a ser enfrentada é se a monogamia na ordem jurídica brasileira deve ser um princípio estruturante do Direito das Famílias, imposto pelo regramento constitucional e civil, ou se é um valor ético e social relevante, embora sem caráter jurídico vinculante.

Em outras palavras, caso se entenda ser a monogamia um princípio estrutural do Direito das Famílias, ela possuiria uma normativa condicional, de dever-ser, e se situaria no plano deontológico. Por outro lado, se a monogamia for compreendida como um valor ético/social, ela não imporá um dever-ser, colocando-se no plano axiológico. Como um valor ético/social relevante, a monogamia tem-se a possibilidade de ser relativizada a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, ao se referir a família simultânea, quanto ao alcance da monogamia:

(...) embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não pode ser visto como uma norma moral ou moralizante. Sua existência, nos ordenamentos jurídicos que o adotam, tem a função de um princípio jurídico organizador. Quando falamos em monogamia estamos nos referindo a um modo de organização da família conjugal. O seu negativo, ou o avesso desse princípio, não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico. A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugal em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja em relação ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal ²⁰ (2004 p. 76-77).

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66.

²⁰ CUNHA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização

A atribuição de efeitos jurídicos às famílias simultâneas deve, pois, partir da natureza jurídica da monogamia.

De qualquer forma, na dimensão da interpretação evolutiva e não reducionista do conceito jurídico de família, aliada a máxima proteção dos direitos humanos, a monogamia deve ser encarada pelo Direito como um valor ético/social, não um princípio estruturante do Direito das Famílias.

Portanto, é necessário valer-se desta hermenêutica crítica, para a solução de casos concretos em que a existência das famílias simultâneas está demonstrada, até para a tutela indireta de direitos sociais pela aplicação do Direito Civil-Constitucional.

Por todo o exposto, há duas possibilidades: de um lado, entender que a monogamia não é um princípio jurídico; de outro lado, que a monogamia é apenas um valor ético/social que se aplica as relações familiares.

Nesta última hipótese, é preciso discordar do posicionamento dos Tribunais Superiores e fazer o *distinguishing* da Tese de Repercussão Geral n. 529. Isto porque, como afirmado, a situação fática julgada pelo STF diverge dos casos exemplificados no curso deste artigo, que foram objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

Afinal, na hipótese de famílias paralelas examinada pelo STF, na referida Repercussão Geral, seus integrantes desconheciam a existência uns dos outros, diferentemente dos casos aqui mencionados em que a convivência era simultânea, pública e compartilhada, bem como consentida tacitamente por ambas as mulheres.

5 OS CONTORNOS FÁTICOS DE CASOS CONCRETOS – COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO ALTERNATIVA: RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO

Nos casos concretos, analisados no item 1 (*supra*), as provas constantes dos autos não deixam dúvidas sobre a existência de pluralidade familiar.

No *caso 1*, tanto por documentos, quanto por depoimentos, a primeira companheira do *de cujus* manteve união estável com ele, desde o início de 1970, até meados de 2004, quando se separaram de fato, sem, contudo, deixar o falecido de prestar auxílio financeiro a ela até o último dia da sua vida.

Foram atendidos os requisitos para o reconhecimento jurídico da entidade familiar, já que presentes o objetivo de constituição de família; a durabilidade; a publicidade e a continuidade das relações afetivas simultâneas de união estável e casamento.

jurídica da família. 2004, 157 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. p. 76-77. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

Do mesmo modo, no *caso 2*, a primeira convivente foi mantida todo o tempo pelo companheiro por décadas. Lavava, passava, cozinhava, cuidava dos filhos e, inclusive os deveres da mulher casada, bem como trabalhava, regularmente, em uma das empresas do companheiro, onde era reconhecida, pelos funcionários, não apenas como “gerente” do negócio, mas também como sua legítima proprietária.

Não obstante estarem presentes os elementos configuradores de entidades familiares simultâneas, *ad argumentandum tantum*, não prevalecendo a tese da aplicação do Direito das Famílias, pela configuração da monogamia como um valor ético/social, não como um princípio estruturante, há de se buscar uma solução alternativa, para evitar a consagração de injustiças.

Afinal, note-se, especialmente no *caso 2*, que o não reconhecimento da partilha dos bens construídos com o esforço comum (direto) da companheira, implicaria na consagração de enriquecimento sem causa, com manifesta violação da regra contida no artigo 884 do Código Civil. Isso porque a primeira convivente, no julgamento do caso pelo Tribunal de Justiça, tinha 75 anos, demonstrou ter trabalhado na empresa no período em que houve a compra dos imóveis que pedia que fossem partilhados e dedicado por mais de 40 anos à família, tendo oficializado o casamento após a formalização do divórcio com a outra mulher.

Dessa forma, para além da relação afetiva e da efetiva existência de duas famílias simultâneas, formou-se um acervo patrimonial, com a participação e contribuição da primeira convivente de forma direta (econômica), mas também indireta (participação moral, afetiva e de outras formas).

Além disso, neste *caso 2*, não se pode ignorar que o imóvel em que primeira convivente mora foi constituído a mais de 30 anos. Negar tal realidade é não só admitir o enriquecimento sem causa, mas também violar o direito fundamental à moradia, o que representaria uma afronta ao mínimo existencial à vida digna.

Logo, o caso concreto exige um exame diferenciado, seja por uma visão de entidade familiar como um fenômeno plural e sociológico – e que precisa de reconhecimento jurídico –, seja pelo aspecto patrimonial para não consagração do enriquecimento sem causa, o que pode ocorrer por meio do reconhecimento da existência da sociedade de fato, com a aplicação da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal.

Em caso envolvendo famílias simultâneas, o Superior Tribunal de Justiça também admitiu a aplicação da Súmula n. 380 do STF:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA. OMISSÃO E ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO QUE, AINDA QUE EXISTENTE, NÃO FOI DECISIVO AO RESULTADO DO JULGAMENTO. ACÓRDÃO SUSTENTADO EM

OUTROS FATOS E PROVAS. *ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO*. PARTILHA NO FORMATO DE TRIAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL QUE PRESSUPÕE AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO AO CASAMENTO OU SEPARAÇÃO DE FATO. PARTICULARIDADE DA HIPÓTESE. RELAÇÃO INICIADA ANTES DO CASAMENTO DO PRETENSO CONVIVENTE COM TERCEIRA PESSOA E QUE PROSEGUIU NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. *PARTILHA NOS MOLDES DA SÚMULA 380/STF, EXIGINDO-SE PROVA DO ESFORÇO COMUM*. PERÍODO POSTERIOR AO CASAMENTO. TRANSMUDAÇÃO JURÍDICA EM CONCUBINATO IMPURO. SOCIEDADE DE FATO CONFIGURADA. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL RESOLVIDA SOB A ÓTICA DO DIREITO OBRIGACIONAL. PARTILHA NOS MOLDES DA SÚMULA 380/STF, TAMBÉM EXIGIDA A PROVA DO ESFORÇO COMUM. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO APURADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REMESSA DAS PARTES À FASE DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1- Ação proposta em 16/05/2016. Recurso especial interposto em 03/02/2020 e atribuído à Relatora em 03/02/2021.

2- Os propósitos do recurso especial consistem em definir se: (i) houve erro de fato ou omissão relevante no acórdão recorrido; (ii) se, na hipótese de união estável em que um dos conviventes é casado com terceiro (união estável concomitante ao casamento), é admissível a partilha no formato de triação.

3- Conquanto o acórdão recorrido realmente não tenha examinado o alegado erro de fato, não há que se falar em omissão na hipótese em que o erro de fato, ainda que reconhecido como existente, não é decisivo para o resultado do julgamento, uma vez que o acórdão recorrido está assentado também em outros fatos e provas e o fato erroneamente considerado não foi determinante para a conclusão obtida. Precedentes.

4- É inadmissível o reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, na medida em que àquela pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, a existência de separação de fato, de modo que à simultaneidade de relações, nessa hipótese, dá-se o nome de concubinato. Precedentes.

5- Na hipótese em exame, há a particularidade de que a relação que se pretende seja reconhecida como união estável teve início anteriormente ao casamento do pretenso convivente com terceira pessoa e prosseguiu por 25 anos, já na constância desse matrimônio.

6- No período compreendido entre o início da relação e a celebração do matrimônio entre o convivente e terceira pessoa, não há óbice para que seja reconhecida a existência da união estável, cuja partilha, por se tratar de união iniciada e dissolvida antes da Lei nº 9.278/96, deverá observar a existência de prova do esforço direto e indireto na aquisição do patrimônio amealhado, nos termos da Súmula 380/STF e de precedente desta Corte.

7- *No que se refere ao período posterior à celebração do matrimônio, aquela união estável se transmudou juridicamente em um concubinato impuro, mantido entre as partes por 25 anos, na constância da qual adveio prole e que era de ciência inequívoca de todos os envolvidos, de modo que há a equiparação à sociedade de fato e a repercussão patrimonial dessa sociedade deve ser solvida pelo direito obrigacional, de modo que também nesse período haverá a possibilidade de partilha desde que haja a prova do esforço comum na construção patrimonial, nos termos da Súmula 380/STF.*

8- Ausente menção, pelas instâncias ordinárias, acerca da existência de provas da participação direta ou indireta da recorrente na construção do patrimônio, sobre quais bens existiriam provas da participação e sobre quais bens comporão a meação da recorrida, impõe-se a remessa das partes à fase de liquidação, ocasião em que essas questões de fato poderão ser adequadamente apuradas.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido para: (i) reconhecer a existência de união estável entre 1986 e 26/05/1989; (ii) reconhecer a existência de relação concubinária impura e sociedade de fato entre 26/05/1989 e 2014, devendo a partilha, em ambos os períodos e a ser realizada em liquidação de sentença, observar a necessidade de prova do esforço comum para a aquisição do patrimônio e respeitar a meação da recorrida, invertendo-se a sucumbência. (REsp n. 1.916.031/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 5/5/2022). (Grifos nossos)

Do mesmo modo, Rolf Madaleno sustenta:

(...) relações concomitantes são catalogadas como sociedades de fato e, conforme já prescrevia a Súmula nº 380 do STF, os que se veem prejudicados pelo ilícito enriquecimento e pelo acréscimo patrimonial do parceiro se socorrem do equilíbrio econômico proveniente do campo do Direito das Obrigações.²¹

Embora a aplicação do Direito das Obrigações deva ser criticada por força da hermenêutica constitucional do Direito Civil-Constitucional, pois acaba por colocar a tutela do patrimônio acima da proteção pessoal dos seres humanos integrantes da família, tal solução, ao menos, evita a injustiça causada pelo enriquecimento sem causa.

²¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 58.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da jurisprudência dos Tribunais Superiores estar sedimentada na noção de que a monogamia é um princípio estruturante do Direito das Famílias, as circunstâncias peculiares trazidas nos dois casos examinados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, e que poderiam alcançar outras situações fáticas análogas, provocam um posicionamento crítico em relação ao reconhecimento dos efeitos jurídicos às famílias simultâneas. Isso é possível quando a monogamia é considerada um valor ético/social relevante e por meio da realização do devido *distinguishing*, em relação ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal (Tese da Repercussão Geral n. 529).

Nesse contexto, as famílias simultâneas não podem se apartar dos efeitos jurídicos reconhecidos ao casamento e à união estável, emoldurando-se em espécie de conjugalidade legítima e acolhendo a partilha de bens *inter vivos* e *causa mortis*, com a possibilidade de *triação* do patrimônio construído com o efetivo esforço comum.

