



Darci Guimarães Ribeiro
Guilherme Christen Möller
Afonso Vinício Kirschner Fröhlich
(Orgs.)

TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

TERCEIRA SÉRIE



Rfb
Editora

TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de
responsabilidade do(s) autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença
Creative Commons Atribuição-SemDerivações
4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)
Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA
Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP
Prof^a. Dr^a. Raquel Silvano Almeida-Unespar
Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA
Prof^a. Dr^a. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro
Prof^a. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF
Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ
Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF
Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA
Prof.^a Dr^a. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE
Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA
Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL
Prof.^a Dr^a. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA
Prof.^a Dr^a. Dayse Marinho Martins-IEMA
Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM
Prof.^a Dr^a. Elane da Silva Barbosa-UERN
Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Darci Guimarães Ribeiro,
Guilherme Christen Möller e
Afonso Vinício Kirschner Fröhlich
(Orgs.).

Terceira Série

TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

Belém-PA
RFB Editora
2023

© 2023 Edição brasileira
by RFB Editora
© 2023 Texto
by Autor
Todos os direitos reservados

RFB Editora
CNPJ: 39.242.488/0001-07
www.rfbeditora.com
adm@rfbeditora.com
91 98885-7730

Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12, Nazaré, Belém-PA,
CEP 66035065

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Souza

Diagramação

Worges Editoração

Revisão de texto e capa

Organizadores

Bibliotecária

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

Produtor editorial

Nazareno Da Luz

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

T314

Teoria crítica do processo: terceira série / Organizadores Darci Guimarães Ribeiro, Guilherme Christen Möller, Afonso Vinício Kirschner Fröhlich. – Belém: RFB, 2023.

500 p.; 16 X 23 cm

ISBN 978-65-5889-542-8

DOI 10.46898/rfb.dc195b3d-c26a-4bc8-ad22-705df6f0c3bb

1. Processos. 2. Direito. I. Ribeiro, Darci Guimarães (Organizador). II. Möller, Guilherme Christen (Organizador). III. Fröhlich, Afonso Vinício Kirschner (Organizador). IV. Título.

CDD 347.012

Índice para catálogo sistemático

I. Processos

*Em memória da Profa.
Ada Pellegrini Grinover
(1933 - 2017).*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 - CONVIDADOS E PALESTRANTES

CAPÍTULO 1

PROCESSO CIVILE: MODELLI EUROPEI, RIFORMA CARTABIA, INTERESSI CORPORATIVI, POLITICA 15

Remo Caponi

CAPÍTULO 2

A REBELIÃO DA REVELIA: OS NOVOS CONTORNOS DO INSTITUTO À LUZ DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/201571

Flávia Pereira Hill

CAPÍTULO 3

INTERPRETAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO: APORTES DA PSICANÁLISE E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (OU FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL) EM BUSCA DE LEGITIMIDADE..... 107

Luiz Fernando Castilhos Silveira

PARTE 2 - TEORIA DO PROCESSO E HERMENÊUTICA PROCESSUAL

CAPÍTULO 4

O QUE É DECIDIR? DA DECISÃO JUDICIAL COMO “ATO DE CONHECIMENTO” À DECISÃO JUDICIAL COMO “ATO DE VONTADE” 135

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich

CAPÍTULO 5

REFLEXÕES SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO E PROCESSO CIVIL 155

Éverton Luís Marcolan Zandoná

155

PARTE 3 – DEMOCRACIA E PROCESSO

CAPÍTULO 6

PROCESSO JUDICIAL E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A CONSOLIDAÇÃO DA AMBIÊNCIA DEMOCRÁTICA A PARTIR DAS ESTRUTURAS PROCESSUAIS 177

Aloisio Cansian Segundo

CAPÍTULO 7

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ESTADO BRASILEIRO199

Gizele Godinho dos Santos

PARTE 4 – NOVAS TECNOLOGIAS E PROCESSO

CAPÍTULO 8

ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION) E O DIREITO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE AS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS ADVINDAS DA APLICAÇÃO DE SISTEMAS TECNOLÓGICOS DE ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION) 231

Alana Gabriela Engelmann

CAPÍTULO 9

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES: PROJETO VICTOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 257

Higor Oliveira Fagundes

CAPÍTULO 10

GOVERNANÇA DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O DESENVOLVIMENTO DE SMART CITIES A PARTIR DA GESTÃO DE INFORMAÇÕES PELO PODER PÚBLICO BRASILEIRO289

Jéssica Cassol

CAPÍTULO 11

O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO: DOS CLÁSSICOS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 313