A justiça das decisões passa pelo reconhecimento dos arranjos familiares, na dimensão do Direito Civil-Constitucional, caracterizado pela Virada de Copérnico, marcada pela heterogeneidade social, o pluralismo jurídico e a força criativa dos fatos sociais.

Na sociedade pós-moderna, o Direito das Famílias deve se pautar por um tratamento humanista e democrático, consubstanciado em alicerces que buscam o fortalecimento e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Por conseguinte, é necessário valer-se da interpretação evolutiva do direito, para a solução de casos concretos, em que há a consagração da proteção indireta de direitos sociais mediante a proteção de direitos civis, encontra respaldo no alcance da regra contida no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirma que os Estados-Partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Todavia, alternativamente, para não se consagrar o enriquecimento sem causa – ainda que tal solução não seja ideal (porque despreza a noção plural, democrática e eudemonista de família, consagrada no artigo 226 da Constituição Federal) – há de se admitir a existência de sociedade de fato, pela aplicação do Direito das Obrigações, quando há a efetiva demonstração da participação na construção do patrimônio comum, com amparo na Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, embora não se confira à máxima proteção a direitos humanos fundamentais, é possível reconhecer, por vias transversas, o direito à partilha do patrimônio comum.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Sergio Resende de. *In*: CALDERÓN, Ricardo. **O princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BEVLÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, justiça e emancipação**: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Resenha de: OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva; DANTAS, Carlos Henrique Félix. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 27, p. 281-287, jan./mar. 2021.
- BRASILEIRO, Luciana. **As famílias simultâneas e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- CALDERÓN, Ricardo. **O princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CUNHA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004, 157 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. p. 76-77. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. **Código Civil, vinte anos depois, regras e princípios atestam resiliência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/luiz-edson-fachin-codigo-civil-vinte-anos-depois>. Acesso em: 27 abr. 2023.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Fekipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. São Paulo: JusPodivum, 2023.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flavio. Famílias paralelas. **Visão Atualizada. Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo, v. 13, n. 2, p. 259-294, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/issue/view/11/showToc>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- IANNOTTI, Carolina de Castro. Divisão patrimonial nas famílias simultâneas e uniões estáveis poliafetivas. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, p. 93-111, set./out. 2016.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 24, 2007.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e solidariedade**. Rio de Janeiro: IBDFAM: Lumen Juris, 2008.
- MIGUEZ, Brunella Poltronieri. “A família e o tempo”, as mudanças no modelo de família e o papel do Estado. **IBDFAM**, 07 fev. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>. Acesso em: 01 mar. 2023.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões** – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIANOSVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios [3] da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 6(2):142-154, jul./set. 2014.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS. Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil** – Famílias. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade** parental, repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia, a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2014.

CONTRATOS COMERCIAIS, FRAUDE À LEI TRABALHISTA E COMPETÊNCIA PARA SEU JULGAMENTO: UM ARTIGO EM HOMENAGEM À MINISTRA ROSA WEBER

Luciano Benetti Timm¹, Eduardo Caetano Tomazoni²,
Leonardo Maciel Benedete³

INTRODUÇÃO

Não é missão fácil homenagear a Ministro Rosa Weber. Corre-se o risco de deixar escapar tanto algumas de suas várias contribuições para o bom funcionamento do Judiciário Brasileiro, como suas qualidades pessoais as quais já tivemos oportunidade de destacar.⁴

De início, basta dizer que, dentre muitos méritos, a porto alegreense ingressou na magistratura trabalhista em 1976 e, em razão do profícuo trabalho que desenvolveu nas cortes de primeira e segunda instância, chegou à Corte Superior Eleitoral e, em 19 de dezembro de 2011, tomou posse no Supremo Tribunal Federal brasileiro, tendo participado de várias decisões paradigmáticas desde então, especialmente em matéria trabalhista. Sua postura de magistrada discreta, de pouca exposição midiática e política fez bem à Corte.

Para além do prestígio profissional, é pessoa do mais alto desempenho acadêmico, tendo entrado e saído do curso de direito da UFRGS como protagonista da sua turma. Na aprovação, o primeiro lugar no vestibular e, ao formar, a láurea acadêmica. Teve passagem pelo Poder Executivo, nas funções de auxiliar de protocolo da Inspeção Seccional do Ministério da Educação situada em Porto Alegre, assistente superior da Secretaria da Administração do Rio Grande do Sul, de e auditora-fiscal do trabalho, bem como ministrou aulas

¹ Advogado. Pós-Doutor U.C., Berkeley, EUA. Doutor em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito (LLM) pela Universidade de Warwick, Inglaterra. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS). Professor da FGV Direito SP. *E-mail*: ltimm@cmtadv.com.br

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Positivo – UP. Especialista em Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. *E-mail*: etomazoni@cmtadv.com.br

³ Advogado. Mestrando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Mestrando em Economia pela Universidade Federal do Paraná. *E-mail*: lbenedete@cmtadv.com.br

⁴ <https://www.estadao.com.br/politica/stf-sob-nova-direcao-desafios-e-perspectivas-leia-analise/>

na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, embora não tenha tido uma dedicação à docência e à academia como outros colegas seus do STF.

Servirão, portanto, estas páginas a apresentar, de forma breve, a admiração dos autores à Magistrada, Ministra, e ilustre pessoa que é a Rosa Weber, o que se fará de forma contraintuitiva, mostrando o que ainda poderia ser sua grande contribuição à Corte e ao Direito do Trabalho, tomando o tema dos contratos e da competência em razão da matéria, para, a partir dele, destacar a atuação da homenageada. Afinal, só os grandes de espírito podem mudar de opinião, o que a Ministra já fez em outras oportunidades em nome da colegialidade do STF.

1 CONTRATOS, COMPETÊNCIA E INCENTIVOS INSTITUCIONAIS

É premissa da ciência econômica que as escolhas individuais são feitas no intuito de maximizar a utilidade pretendida pelo tomador da decisão, de forma que, transportando tal premissa para o direito contratual, é preciso reconhecer que a estrutura da relação jurídica e competência judicial apriorística para conhecer de eventual disputa não são escolhas aleatórias, fazem parte de uma arquitetura previamente desenhada para maximizar tanto a utilidade dos modelos relacionais, como a efetividade da atuação do Judiciário.

Em sua obra *“The Nature of the Firm”*, Ronald Coase explica que a “firma” tende a aumentar sua utilidade pela diferença entre receitas e custos⁵, assim, escolhas eficientes seriam aquelas que em que as receitas são maiores e os custos de produção (custos no sentido comum do termo), de transação (custos “indiretos”, aqueles relacionados aos fatores de dificuldade para a ocorrência de uma transação, como a obtenção de informação) e de oportunidade (custos de não alocar determinados recursos em uma opção alternativa, é aquilo que se “deixa na mesa”) menores.⁶⁻⁷

Assim, tanto é verdade que o contrato é uma roupagem jurídica para uma operação econômica⁸, como o é que há um racional lógico por trás da competência apriorística para determinado juízo conhecer de contratos, em princípio, lícitos, firmados sob a égide de determinado regime e qualquer alteração arbitrária nesse cenário, altera as regras do jogo.

⁵ COASE, R. H. The nature of the firm. **Economic**, n. 4, p. 386-405, 1937.

⁶ *Ibidem*.

⁷ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, p.1-44, out. 1960.

⁸ ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

Em razão disso, o Supremo Tribunal de Justiça, em uma série de precedentes, *vg.* ADC 48, ADC 66 e Tema 725, reiterou tanto que diferentes formas de organização do trabalho são constitucionais e lícitas – não apenas a relação de emprego – bem como destacou que a competência para conhecer de relações que tenham sido firmadas, em princípio – e, uma vez que não se presume fraude, até que se demonstre o contrário – deve ser do juízo competente para conhecer do contrato na sua roupagem original.

Significa dizer que que, caso exista uma relação comercial, por exemplo, de franquia, firmada, em princípio, dentro dos termos da lei, o juízo competente para conhecer de eventual litígio deverá ser, *ab initio*, o juízo que é competente para conhecer do contrato comercial caso a relação jurídica seja lícita (ou seja, a justiça estadual cível) e, na eventualidade de se reconhecer judicialmente a fraude, por exemplo, à legislação trabalhista, apenas aí é que há a prorrogação de competência. A mesma lógica se aplicaria ao instituto da arbitragem. Se houver cláusula contratual, o árbitro deveria julgar a sua própria competência, e, portanto, a fraude ou nulidade da cláusula e do contrato.

Tal lógica respeita a arquitetura institucional desenhada pelo legislador e pelas partes, de forma a preservar os incentivos ao cumprimento dos contratos e prevenir o ajuizamento de ações aventureiras ou até mesmo predatórias ou oportunistas (no jargão econômico), que sobrecarregam o sistema e geram um cenário de tragédia do judiciário.

Para tanto que percebamos a relevância de tal posicionamento, façamos breves notas sobre os dados do Poder Judiciário.

2 DADOS DO PODER JUDICIÁRIO

Apesar dos aspectos sistemáticos destacados acima, muitas são as vozes que criticam “o Judiciário”, uma vez que há uma certa pluralidade de decisões, que geram incerteza da resposta judicial e fomentam o ajuizamento de novas ações, agravando a *tragédia da Justiça*.⁹⁻¹⁰

Diz-se haver incentivos estruturais para o demandismo brasileiro, uma vez que não é por acaso que o Brasil possui mais de 77,3 milhões de processos

⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014, p. 163-168.

¹⁰ TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo; MACHADO, Rafael Bicca; BENEDETE, Leonardo Maciel. *O Problema da Morosidade e do Congestionamento Judicial no Âmbito do Processo Civil Brasileiro: Uma Abordagem de Law and Economics*. Direito, processo e análise econômica, Grupo de Estudos Avançados de Processo e Análise Econômica (GEAPAE) (org.). São Paulo: Fundação Arcadas, 2022.

ativos em tramitação¹¹ que levam, em média, 4 anos e 7 meses para sair do acervo da justiça,¹² apesar dos mais de 100 bilhões de reais gastos por ano com a estrutura judicial brasileira.¹³ Especificamente quanto a Justiça do Trabalho, o ano de 2022 viu serem recebidos 3.161.287 processos, que levam, em média, 3 anos e 7 dias para sair do acervo da justiça, com um orçamento nacional de mais de 23 bilhões de reais.¹⁴

Dentre os principais incentivos estruturais à litigância, costuma-se citar: (i) decisões que desrespeitam precedentes; (ii) pulverização do custo do processo; (iii) o baixo custo recursal; (iv) embargos de Declaração; (v) baixa aplicação de sanções processuais; (vi) morosidade; (vii) imprevisibilidade da decisão judicial; (viii) baixa especificidade das decisões; (ix) concessão indiscriminada de liminares; e (x) concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita.¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸

Por tais razões, é comum falar em “superlotação” e “tragédia” do judiciário – referência ao conceito econômico de “tragédia dos comuns”, quando a utilização de um bem público rival de forma irrestrita pelos usuários leva ao perecimento do bem.¹⁹⁻²⁰⁻²¹ Uma solução apontada por alguns é o *opt out* ao Poder Judiciário e o uso da arbitragem, uma vez que imputa custos menores associados à incerteza e à morosidade da resolução da controvérsia às partes – todavia, caso o Judiciário siga o entendimento *contra legem* que está sinalizando o STJ, tal solução pode ser colocada em xeque.

¹¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório Justiça em Números 2022, p. 104. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

¹² *Ibidem*, p. 213.

¹³ *Ibidem*, p. 81.

¹⁴ ANUÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO. ANUÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374464/RGJT.pdf/f65f082d-4765-50bf-3675-e6f352d7b500?t=1688126789237>. Acesso em: 05 jul. 2023.

¹⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 649-697.

¹⁶ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia... cit.

¹⁷ MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In: **Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. Luciano Benetti Timm (Org.). 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

¹⁸ A Justiça Estadual arrecada 63% do seu custo com custas e emolumentos, ou seja, o custo é parcialmente socializado, o que incentiva a litigância. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁹ HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science**. v. 162, dezembro, 1968.

²⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007.

²¹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. **Análise econômica do direito**: temas contemporâneos. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020, p.193 e ss.

É por isso que se entende que o método de resolução de disputas faz parte da equação econômica que justifica a contratação e, caso não respeitados os termos contratados, aumenta-se tanto o custo do negócio, especialmente dos negócios futuros que terão que precificar o comportamento fora do contrato, como o custo dos produtos comercializados ao consumidor final. Especificamente para a Justiça do Trabalho, a orientação é a saída da competência de tal especializada, determinando a remessa dos autos para a justiça comum (ou para a arbitragem) como forma de desincentivo à litigância predatória e oportunista ou mesmo para preservação do desenho das partes para o negócio jurídico, tal como veiculado pelas recentes decisões do STF decorrentes do entendimento adotado na ADC 48, *leading case* que se passa a analisar.

3 JUSTIÇA DO TRABALHO, E NÃO JUSTIÇA DO EMPREGO – ADC 48

A ADC 48 do STF acabou por se tornar um *leading case* para decisões monocráticas de ministros da Corte, por isso, ela merece uma análise cuidadosa.

A atividade de transportador autônomo de cargas é regida por lei própria (Lei nº 11.442/07), sendo pactuada por meio de contrato de prestação de serviços – ou seja é uma relação de emprego, autônoma, e não uma relação de trabalho, na qual existe subordinação. A celeuma existente decorre das similaridades que, à primeira vista, tal contrato detém com a atividade de motorista profissional – mas as similaridades ficam apenas nessa primeira vista.

O transportador autônomo de cargas assume o risco do próprio negócio, sendo responsável por todos os seus custos, itinerário e ordem de entregas, não sendo subordinado à empresa e é inscrito no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas – RNTRC, condição por meio da qual está habilitado perante as autoridades rodoviárias para a prestação de serviços. Já no caso de um motorista profissional, com carteira de trabalho assinada, a empresa é a responsável direta pelo empregado e deve garantir que ele esteja devidamente treinado e equipado para a execução do trabalho, bem como deve este comparecer na empresa sempre que convocado, cumprindo jornada e roteiro previamente determinados.

Essas diferenças podem parecer verdadeiras linhas cinzentas – que muitas vezes são ignoradas em uma justiça especializada, como a Justiça do Trabalho, seja por favorecimento de uma das partes, seja por verdadeiro desconhecimento dos melindres da atividade empresarial e da própria Lei nº 11.442/07. Isso porque tal determina, inclusive, que a atividade de transporte

de cargas pode ser feita por pessoa física (Transportador Autônomo de Cargas - TAC – art. 2º, I) ou por pessoa jurídica (Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas – ETC – art. 2º, II), sendo requisito para ser TAC comprovar ser proprietário, co-proprietário ou arrendatário de, pelo menos, 1 (um) veículo automotor de carga, registrado em seu nome no órgão de trânsito, como veículo de aluguel, bem como comprovar ter experiência de, pelo menos, 3 (três) anos na atividade, ou ter sido aprovado em curso específico.

Além disso, cria duas categorias de TAC: o agregado (aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa) ou o independente (aquele que presta os serviços de transporte de carga em caráter eventual e sem exclusividade, mediante frete ajustado a cada viagem.). Ou seja, dos requisitos utilizados pela Justiça do Trabalho para se reconhecer vínculo empregatício (subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade), todos podem, também, estar presentes na relação contratual de transportador autônomo de cargas, por disposição expressa da própria lei que regulamenta a matéria.

Justamente por conta de todas essas especificidades que a Lei nº 11.442/07 dispõe que a competência para processar e julgar eventuais controvérsias oriundas de tais contratos é da justiça comum, e não da justiça do trabalho. Não se trata de tolher o acesso de eventual reclamante à justiça – mas, sim, de preservar ao menos um estágio inicial de isenção, na qual se analisa a validade do contrato de prestação de serviços de transporte de cargas em si. Ora, em tais contratos vislumbra-se presente o princípio da autonomia privada ou da liberdade contratual, traduzido na liberdade de contratar ou não, ou seja, pelo qual ninguém é obrigado a se ligar contratualmente, só o fazendo se assim lhe aprouver.

Não são raras as vezes em que o contrato foi plenamente válido, cumprindo todos os requisitos da Lei do Transportador Autônomo de Cargas, possuindo o transportador inscrição no RNTRC, porém após o rompimento de tal contrato, sejam ajuizadas reclamações trabalhistas que pleiteiam a nulidade do contrato e o conseqüente reconhecimento de vínculo empregatício – com o pagamento de todas as verbas trabalhistas reflexas daí decorrentes.

Nessas reclamações se é discutido a existência (ou não) da chamada subordinação jurídica durante o desenrolar da relação contratual, que, para a justiça do trabalho e o princípio da primazia da realidade, é peça chave para se declarar nulo ou fraudulento eventual contrato de prestação de serviços – independentemente de inexistir qualquer fraude ou nulidade no momento da contratação.

E é justamente neste ponto que peca a justiça do trabalho, que parece que se esqueceu que é a justiça do trabalho (relações de trabalho incluem trabalho eventual ou autônomo, por exemplo) e não a justiça do emprego (relação de emprego é a que se faz presente quando há subordinação jurídica). Isso porque o desejo de um transportador autônomo de cargas, que detém veículo (caminhão) próprio, se vincular como empregado, estranhamente, somente surge com o término da relação contratual. E, mais estranhamente ainda, desaparece logo depois, pois, via de regra, o postulante judicial ao reconhecimento de vínculo de emprego torna a vincular-se em contrato de transportador autônomo de cargas com outra empresa.

Nesse contexto que se reveste de importância o decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 48, na qual a Suprema Corte entendeu ser plenamente constitucional a Lei nº 11.442/07, que regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga, autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras e afastou a configuração de vínculo empregatício. E uma vez sendo constitucional e legal o modelo da Lei nº 11.442/07, não se pode, portanto, presumir inconstitucionalidade, ou ilicitude para aferição da competência para conhecimento de eventuais disputas.

Assim, por meio da referida ADC 48, confirmada por diversas reclamações constitucionais, como por exemplo na Reclamação n. 46.069, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 4.3.2021, na Reclamação n. 43.982, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 2.3.2021 e na Reclamação n. 52.129 PE de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, firmou-se o entendimento de que, ainda que se pretenda o reconhecimento de vínculo empregatício, a competência originária dessa ação não é da Justiça do Trabalho mas, sim, da Justiça Comum.

Em que pese a Ministra Rosa Weber tenha sido voto vencido na ADC 48, tendo acompanhado a divergência apresentada pelo min. Fachin, seu voto parece convergir com o entendimento esposado na ADC 48, pois suas razões para acompanhar a divergência foram as de que a Lei nº 11.442/07, ao prever que “As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego”, obstaria o acesso à justiça para o pleito de vínculo empregatício, havendo que “[...] se resguardar o direito do trabalhador de acessar o Poder Judiciário no caso de controvérsia acerca da configuração do vínculo jurídico mantido entre as partes no cotidiano da prestação dos serviços”.

Isso porque não está sendo tolhido o acesso à justiça de eventual reclamante – esse entendimento não implica em dizer que a Justiça

do Trabalho nunca analisará alegação de vínculo empregatício no bojo de uma relação contratual regulamentada pela Lei nº 11.442/07 mas, sim, que primeiro será feita uma espécie de “jurisdição de triagem”, na qual a justiça comum analisará a validade do contrato de prestação de serviços e, apenas no caso de sua nulidade (ou seja, apenas em casos de coação ou vício de consentimento) este será declarado nulo e o processo, então, será remetido para a Justiça do Trabalho, para que esta decida sobre a existência ou não de vínculo empregatício.

Esse novo posicionamento da Suprema Corte pode ser enquadrado como uma reação à justiça do trabalho ter olvidado que é a justiça especializada e que precisa se reciclar, respirar os novos ares do século XXI, deixando de lado seus velhos dogmas do conflito capital vs. trabalho – é a mesma lógica aplicada aos casos em que a Suprema Corte, em sede de Reclamação Constitucional, cassou decisões da justiça do trabalho que reconheciam vínculo empregatício em relações de prestação de serviços médicos (Rcl 57.917), advocatícios (Rcl 59.836), de Representação Comercial (Recurso Extraordinário 606003, com repercussão geral -Tema 550) e de contratos de franquia (Rcl 57.954 e Rcl 58.333).

Assim, é importante frisar que o entendimento firmado no âmbito do precedente vinculante da ADC nº 48 se aplica aos diferentes modelos legais (e, antes, constitucionais) de arranjos contratuais, como, é o caso dos arranjos supramencionados. Pode ser enquadrado como reação à justiça do trabalho justamente para coibir essa a lógica de litigância oportunista que muitas vezes ronda as ações de prestadores de serviço que pleiteiam vínculo empregatício, que agrava a tragédia da justiça e afasta o julgador de sua posição de relevante guardião da harmonia e coerência do sistema jurídico que os precedentes do STF atacam.

Finalmente, vejamos a importância de preservação dos incentivos institucionais ao cumprimento da lei e dos contratos, conforme passamos a explorar.

4 PRESUNÇÃO DE VALIDADE DO CONTRATO E A TEORIA DOS JOGOS

Sabe-se que o agente econômico racional, mesmo que limitadamente, busca reduzir seus custos, de forma que tende a preferir um modelo de negócios, em detrimento de outro, por todas as nuances de eficiência, custos diretos e de transação que a estrutura traz para a relação. Nesse sentido, a competência material para conhecer do litígio é, certamente, considerada.

A previsibilidade acerca da competência para resolver eventual disputa tem o condão de reduzir tanto os custos de transação (por exemplo, evitando vieses distributivos de outras jurisdições²²), como os custos de oportunidade relacionados aos contratos e manter a estrutura apriorística, ou seja, não presumir fraude na relação que em uma análise ajurisdicional se enquadra nos padrões legais, favorece a formação de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento das obrigações entre as partes, de forma a maximizar os ganhos na relação entre elas, melhorando, assim, o ambiente de negócios no país.

É legítima, portanto, a expectativa de que os contratos sejam considerados válidos, em princípio, desde que celebrados dentro de um (aparente) respeito às balizas legais e é, portanto, salutar o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de tutelar constitucionalmente os diferentes modelos de organização das teias contratuais, que viabilizam a maximização das trocas, e, no fim do dia, aumentam o bem-estar social.

Esse tema é particularmente sensível nas relações em que uma justiça especializada, como a Justiça do Trabalho, justiça que é tão cara à nossa homenagem, possa favorecer uma das partes, em razão de um enviesamento da jurisdição e não das nuances específicas do caso, o que prejudica o cenário macro, é verdade, mas também o próprio prestígio da magistratura trabalhista, tão preservado pela Ministra Rosa durante suas décadas de toga laboral.

Não bastasse isso, caso atribua-se a competências diversas das aprioristicamente sem se analisar o caso, cria-se incentivos à litigância oportunista e quebra a lógica econômica da relação jurídica, à qual a competência apriorística é tão cara.