Oswaldo Poll Costa

PARTE 5 - EXECUÇÃO

CAPÍTULO 12

A RESPONSABILIDADE EXECUTIVA E PATRIMONIAL DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO CIVIL..... 347

Gustavo Carvalho Albé

CAPÍTULO 13

EXECUÇÃO FISCAL: NOVAS PERSPECTIVAS..... 369

Gustavo da Cunha Thewes

PARTE 6 - TEMAS DIVERSOS EM DIREITO PROCESSUAL

CAPÍTULO 14

O DIREITO FUNDAMENTAL DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI E O IURA NOVIT CURIA VERSUS O PRINCÍPIO CANDOR TOWARD THE COURT: DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY NO SISTEMA BRASILEIRO DE PADRÕES DECISÓRIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES 389

Darci Guimarães Ribeiro

CAPÍTULO 15

DELINEAMENTO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ARRECADADAÇÃO DOS BENS DOS AUSENTES..... 421

Guilherme Christen Möller

CAPÍTULO 16

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A (IN)EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: O CASO DO DIFAL E A VEDAÇÃO AO DEPÓSITO JUDICIAL..... 435

Luis Carlos Fay Manfra

CAPÍTULO 17

O LIMITE TERRITORIAL DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO TEMA 1075 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 457

Maria Laura Maciel Fernandez

CAPÍTULO 18

A JURISDIÇÃO NA GRÉCIA DO PERÍODO CLÁSSICO E NO DIREITO ROMANO: APORTES HISTÓRICOS PARA OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS 479

Tarciano José Faleiro de Lima

ÍNDICE REMISSIVO..... 497

APRESENTAÇÃO

Os Organizadores

Em sua Terceira Série, a obra *Teoria Crítica do Processo* já se tornou publicação tradicional no seio da Escola de Processo da Unisinos. Desde 2021 - ano da primeira Série - seus artigos são cada vez mais debatidos e estudados pela comunidade acadêmica que se forma no entorno do estudo do Processo na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mas, mais do que isso, é publicação que já transcendeu as portas do seu nascedouro e vem alcançando patamares de diálogo a nível nacional e internacional.

O grande mérito desta publicação é congregar três âmbitos de discussão distintos e, de certa forma, complementares. Contribuíram com seus (qualificados) artigos pesquisadores da Graduação, Mestrado e Doutorado que integram a Escola de Processo da Unisinos (EPU). Também abrilhantam esta obra artigos escritos por alunos das Disciplinas “Teoria Crítica do Processo” e “Processo, Jurisdição e Democracia”, ministradas por este organizador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, junto ao Doutorado e ao Mestrado, respectivamente, em Direito da Unisinos. A obra tornou-se ainda mais completa com os artigos encaminhados pela professora Flávia Pereira Hill e pelo professor Luiz Fernando Castilhos Silveira, que honraram nossas disciplinas acadêmicas e o Grupo de Pesquisa com palestras inesquecíveis.

O professor Remo Caponi deu o toque que faltava, contribuindo (e muito) para a obra com seu artigo intitulado “*Processo Civile: Modelli europei, Riforma Cartabia, Interessi Corporativi, Politica*”. Agradecemos ao professor Remo não apenas pelo envio do artigo, como por todas as suas gentis e densas contribuições às pesquisas,

tomando espaço, agora, o organizador Guilherme Christen Möller para elaborar um agradecimento ao *maestro*: “Caro Remo, il mio regalo del 2022 è stato quello di averti incontrato e di aver avuto la gioia di essere accolto come tuo discepolo. Sono i maestri come te che fanno esistere le nuove generazioni di ricercatori di diritto processuale. Sei una persona meravigliosa, dotata di una capacità cognitiva che supera le barriere accademiche. Sono fortunato ad averlo nella mia vita. Grazie per avermi sempre indicato la strada giusta e per avermi fatto cercare una vera differenza nel diritto”.

Como se compreende pela simples leitura do sumário, os temas são variados, muito embora todos girem em torno do Direito Processual, o seu fio condutor. Iniciando com os artigos dos professores convidados, já mencionados (PARTE 1), avançamos pela Teoria do Processo e a Hermenêutica Processual (PARTE 2), com os artigos de Afonso Vinício Kirschner Fröhlich e Éverton Luís Marcolan Zandoná. Na sequência, o tema abordado é o da Democracia e Processo (PARTE 3), para o qual contribuíram Aloisio Cansian Segundo e Gizele Godinho dos Santos. O quarto tema é o da Tecnologia e Processo (PARTE 4), com artigos escritos por Alana Gabriela Engelmann, Higor Oliveira Fagundes, Jéssica Cassol e Oswaldo Poll Costa. A Execução está em quinto (PARTE 5), contando com artigos de Gustavo Carvalho Albé e Gustavo Cunha Thewes. Por fim, alguns Temas Diversos em Direito Processual (PARTE 6) são enfrentados por Darci Guimarães Ribeiro, Guilherme Christen Möller, Luis Carlos Fay Manfra, Maria Laura Maciel Fernandez e Tarciano José Faleiro de Lima.

A homenagem proposta nesta Série é para ninguém menos que a professora Ada Pellegrini Grinover. Juntamente com os homenageados nas séries anteriores (Prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva, na primeira, e Prof. Michele Taruffo, na segunda), são professores que seguem conosco e cujos trabalhos são esmiuçados nas linhas de cada um dos artigos que compõem esta obra. São processualistas que caminham ao nosso lado e cuja contribuições inestimáveis podem ser encontradas nas linhas que se seguem, seja porque citados (direta ou

indiretamente) seja por terem ajudado a construir as bases em que assentado o direito processual brasileiro atual.

Ada Pellegrini Grinover, nascida em Nápoles, em 1933, estabeleceu-se em terras brasileiras nos anos de 1950, tendo participado na elaboração da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e mesmo do Código de Processo Civil de 2015. Não só na legislação, como nas suas diversas obras e textos, contribuiu para o desenvolvimento e aprimoramento nos estudos do Processo no Brasil, tendo inclusive presidido o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Sem contar nos caminhos que abriu para consolidar a produção feminina no âmbito do Direito Processual.

Com a professora Ada, aprendemos que o Processo deve “ser visto na total aderência à realidade sócio-política a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais”¹. Certamente, seus ensinamentos e seu amor pelo Processo estão espalhados por toda esta Teoria Crítica do Processo: Terceira Série.

Convidamos todos à leitura!

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), v. 88, p. 273-298, jan./dez., 1993.

CAPÍTULO 1

PROCESSO CIVILE: MODELLI EUROPEI, RIFORMA CARTABIA, INTERESSI CORPORATIVI, POLITICA¹

Remo Caponi²

¹ In corso di pubblicazione in **Questione Giustizia**, 2023, fascicolo n. 1.

² Consigliere della Corte di Cassazione.

1. INTRODUZIONE

Il saggio rivolge uno sguardo d'insieme alle strutture del processo civile negli ordinamenti europei, articolando uno schema di alternative modellistiche; indica spunti di comparazione con la riforma del 2021/2022 del processo civile italiano; presenta le Regole europee modello sul processo civile, approvate nel 2020; in seno a queste delinea la combinazione dinamica tra i principi di cooperazione e di proporzionalità, con particolare riguardo alla fase preparatoria; esplora infine alcuni contesti critici per il buon funzionamento della giustizia civile: la crisi dell'unità della figura del giurista, l'insegnamento universitario del diritto, la necessità che la politica recuperi l'autorevolezza per arginare il peso degli interessi corporativi.

2. DA UN ALTROVE

È questo il tempo in cui avvocati, magistrati, studiosi del processo civile, dirigenti e funzionari amministrativi, cancellieri, ufficiali ed operatori giudiziari – e perfino qualche giornalista giudiziario insolitamente attratto a narrare delle condizioni della giustizia civile – sono immersi nei problemi suscitati dalla prima applicazione della riforma del 2021/2022 del processo civile italiano¹.

Come ogni cosa di questo mondo, la riforma è ben lungi dall'essere perfetta. Molti commentatori sono inclini a negare con buoni argomenti che essa servirà a migliorare nel complesso le sorti della giustizia civile ed auspicano che quanto meno non le peggiori. Si lamentano che la giustizia sia da decenni ostaggio degli umori

¹ La riforma è stata adottata dal d.lgs. 149/2022, in attuazione della l. 206/2021. L'altro pilastro è il d.lgs. 151/2022, relativo alla costituzione del nuovo ufficio del processo (sul quale sia consentito il rinvio a R. CAPONI, REMO. Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo, in Questa Rivista, edizione online). La legge di bilancio 2023 (l. 197/2022) ne ha disposto l'applicazione in via generale ai processi instaurati dopo il 28 febbraio 2023, cioè dal 1° marzo 2023 (compreso) in poi (cfr. art. 35 d.lgs. 149/2022), ma la disciplina delle udienze mediante collegamenti audiovisivi (art. 127bis c.p.c.) e del deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza (art. 127ter c.p.c.) ha trovato applicazione già dal 1° gennaio 2023, al fine di assicurare continuità di copertura normativa di queste modalità rispetto alla cessazione di efficacia della disciplina emergenziale occasionata dalla pandemia.

quotidiani della politica: e così, di volta in volta, delle sue disattenzioni, delle sue inettitudini o dei suoi astratti furori efficientistici. Mentre sul tema dei rapporti tra politica e giustizia (civile) ritornerò alla fine del discorso, all'inizio vi è spazio per un'osservazione semplicemente logica: chi commenta una riforma non lo fa da un luogo esterno ad essa. Egli è nel bel mezzo. Contribuisce a fare (o a disfare) la riforma con le sue parole. I discorsi sul diritto e sulla giustizia sono prassi teoriche che, nel momento in cui ricostruiscono la normatività giuridica, non ne offrono unicamente un fondamento o una critica razionale, ma ne costituiscono un momento di concretizzazione.