A teoria dos jogos ajuda a elucidar o tema. Este ramo da ciência econômica trata de situações que envolvem uma interação estratégica, entendida como uma situação na qual o resultado esperado do comportamento de um indivíduo depende de como os outros indivíduos irão agir, de forma a identificar, a partir de cada um dos resultados possíveis, qual é a solução para o problema decisional existente, ou seja, qual é a “estratégia dominante”.²³

No processo, os jogadores já se encontram em um ambiente cujas regras do jogo incentivam o ajuizamento de ações e a manutenção da litigância pelo maior tempo possível, assim, no jogo processual brasileiro, o indivíduo tem o incentivo de ajuizar ação e não cooperar ou seguir voluntariamente

²² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, São Paulo, 2005, p. 03.

²³ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Boston: Harvard University Press, 1998.

os termos contratados, para internalizar os benefícios da incerteza da resposta judicial e externalizar para toda a coletividade os prejuízos decorrentes desse movimento.²⁴

Fosse o caso da competência ser definida pela vicissitude e não pela presunção de validade, basta que toda e qualquer parte que objetive escapar ao contrato ou imputar custo extra à contraparte para forçar acordos e mitigar os efeitos do inadimplemento contratual alegue a existência de questão prejudicial a ser conhecida por outra jurisdição²⁵, recaindo, inclusive, em juízos de exceção e violação ao princípio constitucional do juiz natural.

Entre respeitar o contrato e litigar na jurisdição original ou seguir um regime de exceção, a estratégia dominante do contratado oportunista sempre será o ajuizamento da ação no juízo de exceção. Caso possa ajuizar ação em juízo diverso do competente aprioristicamente para conhecer de relação que se presume válida, obtendo afastamento da competência original, o contratado não só colherá os benefícios do direito que eventualmente possuir, como também se beneficiará da própria torpeza, vez que imputará custos não previstos no contrato à contraparte e poderá forçar um acordo.

Trata-se de um jogo clássico não cooperativo, haja vista que o Contratado tende a ter como estratégia dominante o ajuizamento de uma ação aventureira para imputar o custo da mudança de competência ao Contratante e fruir do benefício de tal medida. Assim, tal litigante oportunista conseguirá resultados melhores do que se cumprisse o contrato e respeitasse o princípio do juiz natural, independentemente de quaisquer outras variáveis, como probabilidade de êxito, natureza do contrato e afins.²⁶⁻²⁷

Isso não só gera um desperdício de recursos públicos, como incentivo a celebração de acordos para minimizar os riscos e os custos da litigância oportunista, premiando o comportamento oportunista, em detrimento da sobrecarga do sistema judiciário e do ambiente de negócios do Brasil – ou seja, guiando ambos os sistemas para um cenário de tragédia.

Ainda, a violação da competência apriorística e implica na quebra da lógica econômica do negócio originalmente desenhado, ameaçando não apenas a cadeia de contratos do setor²⁸, haja vista os incentivos institucionais

²⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Op. cit.*, p. 661-664.

²⁵ CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 2. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 160.

²⁶ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Op. cit.*

²⁷ NASH, John. Non-Cooperative Games. **The Annals of Mathematics**, Second Series, v. 54, n. 2, set., 1951, p. 286-295.

²⁸ Sobre instituições e incentivos, ver: NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**. v. 5. n. 1. Inverno de 1991, p. 97-112.

decorrentes da presunção de fraude para aferição de competência. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal firmou uma série de entendimentos vinculantes, acima mencionados, que, de uma maneira ou outra, orbitam em torno da validade *prima facie* das relações jurídicas firmadas dentro de um regime constitucional e legal válido, *vg.* a ADPF 342, as ADC's 48 e 66 (tendo a primeira sido explorada no capítulo acima), as ADI's 3.961 e 5.625 e o tema 725/STF.

Ainda, importante destacar que tal entendimento, dado o regime de precedentes vigentes no país, deve ser aplicado compulsoriamente por todas as Cortes do País, vez que firmado em sede de precedentes vinculantes.

Tanto é assim, que o Supremo tem reforçado esse entendimento em uma série de cassações de decisões ativistas da Justiça do Trabalho, *vg.* RCL 57.954/RJ e RCL 58.333/SP, porquanto violam os precedentes acima firmados.

É essa a lógica de litigância oportunista, que agrava a tragédia da justiça e afasta o julgador de sua posição de relevante guardião da harmonia e coerência do sistema jurídico que os precedentes do STF atacam e é justamente por isso que se presta esta homenagem aos votos e posicionamentos da Min. Rosa Weber, por tanto ter colaborado com o adequado funcionamento da justiça.

CONCLUSÕES

Se, por um lado, o regime jurídico estabelece alguns limites inultrapassáveis para a organização das relações jurídicas, por outro, dentro dos limites estabelecidos, os jurisdicionados devem respeitar a arquitetura institucional democraticamente definida pelo legislador e livremente definida pelas partes. Preservar tal arquitetura é preservar, também, a harmonia do sistema jurídico e a saúde do Poder Judiciário.

A decisão do caso ADC 48 é paradigmática e orientou inúmeras outras decisões de Ministros do STF. Ainda que a Ministra tenha sido vencida no referido caso, a decisão em si, bem como seus reflexos em outros julgados pode ensejar uma mudança de entendimento da Ministra Weber, que, pela colegialidade, já mudou de posicionamento em outras oportunidades, ensejando uma consolidação do entendimento sobre os avanços promovidos pela Reforma Trabalhista em favor de um mercado de trabalho mais dinâmico, inovador e com mais oportunidades para todos, livre de preconceitos ideológicos que marcaram a Justiça do Trabalho.

Quem sabe também, de maneira um pouco pretenciosa, os argumentos aqui trazidos não poderiam trazer uma reflexão pragmática e consequencialista,

ensejando exergar mais a “floresta do que a árvore” na metáfora tão comum aos professores de Direito e Economia?

Afinal, desconsiderar a arquitetura de determinada relação eleita, em princípio, lícita e livremente entre as partes, é desrespeitar a democracia, a Lei, diversos princípios constitucionais, precedentes judiciais e desconsiderar as consequências de tal posicionamento. E tais desrespeitos não têm encontrado guarida sob a caneta Excelentíssima Ministra Rosa que, há mais de 40 anos, tem atuado de forma técnica, ética e preocupada, de forma a merecer homenagem muito maior do que a que se faz através destas singelas notas.

Uma homenagem de acordo será Tribunais construir um arcabouço decisional que respeite as fontes do direito, os princípios constitucionais e os precedentes da Suprema Corte brasileira, a fim de prestigiar os incentivos institucionais democraticamente estabelecidos pelo constituinte e pelo legislador e livremente selecionados pelas partes e saudar a atuação da nossa homenageada na Corte máxima do país.

Por fim, espera-se que este artigo faça coro à extensa e plural contribuição da homenageada para o bom funcionamento do sistema judiciário brasileiro, notadamente na construção de uma jurisprudência técnica, realista e preocupada com as consequências das decisões, tal qual faz essa Emérita Ministra, membra natural da Suprema Corte do país.

REFERÊNCIAS

- ANUÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374464/RGJT.pdf/f65f082d-4765-50bf-3675-e6f352d7b500?t=1688126789237>. Acesso em: 05 jul. 2023.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Boston: Harvard University Press, 1998.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2022, p. 104. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.
- CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 2. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2004.
- COASE, R. H. The nature of the firm. **Economic**, n. 4, p. 386-405, 1937.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, p. 1-44, out. 1960.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. **Análise econômica do direito: temas contemporâneos**. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014, p. 163-168.
- HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science**. v. 162, dezembro, 1968.
- MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In: **Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. Luciano Benetti Timm (Org.). 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- NASH, John. Non-Cooperative Games. **The Annals of Mathematics**, Second Series, v. 54, n. 2, set., 1951, p. 286-295.
- NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**. v. 5. n. 1. Inverno de 1991, p. 97-112.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, São Paulo, 2005.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.
- TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo; MACHADO, Rafael Bicca; BENEDETE, Leonardo Maciel. O Problema da Morosidade e do Congestionamento Judicial no Âmbito do Processo Civil Brasileiro: Uma Abordagem de Law and Economics. **Direito, processo e análise econômica**, Grupo de Estudos Avançados de Processo e Análise Econômica (GEAPAE) (org.). São Paulo: Fundação Arcadas, 2022.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SEGURANÇA INSTITUCIONAL MODELO DE ANÁLISE TEÓRICO APLICADO AO MAGISTRADO

Rafael Gomes Sentone¹, Sthéfano Roberto Janata²,
Lucas Pereira Gabardo Guimarães³, Otto Luiz Marty⁴

RESUMO

O presente artigo tem como **objetivo** apresentar um modelo teórico de análise de risco e discutir sua aplicação para os magistrados. Para pensar a análise de risco que uma autoridade possa se envolver ou que venha a se colocar em risco é necessário avaliar a maior quantidade de cenários nos quais seja necessário uma intervenção e análise. O assessoramento prestado pela segurança da autoridade é essencial para o sucesso da atividade de segurança. O modelo teórico proposto está fundamentado em doutrinas de segurança policial e militar, bem como em estudos de caso divulgados pelas mídias social, impressa e televisionada que estejam atreladas a segurança de autoridades, em especial

¹ Pós Doutorando em Gestão Ambiental pela POSITIVO – 2021. Doutorado em Educação Física pela UFPR – 2021; Mestrado em Educação Física pela UFPR – 2016; Especialização em Curso de Instrutor de Educação Física. UNESPAR – 2012; Especialização em Política Pública, UNINA – 2018; Especialização em Docência do Ensino Superior. UNINA – 2019; Especialização em Tecnologias e Educação a distância. FAMEPLAN – 2022; Especialização em Tutoria em Educação a Distância. FAMEPLAN – 2022; Curso de Formação de Oficiais Policial Militar – 2009; Licenciado em Educação Física pela Unibrasil – 2014; Bacharel em Educação Física pela Unibrasil – 2016.

² PMPR: Curso de Formação de Oficiais – Turma 1997; PMPR: Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – 2016; PMPR: Curso Superior de Polícia – 2021 Bacharel em Direito pela PUC/PR - 1999-2003 Curso de Cavalaria pela PMPR – 2010 Curso de Instrutor de Arma de Fogo – 2021 Curso de Segurança de Dignitários pela Casa Militar – 2008.

³ Curso de Formação de Oficiais – Turma 2011; Bacharel em Direito pela UNICURITIBA – 2020; Pós-Graduado em Inteligência Policial - 2020; Pós-Graduado em Investigação Forense e Perícia Criminal - 2021; Curso de Introdução à Atividade de Inteligência – 2015; Curso de Operações de Inteligência – Aeronáutica/MD – 2018; Curso de Produção do Conhecimento – MJSP – 2018; Curso de Inteligência Cibernética – MJSP - 2020; Curso de Repressão ao Narcotráfico e ao Crime Organizado – UFSC – 2021.

⁴ UFPR: Bacharel em Direito – Turma 2011; UNINTER: cursando o 3º Ano de Bacharelado em História; FACEAR: Pós-Graduação em Administração Pública com ênfase em Segurança Pública – 2012; AVM RIO: Pós-Graduação em Gestão em Segurança Pública- 2015; SÃO BRAZ: Pós-Graduação em Proteção e Defesa Social – 2019; EXATA EDUCACIONAL: Pós-Graduação em Estado e Sociedade – 2022. PMPR: Curso de Formação de Oficiais – Turma 2003 (Medalha de Mérito Escolar-Bronze); PMPR: Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – 2020; PMPR: Curso de Especialização em Inteligência Policial pela PMPR – 2022; TEES – Tactical Explosive Entree School - Curso de Táticas Avançadas de Combate Urbano – 2008. UFSC/ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: Curso de Fundamentos para Repressão ao Narcotráfico e ao Crime Organizado – 2021; UFSC/ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: Curso sobre Novas Substâncias Psicoativas - 2022.

àquelas que dizem respeito à magistrados. Como pode ser observado no próprio modelo (desenho), está longe de ser algo simples e fora do primeiro escalão de gestores. Pensar organizadamente cenários em que a autoridade esteja presente e como sua segurança pode ser preservada, demanda tempo e experiência, recursos humanos e materiais, ciência e maturidade emocional para lidar com situações que podem chegar ao extremo, como a morte.

Palavras chave: polícia militar; segurança pública; magistrados; judiciário.

INTRODUÇÃO

A segurança pública compõe um dos pilares importantes abordados pelos poderes do estado, sendo uma das vertentes mais sensíveis de atuação junto a sociedade. De acordo com Costa (2010, p. 132) a segurança pública é o “conjunto integrado e otimizado envolvendo instrumentos de coação, justiça, defesa dos direitos, saúde e social. O processo de segurança pública se inicia pela prevenção” demonstrando a complexidade das atividades que envolvem os diversos órgãos de segurança, tais como as polícias civis, militares, penais, judiciárias, guardas municipais, etc. Dentre estas atividades se destaca a de segurança de autoridades, sejam elas de qualquer natureza, que compreendem pessoas que exerçam cargos públicos como governadores, presidentes de câmaras legislativas, comandantes das forças armadas, polícias e corpos de bombeiros militares, eclesiásticos e chefes dos poderes judiciários (AGIBERT, 2017, BAHIA, 2022) até empresários ou pessoas que julguem necessário possuir segurança.

No cenário da política contemporânea se fazem observados os servidores e magistrados do poder judiciário, tendo em vista os acontecimentos recentes nos níveis federal e estadual de depredação das instalações físicas ou das pessoas (G1, 2023, CORREIO BRAZILIENSE, 2023). Para Silva (2013) a estrutura do sistema de segurança do judiciário é deficitária nos aspectos de orçamento disponível, disposição de recursos humanos e materiais, tais como equipamentos e novas tecnologias, assim como a formatação do órgão público em dispor das estruturas de segurança pública estarem atrelados ao Estado, não possuindo autonomia. O autor aponta ainda que centenas de ameaças a juizes são registrados todos os anos, chegando a alguns casos em que se concretizam lesões e até mortes.

De acordo com dados reunidos pelo Conselho Nacional de Justiça (2018) a segurança do judiciário apresenta, num cenário nacional, algumas fragilidades como falta de muros, cercas elétricas, pórticos detectores de metais, câmaras de segurança e raio x, controle de acesso, permanência e circulação

de pessoas. Já sobre a presença de agentes de segurança, a polícia militar é a que mais está presente nas unidades judiciárias, sendo complementada por vigilantes terceirizados.

Com este quadro o Conselho Nacional de Justiça (2021) passou a regulamentar e regular o sistema nacional de segurança no âmbito do poder judiciário, por meio do Sistema de Segurança do Poder Judiciário (SINASP), tendo como premissa a promoção de condições adequadas de segurança, aplicação de recursos na atividade de inteligência, possibilitando que magistrados e servidores exerçam em plenitude suas atividades. No universo de autoridades destacam os magistrados do judiciário estadual que são auxiliados pelas assessorias militares, especificamente por policiais que realizam a coordenação de segurança ou também conhecidos como ajudantes de ordem.

Na coordenação das atividades de segurança o ajudante de ordens é responsável por organizar e planejar os roteiros e itinerários das autoridades, fornecer informações relevantes para cada agenda, prever e simular situações possíveis de risco (AGIBERT, 2017, BAHIA, 2022). A segurança de dignitários, como é conhecida, também se destaca nas forças armadas (RIBEIRO FILHO, 2019) e estrangeiras (HAJJAR, 2015) atuando como um setor inibidor e pré-ativo na ocorrência de fatos em desfavor de autoridades. De acordo com a legislação estadual (PARANÁ, 2010) compete à polícia militar fornecer força policial em apoio ao Ministério Público e Poder Judiciário nas execuções de assistência militar, segurança e transporte de dignitários.

Para dar vida a esta atividade não se deve prescindir a elaboração sistematizada de um planejamento de segurança que leva em consideração diversos fatores que se alteram frequentemente, findando com os achados de Racorti (2014) de que a atividade de segurança de dignitários deve se desenvolver continuamente, aliando novas perspectivas contemporâneas da atividade, assim como métodos de atuação eficazes.

Nesta perspectiva de atuação e levando em consideração o campo e peculiaridade da segurança de autoridades junto ao poder judiciário o presente artigo tem como **objetivo** apresentar um modelo teórico de análise de risco e discutir sua aplicação para os magistrados.

1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo é de cunho exploratório, realizado por meio de revisão bibliográfica, em documentos e bibliografias (MARCONI e LAKATOS, 2003). Foram utilizados como descritores para a construção do modelo teórico: autoridade, dignitários, segurança, pública, proteção, assim como os respectivos termos no idioma inglês: *authority, dignitaries, security, public, protection*.

O modelo teórico proposto está fundamentado em doutrinas de segurança policial e militar, bem como em estudos de caso divulgados pelas mídias social, impressa e televisionada que estejam atreladas a segurança de autoridades, em especial àquelas que dizem respeito à magistrados. Soma-se aos estudos identificados a experiência profissional dos pesquisadores que juntas somam mais de trinta anos, seja nos poderes executivo, legislativo e judiciário estadual, além da atuação em secretarias de estado e instituição policial militar.

2 MODELO TEÓRICO

Para pensar a análise de risco que uma autoridade possa se envolver ou que venha a se colocar em risco é necessário avaliar a maior quantidade de cenários nos quais seja necessário uma intervenção e análise. O assessoramento prestado pela segurança da autoridade é essencial para o sucesso da atividade de segurança, conforme apontado por Hajjar (2015) ao descrever os principais fatores que implicam na atividade das assessorias militares. O autor ainda cita que a atividade de assessoramento é uma missão primária, sendo imprescindível a experiência na área, muito em razão das características dos agentes saberem lidar com indivíduos de diferentes campos (político, educacional, militar, judiciário, legislativo, civil, etc.), possuir recursos para beneficiar as atividades tal como o uso de tecnologias, em especial as de informações.

O estudo de caso ou de situação ou de cenário leva em consideração fatores como local, pessoais, clima, ambiente, risco e inteligência (BAHIA, 2022). Como é apontado por Ribeiro Filho (2019) a atividade de segurança de dignitários leva em consideração, ainda, os riscos internos e externos de uma nação e suas autoridades, corroborado com os achados de Magalhães (2018) de que a segurança pessoal enquanto atividade reside no compêndio de conhecimentos de diversas ciências, construídos a partir de fatos e acontecimentos, reunido modelos para implementação da referida atividade, fundamentados numa dada realidade.

Posto os indícios apontados pelos referidos autores, bem como o diagnóstico de segurança institucional do poder judiciário (CNJ, 2018), fatores que envolvem a segurança de autoridades (MEDINA, 2017), a segurança interna como vértice da análise de risco (LOURENÇO, 2015) e casos que envolvam atentados em desfavor de magistrados (SILVA e FERNANDES, 2013) culminamos no modelo a seguir:

MODELO TEÓRICO DE ANÁLISE DE RISCO ENVOLVENDO AUTORIDADES

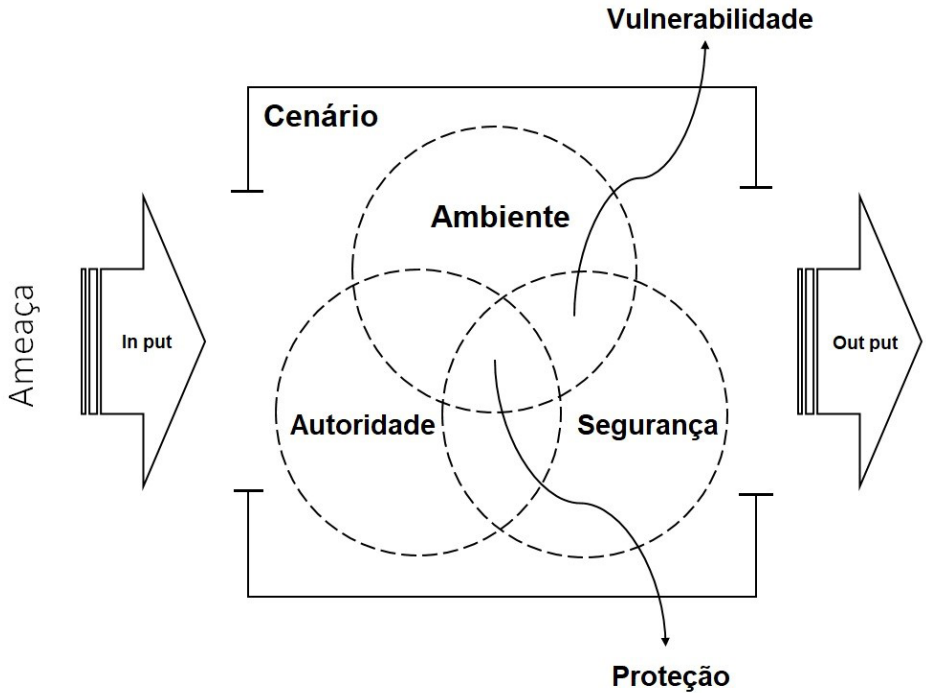


Figura 1. Modelo teórico de análise de risco. Fonte: Sistematizado pelos autores (2023).

A partir deste modelo será apresentado cada um de seus componentes, alinhados às preocupações devidas quando a atividade de segurança de dignitários. Nesse sentido, destaca-se a definição da **análise de riscos** como sendo o conjunto de procedimentos que identificam, quantificam e analisam ameaças e vulnerabilidades aos ativos da Segurança Pública e da defesa social, elaborada com a finalidade de apontar alternativas para mitigar e controlar os riscos. Assim, o processo de gestão de riscos deve permear toda a organização, os seus processos ou áreas específicas, proporcionando-lhe diversas vantagens, visto que aumenta a probabilidade de se alcançarem os objetivos, estabelecendo base confiável para planejar e tomar decisões; melhora a identificação de oportunidades e de ameaças; favorece uma gestão proativa; minimiza a ocorrência de surpresas e de perdas; melhora a prevenção de incidentes; melhora os controles; permite a utilização, com maior eficácia, dos recursos material e humano; melhora a eficácia e a eficiência operacional; aumenta a capacidade de resiliência da organização; preserva os ativos da instituição e melhora a governabilidade.

3 AUTORIDADE

Para o presente estudo definiremos autoridade como sendo a pessoa que detém notoriedade pública em razão de exercer alguma função ou possuir posição de relevância social ou política, normalmente associada a noção do exercício de algum tipo de poder, seja ele normativo ou simbólico.

Ao longo dos tempos, diversos pensadores se debruçaram sobre o tema que envolve a autoridade e o exercício de seu poder. Por exemplo, para Bobbio, Matteucci e Pasquino (2018), ela seria exercida na crença da legitimidade do poder, ou seja, na obediência por um grupo que aceita essa relação por participarem da mesma conjuntura social e política.