Sarebbe superfluo muovere per l'ennesima volta rilievi critici che si ripetono ormai da decenni. Finché non si ripristinerà un giusto rapporto tra il numero di giudici (e di personale giudiziario) addetti al lavoro giudiziario e il numero delle cause da trattare, nel breve o lungo termine ogni modifica legislativa sarà destinata a fallire. Rapporto giusto significa questo: che ogni giudice di buona volontà abbia il tempo a disposizione per studiare fin dall'inizio ogni causa che è a lui assegnata in modo tale da consentirgli di esercitare i suoi poteri in modo equilibrato e fattivamente indirizzato ad uno svolgimento del processo che colga fin dall'inizio gli aspetti fondamentali della controversia e ponga così le condizioni per chiudere la vicenda in tempi ragionevoli. È necessario, pertanto, che la carta finanziariamente più pesante che il Governo ha calato in tavola, l'ufficio per il processo, trovi il modo di inserirsi durevolmente modo vitale e razionale nella macchina dell'amministrazione della giustizia, accanto a una costante immissione di magistrati professionali che copra tempestivamente almeno i vuoti di organico, per tacere dell'esigenza di un progressivo incremento.

In questo contributo vorrei principalmente riflettere sulla struttura del processo di cognizione, con particolare riguardo alla

fase introduttivo-preparatoria, situando altrove il punto di vista: muovendo cioè dai modelli europei e cercando di inserire in una linea di sviluppo il punto in cui ci troviamo in Italia dopo la riforma del 2021/2022. Tale riflessione, più che un fuor d'opera, mi sembra necessaria in considerazione della pesante sollecitazione finanziaria europea che ne è alla base.

La struttura del processo civile di cognizione si presenta in versioni variegata in Europa, che si possono assoggettare ad uno sguardo d'insieme, se si adotta l'accorgimento di osservarle da una distanza tale da stemperare i dettagli². In ogni processo civile statale, si riscontra un processo «ordinario». Fondamentalmente, esso ha le seguenti caratteristiche generali, comuni ad ogni ordinamento di riferimento: (a) è il procedimento di *default* per la cognizione dei diritti riconosciuti dalla legislazione sostanziale; (b) il diritto di essere ascoltati in giudizio (il contraddittorio, nel gergo italiano) è predefinito a svolgersi nel modo più pieno ed esauriente; (c) lo scopo prevalente è di pervenire ad una giusta composizione della controversia; (d) il provvedimento finale di merito è dotato del maggior grado di stabilità.

3. GIUSTIZIA COME FAIRNESS (UN APPUNTO SUL RAPPORTO TRA GIURISDIZIONE STATALE E METODI NEGOZIALI DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE)

In questo contesto, si dice «giusta» la composizione della controversia raggiunta attraverso l'applicazione di norme di diritto ad opera di un giudice, ma con ciò non si esclude che si possa predicare come giusta anche la composizione negoziale. Al contrario, già una

² I paragrafi 3-5 del testo hanno costituito al base di partenza della relazione *Strutture del processo di cognizione: modelli europei e riforma italiana*, all'Incontro di studio su *La riforma del processo civile*, organizzato dalla Struttura territoriale di formazione decentrata del distretto di Milano, nella persona del magistrato referente Nicola Fascilla, Milano, Palazzo di Giustizia, 27 marzo 2023. Gli altri relatori all'incontro di studio sono stati Luigi D'Alessandro e Pier Paolo Lanni.

ventina di anni si era sottolineato un fatto ormai ampiamente riconosciuto, cioè che i metodi di composizione delle controversie negoziali sono presentati «come alternativi, ma sarebbe meglio qualificarli come complementari, rispetto al processo di cognizione statale»³. Tale terminologia, insieme agli assunti concettuali che essa presuppone (a partire dalla concezione che ripone fiducia nella creatività relazionale degli esseri umani), nonché a molte delle conseguenze normative che essa è chiamata a produrre, ha trovato finalmente ingresso nella legislazione italiana, sebbene la ristrettezza dei tempi di attuazione della delega contenuta nella l. 206/2021 ha impedito che si mettesse mano al previsto testo unico degli «strumenti complementari alla giurisdizione»⁴.

Intendo «giustizia» nel senso dell'inglese *fairness*. Una ricerca dell'etimologia della parola *fair*, svolta fino al protogermanico *fagraz* mi ha restituito i significati di: adeguato, calzante, appropriato, e finanche bello, ove forse risuona l'eco dell'idea antica di identità tra ciò che è bello e ciò che è buono (*Kalokagathia*), propria della Grecia del V secolo a.C. Si rinvia così ad uno dei nuclei ancora pulsanti della cultura europea, che si fa sentire anche nel mondo della giustizia civile.

Vorrei additare così un percorso di ricerca a chi intenda tentare di gettare una luce diversa sul dibattito in tema dei modi consensuali di composizione delle controversie e del loro rapporto con la giurisdizione statale. Mi sembra che il dibattito, pur vigoroso, tenda a scorrere su due binari in cui le occasioni di scambio sono sempre meno frequenti: da un lato, le argomentazioni di principio, che tendono a ripetersi ormai da decenni⁵; dall'altro lato, una discussione sulla miriade di problemi di dettaglio. Tali tratti si possono riscontrare

³ Sia consentita la citazione testuale da CAPONI, REMO. **Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa** (2005), ora in **Dogmatica giuridica e vita**: Studi di giustizia civile, vol. I, Milano, 2022, p. 325.

⁴ Sul punto specifico si rinvia ad A. TEDOLDI. Le ADR nella riforma della giustizia civile, in **Questa Rivista**.

⁵ In tema, sia consentito il rinvio a R. CAPONI, *Conciliazione e mediazione*, serie di saggi raccolti ora in **Dogmatica giuridica e vita**: Studi di giustizia civile, vol. II, cit., p. 1059-1130.

sia nella discussione in Italia, che negli altri paesi europei, salvo che da noi il centro dell'analisi di dettaglio continua ad essere occupato dal tentativo obbligatorio di mediazione (nonostante le pur significative innovazioni in tema di negoziazione assistita), mentre nella maggior parte degli altri paesi europei si preferisce discorrere di incentivare il ricorso volontario ai metodi negoziali di composizione.

Meno diffusa è l'idea che tra i due ambiti di ricerca (il dibattito sui principi, l'elaborazione delle soluzioni di dettaglio) vi debba essere un intreccio continuo, ispirato da reciproca fecondazione. Un buon punto di ripartenza potrebbe essere l'attenzione costante al senso delle parole, alla genealogia del loro uso quotidiano ed a come esse retroagiscono sulla struttura dei nostri pensieri. Fin dall'inizio, la parola «complementari» ha ambito a sostituirsi alla parola «alternativi», con la quale i metodi consensuali di composizione delle controversie vengono ancora oggi frequentemente indicati, sulle tracce del sintagma inglese *Alternative Dispute Resolution*. L'idea sottesa all'impiego di «complementari» è di valorizzare la relazione di arricchimento e integrazione reciproci, piuttosto che la contrapposizione, tra strumenti negoziali e giustizia civile statale. Si segnano così punti a vantaggio sia dei primi, che della seconda. Quanto ai primi, essi acquistano decisamente un rilievo istituzionale, in primo luogo nel senso che la scelta di ricorrere agli uni o all'altra per risolvere la controversia non è relegata nella sfera privata, ma è oggetto di politiche pubbliche. Quanto alla seconda, si rifugge dalle tesi estremistiche che intenderebbero relegare la giurisdizione statale ad un ruolo residuale.

In altri termini, nel rinunciare alla decisione del giudice statale e all'applicazione di criteri decisori oggettivi e predeterminati, la composizione negoziale, assistita o meno dall'opera di un terzo, non può rinunciare ad essere giusta, bensì deve perseguire questo obiettivo con gli strumenti contrattuali. Ciò comporta non solo la possibilità

di rimuovere gli effetti di un accordo conciliativo ingiusto, nei limiti in cui l'ingiustizia possa essere sanzionata dall'accoglimento di una impugnazione negoziale, bensì anche la possibilità della parte di prevenire la formazione di un accordo ingiusto, allontanandosi dal tavolo della negoziazione e invocando un rimedio effettivo dinanzi al giudice statale.