Em linha geral a existência da autoridade se justificaria pela aceitação originária, por um poder estabilizado, de uma relação em que um polo exerce o poder de mando e o outro se subordina ao seu acatamento – dualismo autoridade-súdito. Naturalmente, tal poder não seria ilimitado, mas autorizado e regulamentado por uma lógica anterior, normalmente pela lei ou por costumes.

Nessa concepção, podemos estabelecer a existência de diversas categorias de autoridades, dentre as quais se destacam: as autoridades civis, militares, eclesiásticas e políticas, que detém, em variados níveis, uma certa parcela de poder no contexto social, cambiando entre a influência do mando por coação legal ou pelo simbolismo do status que ocupam.

Para Max Weber (1981) a autoridade legítima seria dividida em três categorias: a tradicional, a carismática e a racional-legal. Para ele, a autoridade se daria de modo diferente em cada tipo de sociedade, determinando o grau de probabilidade de que as ordens emanadas por ela sejam acatadas.

Na autoridade tradicional a obediência se daria por mero hábito ou comportamento rotineiro. No segundo caso, a autoridade carismática se pautaria por critérios de afeição e dedicação dos receptores das ordens emanadas. Por fim, na autoridade racional-legal, a relação de ordem e aceitação se daria num sistema burocrático e jurídico, impulsionando os indivíduos ao respeito por uma forçosa imposição do sistema sócia-legal, mesmo que não as aceitem individualmente, mas coagidas a aceita-las de modo incondicional.

Nesse diapasão, definido o conceito e a forma de sua relação no seio social, podemos entender que tais pessoas possuem uma relevância profunda no meio em que irradiam suas atuações. Isso invariavelmente acaba por trazer à baila uma série de exigências normativas que assegurem o pleno exercício de suas atividades, livres de condutas ofensivas que inviabilizem ou prejudiquem a lógica de sua existência.

A vida em sociedade revela uma série de antagonismos entre o papel exercido pelas autoridades e determinados indivíduos ou grupos que acabam

externando seus descontentamentos ou frustrações contra os detentores de poder, podendo variar na intensidade das ações, desde simples ataques verbais até atos contra a incolumidade dos dignitários.

Disso, advém a necessidade de o Estado constituir mecanismos próprios que tenham por função a estruturação de um complexo corpo de segurança específico às autoridades, garantindo maior liberdade e tranquilidade para consecução de suas atividades regulares.

Tais órgãos de proteção foram evoluindo e se especializando com o decorrer dos tempos, muito baseado na necessidade de se adaptarem à noção da existência da figura da autoridade, a qual como já dito, possui uma série de atributos de função que os difere em diversos aspectos da média do restante da sociedade.

Nesse panorama, se torna imperioso que a atividade de segurança de dignitários tenha como uma de suas premissas basilares o máximo de conhecimento das peculiaridades da autoridade protegida, com o intuito de melhor preparo diante das expectativas da mesma e na previsibilidade de suas ações diante de todo o tipo de acontecimentos que possam vir a ocorrer.

Impõe-se, então, que as agências de segurança tenham plena ciência de aspectos de ordem legal, comportamental e todas as variáveis que decorram da figura da pessoa protegida e que de qualquer maneira possam influenciar na tomada de decisão, nos três níveis de direção organizacional: estratégica, tática e operacional.

Do campo de vista normativo existem uma série de institutos jurídicos que estão intimamente ligados à ideia do exercício da autoridade, notadamente no campo político, como por exemplo questões atinentes às imunidades, prerrogativas, exercício do poder hierárquico e outros que são de necessário conhecimento pelos agentes no momento da atuação de provimento de segurança.

Sob a ótica da personalidade humana é necessário enxergar que as autoridades não possuem uma unicidade e singularidade de comportamentos, variando nos diversos níveis as suas ações, o que pode fragilizar ou facilitar as condições de segurança pessoal a que estão inseridos.

Portanto, é fundamental que os integrantes de segurança tenham pleno conhecimento técnico das especificidades normativas que circundam a autoridade protegida. E, ainda, que diante do perfil comportamental do VIP (*Very Important Person*), sejam capazes de antever atitudes e ações diante de uma infinidade de cenários, buscando com isso, ajustes e operacionalizações de medidas tendentes a diminuir riscos na execução da missão.

Ainda, há de se ter uma sincronia entre os meios de proteção (conjunto de ações e recursos) e o perfil da autoridade, de modo que a o planejamento e a execução estejam equilibrados para que as decisões de cunho pessoal dos dignitários não inviabilizem ou prejudiquem os procedimentos de segurança.

Em apertada síntese pode-se indicar algumas ferramentas que podem facilitar na composição de um perfil comportamental da autoridade a ser protegida, por exemplo o método DISC (*Dominant* – Dominância, *Influence* – Influência, *Steadiness* – Estabilidade e *Compliance* - Integridade), que tem como escopo identificar traços comportamentais com predominância em cada indivíduo.

Ainda, pode-se traçar um perfil histórico da autoridade em relação a fatos notórios em que apresentou uma certa tendência comportamental e em suas exposições de ideias e que podem servir de parâmetros à agência de segurança prever o seu modo de atuação, bem como possíveis flexibilizações de procedimentos frente ao cenário a ser enfrentado.

Ao termos uma base dessas tendências de determinada autoridade pode-se melhor clarear o processo decisório e o planejamento de segurança para a autoridade em específico, afastando os improvisos e o amadorismo na atuação *in concreto*.

Dessa análise é possível chegar a algumas conclusões acerca da autoridade que serão importantes para definição do modelo de segurança a ser operacionalizado como, por exemplo, definir:

- O comportamento da pessoa de acordo com o ambiente;
- Os pontos fortes e fracos do caráter e da personalidade da pessoa;
- O conhecimento que ela traz;
- A imagem que a autoridade tem de si mesma;
- Como a pessoa reage a outros tipos de pessoas.

Ainda, podemos somar aos atributos da autoridade normativo e de personalidade as seguintes sub variáveis com relevância temática como padrão e conduta social (*hobby*, vida social ativa, família, origem, bens materiais, exposição à mídias sociais, etc.), limitações de toda natureza (física, mental, emocional), influências externas que impactam nas decisões da autoridade (família, amigos, opinião pública, desafetos, mídia), assim como a própria importância da posição que legitima a condição da autoridade (influência política, rotinas, locais de atuação).

Portanto, deixar de ter conhecimento acerca de particularidades que cercam a vida da autoridade leva invariavelmente a erros de análise de decisões e em dificuldades de sintonia com a mesma, que diante de equívocos ou falta de sensibilidade por parte do corpo de segurança se afasta da mesma e se expõe ainda mais ao risco em sua proteção.

As presentes características revelam que ao tomar como autoridade um juiz em sua comarca ou até mesmo um desembargador, que podem estar em suas seções de julgamento, eventos políticos municipais, estaduais

ou federal, até a saída de suas residências para o trabalho ou uma viagem no território de sua comarca, exigem do coordenador de segurança um reflexão para construir cenários possíveis da segurança daquela autoridade e consequente das ações que podem ser tomadas, nivelando-as numa escala de eficácia (menor custo, menor tempo e maior efetividade). A autoridade se traduz no ponto nevrálgico da análise de risco, tendo em vista que o modelo só existe a partir dela, independente da pessoa, mas da posição que ocupa naquele cenário.

4 SEGURANÇA

Para Bazote (2016) segurança é a percepção que se tem quando do emprego de recursos humanos e tecnológicos, capacitados e específicos, agregando ainda o estabelecimento de normas e procedimentos a fim de proporcionar um estado de ausência de risco.

Em uma primeira análise da definição, pode-se compreender que o termo “segurança” sugere uma prática que visa garantir uma sensação de ausência de ameaça. Seja qual for o tipo de ameaça, a segurança visa afastar ou diminuir o risco de dano de qualquer natureza (RODRIGUES, 2017).

Dentro do aspecto segurança existe o agente que proporciona a segurança efetivamente por suas ações. É necessário diferenciar o Ajudante de Ordens do Coordenador de Segurança, Ajudante de Ordens do Sombra e Coordenador de Segurança do Sombra.

A definição que deve ser usada do Ajudante de Ordens está prevista na legislação federal (BRASIL, 1964) sendo o oficial posto à disposição de uma autoridade militar no desempenho de suas funções. No estado Paraná, tal atribuição tem duas previsões legais, sendo uma que referênciam as atribuições da Casa Militar junto ao Chefe do Poder Executivo (Lei nº 19.848 e o Decreto nº 2.680, ambos de 2.019) e o Decreto nº 7.339, de 08 de junho de 2.010, que relaciona a função ao assessoramento do Comandante-Geral da Polícia Militar do Paraná.

Para facilitar os estudos, o **Ajudante de Ordens** faz o assessoramento da autoridade e não está relacionado as outras variantes de pessoas muito importantes (dignitários sentido estrito).

Diferentemente, o **coordenador de segurança** faz a segurança pessoal e aproximada do dignitário, muitas vezes sendo uma única pessoa, ou, por outras vezes, coordenando uma equipe.

Por fim, o papel do **Sombra** faz a segurança pessoal e aproximada do dignitário e é o agente de segurança mais próximo da autoridade, cujo seu objetivo principal é proteger de imediato e retirar a autoridade mediatamente.

A partir do Agente de Segurança (AgS) começa a definir o que vem a ser uma **equipe de segurança pessoal**. A utilização do termo agente de segurança é genérica, referindo-se a quaisquer integrantes da equipe de segurança. Esta denominação serve para diferenciar do conceito do “elemento de segurança”, que é utilizada para designar outras pessoas envolvidas eventualmente em esquemas de segurança da autoridade e que não fazem parte da equipe de segurança pessoal.

O agente de segurança é a pessoa responsável por garantir a integridade física, psicológica e moral de uma determinada autoridade e tem a incumbência de proteção pessoal desta. Pode atuar sozinho e em grupo. Em linhas gerais o Grupo de Segurança Aproximada (GPS) é formado por vários indivíduos em diferentes funções sendo, “Sombra”, “Mosca” ou “PPO - *Personal Protection Officer*, Agentes de corpo, Agentes periféricos, Agentes de proteção fixa, Agentes de proteção móvel, Agente de segurança atípico, Chefe de Equipe ou Coordenador de Segurança.

A segurança será estabelecida de acordo com o tipo de ambiente e autoridade em determinada situação, podendo haver mais agentes de segurança ou menos, maior quantidade de veículos, armamento e equipamentos, visando sempre proteger a integridade da autoridade. Como exemplo citamos uma situação hipotética na qual o presidente do Tribunal de Justiça participará de um evento público numa cidade do Paraná. O coordenador de segurança, juntamente com sua equipe, deve orquestrar o esquema de segurança a partir de duas naturezas (interna e externa).

Para o planejamento da segurança de natureza interna deve-se responder a algumas perguntas como: Que local amanhã a autoridade irá? Quais são os horários dos eventos de amanhã? Qual é o tipo de evento? É necessário neste evento ser realizado uma vistoria no local? A autoridade irá sozinho? Terá comitiva junto com a autoridade? Qual a distância da residência (local que está) da autoridade ao primeiro evento de amanhã? Será necessário qual tipo de meio de transporte?

Já para o planejamento da segurança de natureza externa deve-se responder às perguntas: Há sala para acomodação da autoridade? No local do evento, onde se posicionará a autoridade? O público presente no evento é simpático a autoridade? Há a possibilidade de ocorrer alguma manifestação negativa em relação a autoridade? Qual o traje que será utilizado no evento? Por onde chegará e sairá a autoridade? Onde permanecerão os veículos? Haverá pronunciamento da autoridade ou de outra? Será oferecido algum presente a autoridade?

As perguntas são respondidas no plano teórico e posteriormente são ratificadas seguindo um procedimento de reconhecimento do local onde

a autoridade estará, desde a saída, itinerário, chegada, permanência, vias de fuga e retorno. A **tríade: ambiente, segurança e autoridade** resultará no trabalho propriamente dito de análise de risco e o cenário que será criado para que haja um trabalho de segurança. Neste sentido é que, independentemente de quaisquer condicionantes, todos os fatores devem ser levados a sério, abordados com critérios estabelecidos, e jamais sobrepujados um pelo outro, tendo em vista que um elemento analisado de maneira superficial pode ocasionar a pior situação quando se aborda a proteção de autoridades, que é atingir a autoridade.

Nestes casos, a vulnerabilidade dos magistrados, por exemplo, se estende para além do cenário (a seção de julgamento), abrangendo o retorno da autoridade para a residência, até mesmo seu acompanhamento por um período prolongado de dias ou semanas, em razão da permanente comoção social que o resultado do julgamento poderá provocar.

5 AMBIENTE

O ambiente é o conjunto de forças, tendências e instituições – externas e internas – de um objeto analisado. Ele é capaz de influenciar o desenvolvimento e o modo como as coisas irão ocorrer como um todo.

Dessa forma é importante que o diagnóstico esteja embasado na avaliação e compreensão do ambiente interno e externo da organização, pois é por meio dessa análise que se torna possível a identificação do risco. A matriz SWOT (*Strengths* - pontos fortes, *Weaknesses* - pontos fracos, *Opportunities* - oportunidades para o negócio e *Threats* - ameaças para o negócio) (COSTA JUNIOR *et al.*, 2021) permite a percepção dos fatores de influência e suas respectivas ameaças e vulnerabilidades, extraídas desse diagnóstico e servindo de base para a identificação do risco

O ambiente a que uma autoridade pode estar envolta diz sobre a possibilidade de grande interação com o ambiente externo (social, econômico, geográfico, histórico, jurídico-legal, institucional) e o interno (processos, organizacional, recursos humanos), estando num contínuo processo de adaptação e modificação estrutural.

O ambiente externo não se restringe ao local físico, mas sobre o estado de ânimo das pessoas que estarão presente. Quando a autoridade for ao local, a análise de risco levará em conta se o ambiente pode ou não ser hostil àquela autoridade ou se no local haverá outras autoridades que a coloquem em ambiente hostil. As motivações sociais podem ser de natureza: política, econômica, mercenária, psicológica, ideológica, religiosa, pessoal e racial, levando em consideração esta ambiência de todos as pessoas presentes.

Ainda sobre o ambiente, tem-se em perspectiva o terreno, considerando nos níveis macro, meso e micro. Como exemplo citamos a inauguração da construção de um novo fórum na cidade de Goioerê/PR, meses antes das eleições municipais. O terreno diz respeito ao estado do Paraná, numa cidade de pequeno porte (população pequena), de expressão econômica na região, sem favelas, na região central da cidade, com a presença de políticos e empresários locais, aonde haverá pessoas presentes envolvidas por comoção política, econômica, pessoal e ideológica. Percebam que o cenário, apesar de simples, pode demonstrar uma complexidade sob o ponto de vista da análise de segurança que extrapola o simples ato de deslocar até a cidade para subir ao palanque, mas perpassa pelo planejamento teórico e prático de planejar e conjecturar resultados a partir do *in put* (ameaça), alocados naquele ambiente, com a presença da autoridade, aportando segurança necessária para que haja um *out put* sem consequências.

6 VULNERABILIDADE

As vulnerabilidades, por sua vez, são as características do ativo que facilitam a concretização da ameaça. É a suscetibilidade de o ativo sofrer ataque, a fraqueza do bem crítico a ser protegido. Ocorrem em situações internas da organização e devem compor o campo “pontos fracos”, da matriz SWOT (COSTA JUNIOR *et al.*, 2021). Considerando que a vulnerabilidade é a percepção que se faz diante da ameaça, dos pontos fracos que compõem o contexto interno da organização, trata-se de uma variável com alta possibilidade de mitigação por parte da instituição.

Entende-se como “Vulnerabilidade” uma deficiência presente ou associada a pessoas, áreas e instalações, material, documentação e suportes de informação que pode ser explorada por uma ameaça.

As Vulnerabilidades são classificadas em **baixa, média e alta**, por meio de levantamentos de campo, baseado no Memento de Vulnerabilidades previsto na Norma ABNT NBR ISO/IEC 31010:2018, de acordo com a análise realizada em campo, e o quanto aquele ponto observado está ou não vulnerável.

<p>MÉDIA DE VULNERABILIDADE POR CATEGORIA</p> <p>Σ NOTAS ITENS CATEGORIA Nº ITENS CHECADOS</p>
<p>FATOR DE VULNERABILIDADES</p> <p>Σ NOTAS MÉDIAS DE VULNERABILIDADES DAS CATEGORIAS Nº DE CATEGORIAS</p>
<p>FATOR DE VULNERABILIDADES PERCENTUAL</p> <p>Σ NOTAS MÉDIAS DE VULNERABILIDADES DAS CATEGORIAS X 100 Σ NOTAS MÁXIMAS</p>
<p>% VULNERABILIDADES POR CATEGORIA</p> <p>100X NOTA MÉDIA DE VULNERABILIDADE DA CATEGORIA Σ NOTAS MÉDIAS DE VULNERABILIDADES DAS CATEGORIAS</p>

O quanto um cenário pode se apresentar vulnerável ditará o quanto a segurança deverá atuar para proporcionar a segurança do evento. Uma seção de julgamento no órgão especial do TJPR, que ocorre no 12º andar do Palácio, aonde qualquer pessoa precisa passar por detectores de metal, setor de identificação e vigilância, apresenta baixa vulnerabilidade. Neste caso hipotético, a segurança direcionada para o cenário desenhado é composta por poucos agentes de segurança que estarão no local para garantir que a presença do agente iniba possíveis atentados, sejam eles físicos ou verbais.

Por outro lado, o julgamento de casos que envolvam comoção social (tais como mortes violentas), tais como júri popular, em comarcas menores, com a presença da imprensa, familiares e mídias sociais, pode apresentar uma vulnerabilidade maior, seja pelo nível de acesso ao fórum, seja pela quantidade de pessoas que possuem interesse no resultado da sentença. Neste cenário hipotético a segurança deverá ser muito maior, pois além da vulnerabilidade, o ambiente externo (político, social e religioso) indica que os elementos de segurança deverão estar mais presentes, seja pela presença de agentes de segurança, maior controle de acesso, contenção de pessoas no local, etc.

7 AMEAÇA

Os conceitos de ameaça e risco estão interligados entre si e, dentro da segurança de dignitários, caracterizam pela sua complementação. O dicionário define **ameaça** como sendo “Aceno, gesto, sinal ou palavra cujo o fim é advertir

ou atemorizar [...]”, “Ato delituoso pelo qual alguém, verbalmente ou por escrito, por gesto ou por qualquer outro meio simbólico e inequívoco, promete fazer injustamente um mal grave a determinada pessoa. [...] ou o “Prenúncio de qualquer coisa má; ameaça: Ameaças de tempestade. Já o **risco** com sendo a: “Possibilidade de perigo, que ameaça as pessoas ou o meio ambiente [...]”, Probabilidade de prejuízo ou de insucesso em determinado empreendimento, projeto, coisa etc. em razão de acontecimentos incerto, que independe da vontade dos envolvidos, Incidente que acarreta indenização, em contratos de seguro. (MICHAELIS, 2015)

A **ameaça** é uma ação adversa (ou a possibilidade dela ocorrer), expressa por vontade de um ator hostil objetivando suplantar as medidas de segurança com consequências negativas para a instituição ou seus integrantes (CARON; VANI, 2019).

A **ameaça** está relacionada diretamente a perigo, a intimidação. O **risco** seria a possibilidade concreta ou não, de acontecer algo perigoso. Destas definições se conclui que: **as ameaças são o perigo e os riscos são a probabilidade da ameaça acontecer.**

Grande parte das ameaças advém do perfil da autoridade, do cargo ou função que ela exerce e do papel que ela desempenha perante a sociedade. Neste caso, o conceito está direcionado a autoridade, mas valeria também para um dignitário, como por exemplo, um magistrado. A ameaça estaria também relacionada ao perfil deste, ou o papel que eles podem ou representam.

Outro exemplo, é durante as campanhas para Governo dos Estados. Os políticos candidatos tendem a visitar feiras, festas, eventos, dentre outros e por muitas vezes acabam se encontrando nestes locais. Muitas vezes, estes candidatos são políticos que se conhecem e na maioria dos casos se respeitam. Contudo, supostamente, existem casos em que estes são inimigos pessoais e estão no mesmo evento. A ameaça (perigo) estará muito próxima da autoridade que se faz a segurança, cabendo a equipe, avaliando os riscos (probabilidade) evitar o encontro, como por exemplo, desviando/alterando o caminho ou acertando com o responsável pelo evento e/ou cerimonial da autoridade, a mudança de horário da visitação.

Pode caracterizar seis tipos principais de ameaças:

TABELA 1 - TIPOS DE AMEAÇAS. SISTEMATIZADO PELOS AUTORES (2023)

AMEAÇA	DEFINIÇÃO
Organização Criminosa	Considera-se Organização Criminosa a associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. São reconhecidas orquestradas por pessoas que por seu elevado grau de instrução, habilidade, eloquência, desvirtuabilidade, criatividade ou coragem realizam os mais diversos tipos de infrações penais, não tendo como balizador moral a pessoa, empresa ou instituição a defraudar.
Servidor Insatisfeito	O servidor pode estar insatisfeito por diversos fatores, podendo ser citado o descontentamento com a remuneração, com o ambiente físico do trabalho, com pessoas com as quais convive durante suas atividades laborais, com o tratamento que recebe de seus superiores ou pares ou até mesmo por estar decepcionado com as atividades que desempenha. Este servidor considera-se uma ameaça, pois pode facilmente destruir, alterar ou facilitar o acesso a informações sigilosas ou até mesmo a estrutura física onde atua; bem como furto ou danificar equipamentos e materiais, causando sérios danos à imagem institucional e ao desempenho das atividades laborais.
Criminalidade Comum	Abrange os crimes que podem ser praticados por qualquer pessoa, penalmente responsável, que lesa bem jurídico. Os crimes comuns são os crimes que não se encaixam em tipos especiais, e podem atingir os membros, servidores e estagiários, e a instituição independente do que representam. Os autores, nesse caso, cometem o ato que é proibido por lei, com escopo apenas monetário, sem interesse nas informações/materiais sigilosos e importantes que o TJPR e seus integrantes dispõe. Como exemplos, cita-se: roubo, furto, ameaça, agressão, estelionato.
Acidentes/ Eventos Naturais	Os acidentes, que podem ser uma queda, um incêndio, dentre vários outros, provavelmente ocasionarão diversos resultados, conforme a situação do acidentado e a gravidade, podendo gerar apenas um atendimento médico, incapacidade temporária, incapacidade permanente ou até mesmo o óbito do colaborador. Os eventos naturais, tais como chuva, granizo, ventos fortes, raios, podem causar danos a integridade física e moral das pessoas, bem como comprometimento, inutilização ou destruição de equipamentos e documentos, podendo ser citado como exemplo uma infiltração originada por uma forte chuva, que venha atingir um equipamento ou molhar um arquivo de documentos físicos.
Ausência de Cultura de Segurança	Inexistência ou carência de um conjunto de atitudes e costumes compartilhados por um grupo de pessoas e planejado para diminuir e evitar determinados riscos. A cultura de segurança abrange, além dos perigos físicos, os cuidados com informações importantes que não podem ser comprometidas pelos membros, servidores e estagiários da Instituição. É falta de conhecimento profundo do funcionamento e rotina da Instituição, sem estabelecimento de atitudes corretas de prevenção. Esta cultura precisa ser enraizada em todos os colaboradores, tornando-se realmente instintiva e automática.
Ataques Cibernéticos	É a tentativa de roubo de dados ou invasão de um sistema de computador para lançar ataques extras, tendo como alvo organizações empresariais ou governamentais. Para isso, famosos hackers e cibercriminosos tentam destruir ou inutilizar uma rede ou sistema com fraquezas operacionais. Quando voltado para empresas, a intenção é lucrar com pedidos de resgate dos dados. Dentre esses ataques os mais conhecidos são; DDoS Attack. Phishing. Ransomware e Malware.