Perciò la promozione dei metodi di composizione consensuale delle controversie deve essere costantemente abbinata agli sforzi per migliorare nel suo complesso la risposta della giustizia civile statale ai bisogni di tutela. La protezione dell'interesse delle parti a raggiungere una composizione negoziale deve essere temperata con un'adeguata protezione degli interessi degli altri utenti del servizio giustizia. In considerazione della situazione concreta su cui incide, il bilanciamento può svolgersi in più direzioni e ispirare la soluzione dei problemi di dettaglio. In generale, esso gioca nel senso di incentivare il ricorso alla risoluzione negoziale per risparmiare risorse giudiziarie a vantaggio di altri utenti, ma in determinate situazioni il principio di proporzionalità gioca nel senso di limitare il ricorso a metodi in cui la composizione della controversia abbia luogo attraverso un precetto negoziale. Ciò accade specialmente quando: (a) la controversia implichi la soluzione di questioni giuridiche di interesse collettivo o generale, che pertanto debbano essere affidate alla concretizzazione giurisprudenziale di norme legislative inderogabili; (b) la relazione tra le parti sia notevolmente sbilanciata (socialmente, economicamente, ecc.) e quindi i rischi di ingiustizia della composizione consensuale superino la soglia della tollerabilità (nel quadro di questa ipotesi si colloca anche il problema di assicurare una risoluzione efficiente alle controversie seriali, che non è data tanto dalla possibilità di trarle ad oggetto di un tentativo individuale di composizione negoziale, quanto dalla introduzione di una robusta azione di classe).

Per ragioni diverse, ma omologamente apprezzabili sotto il profilo di un canone di corretta amministrazione della giustizia che non sia preda di un approccio efficientistico, entrambe le situazioni segnano argini alla cooperazione negoziale delle parti. Tali limitazioni sono argomentabili sulla base del principio di proporzionalità, perché l'intervento della giustizia civile statale, specialmente quando culmini in una guida autorevole di coerenza affidata alla corte suprema, assicura un adeguato parametro di giudizio che vale *erga omnes* nella sua efficacia persuasiva. In tali situazioni, si previene anche il proliferare del contenzioso nel futuro e una frammentazione negoziale inadeguata delle soluzioni (per tacere delle ipotesi in cui il processo giurisdizionale è il canale di accesso alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con quel che ne consegue).

Un maggiore intersecarsi tra riflessione sui principi e discussione dei dettagli rinvigorisce non solo la seconda, ma anche il dibattito sui primi. La concezione che vede nell'amministrazione della giustizia civile una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della attuazione della «volontà della legge» con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi si rende interprete di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma relega piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui, in quanto parti del processo, ricavano dall'esercizio della giurisdizione. Viceversa, nell'ambiente contemporaneo si profila in primo piano l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono (o si difendono in) un processo. La giurisdizione non è da concepire tanto come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma soprattutto come servizio pubblico diretto appunto alla giusta composizione delle controversie. Solo una concezione della giustizia civile come servizio pubblico è in grado di estendersi fino a considerare che la

composizione delle controversie ad opera di istituzioni (o il tentativo di comporle), quando non si realizza esclusivamente nell'ambito della autonomia privata dei soggetti tra cui esse sorgono (o dei relativi enti esponenziali) può essere affidata non solo agli organi della giurisdizione statale, ma anche, in presenza della volontà concorde delle parti, ad istituzioni diverse dallo Stato, di cui sia assicurata la terzietà, l'imparzialità, nonché l'efficienza.

Così si chiude il cerchio di questa riflessione preliminare, ritornando al punto di partenza: nel comporre la controversia, si potrà applicare vuoi un canone decisorio oggettivo e predeterminato, vuoi un canone negoziale, senza che venga meno l'attributo della giustizia, nel significato raccolto inseguendo la radice etimologica della parola *fairness*. Contemporaneamente si indica il sentiero di ricerca nominato parimenti all'inizio del paragrafo, che qualcuno dovrà pur provare a percorrere. Ci si dovrà domandare in altre parole se l'orientarsi della giustizia verso la nozione di «giustizia» - cioè di appropriatezza, convenienza ovvero opportunità rispetto agli interessi in conflitto - sia un ulteriore aspetto di un modello di società aspramente secolarizzata, che relega ai margini qualsiasi dimensione di trascendimento simbolico del piano di immanenza nella composizione degli interessi in conflitto. Ci si dovrà pur chiedere se tale evoluzione - che finisce con l'equiparare i contenuti degli atti di composizione delle controversie (siano essi atti giurisdizionali o consensuali) a segnali del mercato, collocandoli sullo stesso piano dei prezzi delle merci, abbia irrimediabilmente depotenziato il superamento in linea verticale della mera linea di galleggiamento sociale degli interessi in conflitto. Tale superamento è il merito storico dell'amministrazione statale della giustizia e nella vicenda dell'Unione Europea ha prodotto risultati decisivi in termini di costruzione dell'edificio europeo attraverso l'esercizio di azioni giudiziarie dinanzi ai giudici nazionali.

Potrà tale deriva essere arginata da una rinnovata valorizzazione della dimensione istituzionale del diritto (quale si è adombrata nel capoverso precedente)⁶? In ogni caso, degno di interrogazione è il se ed in che misura tali sviluppi siano compatibili con il bisogno proprio degli esseri umani di prendere posizione sulla loro condizione e sui loro conflitti in una prospettiva di universalizzazione paradigmatica. In altre parole, si tratta di riflettere se tale evoluzione sia conciliabile con il nostro bisogno di trascendenza, con l'irrefrenabile urgenza di concepire l'infinito entro i limiti delle contingenze quotidiane e della finitezza della condizione umana.

4. SCHEMA DI ALTERNATIVE MODELLISTICHE (E PRIMISPUNTI DI COMPARAZIONE CON LA RIFORMA ITALIANA DEL PROCESSO DI COGNIZIONE)

Individuare caratteristiche generali della struttura del processo di cognizione, comuni agli ordinamenti dei paesi europei⁷, non significa evidentemente che si parli di caratteristiche uniformi. Oltre che nei limiti soggettivi, oggettivi e temporali del giudicato (messi alla prova in tempi recenti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, specialmente in materia di tutela del consumatore)⁸, le differenze maggiori si registrano nella disciplina del diritto di essere ascoltati in giudizio.

6 Nella letteratura italiana sull'attuale riforma del processo civile, un interessante spunto d'impiego di questa dimensione come cornice teorica di diretto esame di istituti tecnico-giuridici proviene da E. SCODITTI, Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione, in **Questa Rivista**, edizione online, sebbene (anche) su questo terreno il confronto fra le diverse matrici della cultura occidentale, segnatamente tra quella anglo-americana ed europeo-continentale impegni alla massima cautela. Volendo chiudere con una battuta un discorso che altrimenti richiederebbe una vita di ricerche: l'istituzionalismo europeo-continentale è elaborato all'ombra dello Stato. Tale ombra è molto tenue nel pensiero degli studiosi statunitensi. Soccorre qui, oltre alla lettura dei classici (di Maurice Hauriou in particolare, per quanto riguarda il pensiero giuridico), la recente imponente linea di ricerca di Roberto Esposito, specialmente a partire da **Pensiero istituyente**, Torino, 2020, con scritti successivi che stanno componendo una trilogia (per menzionare solo i libri).

7 Cfr. indietro alla fine del paragrafo 1.

8 Parole chiarificatrici sull'aspetto che ha attirato la maggiore attenzione nel 2022 sono venute da Cass. SU 9479/2023.

Ferma rimanendo la previa determinazione delle forme e dei termini di svolgimento dell'attività dei soggetti processuali, le strutture del processo e il tasso di intensità della predeterminazione delle regole è diverso da un ordinamento all'altro. In primo luogo, la disciplina può essere predeterminata secondo una struttura a tre fasi o a due fasi. In secondo luogo, a loro volta, le fasi possono articolarsi in un modulo di trattazione della causa tendenzialmente unico, ovvero in più moduli di trattazione, alternativi tra di loro. In quest'ultima variante, la scelta tra i due o più moduli è affidata al giudice, che l'adotta ove possibile in collaborazione con le parti. In terzo luogo, il progredire della sequenza procedimentale può essere scandito da: (a) termini predeterminati dalla legge, sia nell'*an* di assegnazione, che nel *quantum* di durata; (b) termini predeterminati nell'*an* di assegnazione dalla legge, nel *quantum* di durata dal giudice; (c) viceversa, termini predeterminati nell'*an* di assegnazione dal giudice, nel *quantum* di durata dalla legge; (d) infine, la sequenza può essere parzialmente scandita da predeterminazioni legislative affidate a concetti temporali indeterminati.

Alla luce di tale schema, è lecito domandarsi se l'ordinario processo di cognizione, cioè il processo di *default* per la risoluzione delle controversie civili, non sia diventato in Italia, dopo la riforma del 2021/2022, il procedimento semplificato di cognizione ex artt. 281decies ss. c.p.c.⁹ Già nel 2009, all'apparizione del procedimento sommario di cognizione ex art. 702bis ss. c.p.c., si era osservato che: «esso è del tutto atipico nelle finalità, e di conseguenza nei presupposti del provvedimento di accoglimento. Quanto a caratteristiche dell'attività istruttoria, il giudice è chiamato a compiere *sic et simpliciter* gli atti di istruzione rilevanti per l'accertamento del diritto, nel fondamentale rispetto della garanzia costituzionale del contraddittorio. Quanto a

⁹ Cfr. il nuovo Capo III-quater, intitolato al **Procedimento semplificato di cognizione**.

campo di applicazione, esso non è residuale rispetto ai procedimenti sommari cautelari e non cautelari, bensì costituisce un modello di trattazione semplificato che l'attore può chiedere di impiegare in via alternativa rispetto al modello di trattazione ordinaria delle cause sottoposte alla decisione del tribunale in composizione monocratica. Quanto a stabilità del provvedimento finale, essa è la cosa giudicata sostanziale»¹⁰. Si concludeva quindi che: «a dispetto del suo nome e della sua collocazione legislativa, ci troviamo dinanzi ad un processo speciale a cognizione piena, ad un modello di trattazione semplificato rispetto al rito ordinario»¹¹. Si proponeva quindi di spostare la disciplina nel secondo libro del codice di procedura civile e di introdurre il potere del giudice, adito attraverso rito ordinario di cognizione, di disporre il passaggio della trattazione della causa al procedimento sommario di cognizione¹².