As ameaças apontadas incidem sobre os ativos estabelecidos, e cada uma recebeu uma nota, tomando por base os critérios de **motivação, capacidade e acessibilidade**, conforme segue:

TABELA 2 - AMEAÇAS

Motivação/Capacidade/ Acessibilidade	nota
Baixa Motivação/Baixa Capacidade, Acessibilidade	1
Alta Motivação/Baixa Capacidade, Acessibilidade	2
Baixa Motivação/Alta Capacidade, Acessibilidade	2
Alta Motivação/Alta Capacidade, Acessibilidade	3

TABELA 3 - MOTIVAÇÃO E CAPACIDADE

Motivação ↑	Alta Motivação Baixa Capacidade, Acessibilidade	Alta Motivação Alta Capacidade, Acessibilidade
	Baixa Motivação Baixa Capacidade, Acessibilidade	Baixa Motivação Alta Capacidade, Acessibilidade
	Capacidade/ Acessibilidade →	

Para a valoração das ameaças diante dos ativos, devido ações adversas consequentes, utiliza-se a seguinte fórmula:

<p>FÓRMULA DE VALORAÇÃO DA AMEAÇA</p> <p>MOTIVAÇÃO + CAPACIDADE + ACESSIBILIDADE</p> <p>3</p>
--

Com este cenário verifica-se que o simples fato de uma pessoa entrar nas instalações de um fórum ou tribunal para assistir a uma seção de julgamento, ou de pessoas estarem nas ruas para acompanhar um evento público, assim como levar a autoridade no aeroporto ou acompanhá-la a um estabelecimento comercial como farmácia e supermercado, envolve a análise de diferentes tipos de ameaça, ambientes, vulnerabilidades, riscos e consequentemente procede resultados ainda mais diversos sobre as medidas de segurança a serem tomadas pelos agentes de segurança.

CONSIDERAÇÕES

A partir do objetivo proposto neste estudo em apresentar um modelo teórico de análise de risco e discutir sua aplicação para os magistrados, chega-se ao ponto central do modelo de análise teórico que é o resultado de todos os fatores presentes, sendo a atividade de proteção propriamente dita. Pensar a atividade de segurança de autoridades vai além de olhar para as pessoas que responderão por estas funções, mas o quão capacitado está para desempenhar a atividade.

Como pode ser observado no próprio modelo (desenho), está longe de ser algo simples e fora do primeiro escalão de gestores. Pensar organizadamente cenários em que a autoridade esteja presente e como sua segurança pode ser preservada, demanda tempo e experiência, recursos humanos e materiais, ciência e maturidade emocional para lidar com situações que podem chegar ao extremo, como a morte.

O modelo teórico apresentado não se esgota neste estudo, tendo sido arguido os principais pontos de cada elemento, havendo discussões no plano teórico necessários para melhor compreensão e esclarecimento dos procedimentos possíveis de serem adotados, o que resultará em futuros estudos mais detalhados.

Sob outro viés o presente modelo pode ser o espelho para a análise de cenários não observados na literatura, demonstrando a expressão de uma forma embrionária de segurança voltada às autoridades, em especial a atividade de segurança de dignitários, desempenhada em quase sua totalidade pelas polícias militares em todos os estados do Brasil. Neste diapasão é que o modelo teórico pode ser utilizado não só para cenários que envolvam magistrados, mas para quaisquer autoridades.

REFERÊNCIAS

- AGIBERT, C. **Segurança executiva e de autoridades**. Inter Saberes, Curitiba, 2017.
- AGIBERT, C. **Gestão de proteção e vigilância patrimonial**. Contentus, Curitiba, 2019.
- ARAÚJO, I. L., CARVALHO, T. A. **Coordenadoria de segurança do gabinete civil do estado do Rio Grande do Norte**. Um estudo e proposta de regulamentação das atribuições e competências. Monografia (81 f.). Academia de Polícia Militar Cel Milton Freire de Andrade, Curso de Segurança Pública. 2011.
- BAHIA. **Manual do Ajudante de Ordens**. Polícia Militar da Bahia. Salvador, 2022.
- BAZOTE, M. **Introdução ao estudo da segurança privada**. Senhora Segurança, 2016.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Editora Universidade de Brasília. Brasília/DF. 1998, p. 89.
- BRASIL. Decreto Federal n°. 55.133, 2 de dezembro de 1.964. **Regula a função de Ajudante-de-Ordens no Ministério da aeronáutica**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-55133-2-dezembro-1964-395685-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 fev. 23.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n°. 435, de 28 de outubro de 2021**. Dispõe sobre a política e o sistema nacional de segurança do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original152110202111036182a8e64e88e.pdf>. Acesso em: 24 fev. 23.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da Segurança Institucional do Poder Judiciário**. Ano base 2017. 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/09/f961723d40e5b6ccb2c9ea230cc8f2c9.pdf>. Acesso em 24 fev. 23.
- CORREIO BRAZILIENSE. **Intolerância e violência, diz STF sobre ministros atacados no EUA**. 2023. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/11/5051823-intolerancia-e-violencia-diz-stf-sobre-ministros-atacados-nos-eua.html>. Acesso em: 24 fev. 23.
- COSTA, M. A. Segurança pública. **Revista Núcleo de Criminologia**, v. 7, n. 7, Paracatu/MG, 2010. Disponível em http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/Revista_Nucleo_Criminologia_07.pdf#page=129. Acesso em: 24 fev. 23.
- COSTA JUNIOR, J. F. *et al.* **The SWOT Matrix and its subdimensions. A conceptual innovation proposal**. Research, society and development, v. 10, n. 2, 2021. DOI: <https://doi.org/10.33448/rsd-v10i2.12580>. Disponível em <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/12580>. Acesso em: 24 fev. 23.
- DENDINI, H. A. **Princípios para a seleção e treinamento do policial militar integrante de uma equipe de proteção de dignitários**. Uma visão voltada à qualidade e especialização do agente de proteção executiva do governador do estado de São Paulo. Monografia (131 f.). Universidade Federal do Paraná. Curso de Planejamento e Controle de Segurança Pública. 2009.
- G1. STF divulga imagens dos ataques golpistas de 8 de janeiro. **Jornal Nacional**. 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/01/25/stf-divulga-imagens-dos-ataques-golpistas-de-8-de-janeiro.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 23.
- HAJJAR, R. **Que lições aprendemos (ou reaprendemos) sobre a assessoria militar após o 11 de setembro**. *Military review*, mar./abr., 2015.
- HASSOUN, R. M. R. **O agente de proteção da casa militar do estado do Mato Grosso no atendimento de autoridade durante a copa do mundo de 2014 em Cuiabá**. Artigo (19 f.)

- Universidade Federal de Mato Grosso. Curso de Gestão de Segurança Pública. RHM, v. 11, jul./dez., 2013.
- KLEMPES, F.; JEFFERSON, S. A importância estratégica da assessoria militar do Detran/PR para a Polícia Militar do Paraná. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 9, p. 92022-92034, set., 2021. DOI:10.34117/bjdv7n9-390.
- LOURENÇO N., et al. Segurança horizonte 2025. **Um conceito estratégico de segurança interna**. Gresi, Lisboa, Portugal. 2015.
- MAGALHÃES, C. A. S. Segurança pessoal e segurança interna**. Monografia (141 f.). Instituto superior de ciências policiais e segurança interna. Lisboa, Portugal. 2018.
- MARCONI, M. A., LAKATOS, E. M. **Fundamentos da metodologia científica**. Atlas, 5. ed., São Paulo, 2003.
- MEDINA, R. F. **Segurança de autoridades. Planejamento de deslocamento a pé e motorizado**. Monografia (26 f.). Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais. Curso de Ciências Militares, Doutrina Militar Terrestre. 2017.
- MELO, F. P.; URPIA, A. G. C. B.; SARTORI, R. **A gestão do conhecimento como auxílio à inteligência de segurança pública**. *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 12, p. 94604-94620, set., 2020. DOI:10.34117/bjdv6n12-068.
- METELLO, M. S. **A percepção dos agentes de proteção na atividade de segurança e proteção de dignitários da casa militar de Mato Grosso com relação aos aspectos éticos comportamental**. RHM, v. 16, n. 1, jan./jun., 2016.
- OLIVEIRA, D. C. S., FELIPACK, D. R. Parcerias público-privadas na segurança pública e os cenários de oportunidades para a Polícia Militar do Paraná. *Brazilian Journal of Development*, v. 8, n.9, p. 64287-64312, sep., 2022. DOI:10.34117/bjdv8n9-259.
- PARANÁ. Lei de organização básica. Dispõe que a Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR) destina-se à preservação da ordem pública, à polícia ostensiva, à execução de atividades de defesa civil, além de outras atribuições previstas na legislação federal e estadual. Lei estadual n°. 16.575 de 28 de setembro de 2010.
- PARANÁ. Análise de risco das vulnerabilidades a segurança orgânica. Relatório da Assessoria Militar no Tribunal de Justiça. 2023.
- PEREIRA, V. A. Justiça Militar Paranaense: Uma análise diagnóstica em 25 anos de sentenças. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n.11, p. 104797-104810, nov., 2021. DOI:10.34117/bjdv7n11-212.
- RACORTI, V. S. **Educação continuada dos agentes de segurança da casa militar. Especialização e programa continuado**. Dissertação (292 f.). Academia Policial Militar do Barro Branco. Programa de Mestrado Profissional em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, 2014.
- RIBEIRO FILHO, R. N. **A atividade de segurança pessoal de dignitários como uma das possibilidades de carreira em Y no âmbito do Exército Brasileiro**. Monografia (45 f.). Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Curso de Ciências Militares e Defesa Nacional. Rio de Janeiro. 2019.
- RODRIGUES, J. C. **Segurança pessoal e executiva**. Editora e Distribuidora Educacional S/A, Londrina/PR, 2017.
- SANTOS, F. C. C.; SILVEIRA, C. T. Diagnóstico organizacional: análise dos ambientes interno e externo para a gestão operacional na Polícia Militar do Paraná. *Brazilian Journal of Development*, v. 8, n. 6, p. 47114-47135, jun., 2022. DOI:10.34117/bjdv8n6-288.

SILVA, W. P. Atentado contra magistrados e membros do ministério público brasileiros. Um problema de estrutura organizacional inadequada e da ausência de uma polícia especializada disponível. Monografia (25 f.). Universidade Católica de Brasília, Curso de direito e a inteligência no combate ao crime organizado e ao terrorismo. 2013.

WEBER, M. Ensaio de Sociologia. Ed. Guanabara: Rio de Janeiro, 1981.