Da allora l'evoluzione legislativa ha oltrepassato le aspettative più rosee, al netto di qualche sgangheratezza espressiva come quella di cui è caduto vittima l'art. 281decies c.p.c. nel delineare l'ambito di applicazione del procedimento semplificato di cognizione. Convergono nel promuovere quest'ultimo come l'ordinario (normale) processo di cognizione in Italia molti indici legislativi, tra i quali i seguenti (contraddistinti dalle lettere iniziali dell'alfabeto). (A) nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, l'attore ha diritto di instaurare la causa nelle forme del procedimento sommario di cognizione (art. 281decies, co. 2 c.p.c.), indipendentemente dal carattere non controverso dei fatti di causa, dall'esistenza di prova documentale (o di pronta soluzione) che fonda la domanda o dal carattere non complesso dell'istruzione (presupposti ex art. 281decies, co. 1 c.p.c., peraltro non sempre verificabili *ex ante*). (B) il

¹⁰ Sia consentita la citazione testuale da R. CAPONI, **Procedimento sommario di cognizione** (2010), ora in **Dogmatica giuridica e vita**: Studi di giustizia civile, vol. I, cit., p. 333 ss.

¹¹ Cfr. R. CAPONI, **Procedimento sommario di cognizione** (2010), cit., p. 338.

¹² Cfr. R. CAPONI, **Procedimento sommario di cognizione** (2010), cit., p. 341 ss.

procedimento semplificato di cognizione è esteso alle cause decise dal collegio. (C) è aumentata la predeterminazione legale della disciplina della trattazione e dell'istruzione della causa ex art. 281undecies e 281duodecies c.p.c.; ciò dovrà essere necessariamente affiancato da un'equilibrata interpretazione giudiziale del «giustificato motivo» di cui all'art. 281duodecies, co. 4 c.p.c. (al fine di concedere termini per integrare il *thema decidendum* e il *thema probandum*); la formula del «giustificato motivo» dà corpo ad un dispositivo che regola la maturazione delle preclusioni in modo calibrato sui lineamenti concreti della controversia; come si può constatare ripensando allo schema dei modi di scansione temporale di una sequenza procedimentale anticipato all'inizio del paragrafo¹³, così concepito, il giustificato motivo» di cui all'art. 281duodecies, co. 4 c.p.c. concretizza una variante di tale schema¹⁴; essa non può essere affatto appiattita sull'uno o l'altro dei due estremi: concessione semiautomatica oppure necessaria ricorrenza di una causa non imputabile. (D) il provvedimento conclusivo riveste la forma di sentenza e consegue l'autorità di cosa giudicata ex art. 2909 c.c. (E) la previsione della sussistenza di prova documentale come autonomo presupposto di trattazione del procedimento semplificato di cognizione rende impossibile ricalcare la ripartizione tra campo di applicazione di quest'ultimo e quello del procedimento ordinario sulla distinzione (peraltro indeterminata) tra cause semplici e cause complesse; l'imponente fenomeno di digitalizzazione della maggior parte degli ambiti sociali, congiunto all'inevitabile estensione della nozione di prova documentale, rende piuttosto verosimile un tendenziale scambio di coppie di corrispondenza: una domanda sfornita di prova documentale sarà frequentemente di istruzione semplice, piuttosto che complessa; mentre una domanda dotata di siffatta prova documentale sarà frequentemente

¹³ Tale schema sarà più avanti arricchito di dettagli, a partire dal prossimo paragrafo.

¹⁴ Si tratta della variante *sub* (c): cfr. il secondo capoverso di questo paragrafo.

di istruzione complessa, piuttosto che semplice. (F) nell'introdurre per il c.d. rito ordinario l'art. 171bis c.p.c., il legislatore ha tenuto dietro ad una nobile ispirazione (anticipare l'intervento dell'ufficio giudiziario, anche per le questioni di merito rilevabili d'ufficio), ma ha licenziato un contenuto normativo che sembra fatto apposta per disincentivare l'impiego di tale rito, specialmente (ma non solo) in caso di processi con pluralità di parti; decorrono o meno i termini per le memorie se il giudice non conferma espressamente la data della prima udienza così come indicata dall'attore nell'atto di citazione? Difficile che la risposta sgorgi spontaneamente dalla combinazione di parole usata nell'art. 171bis, co. 3 c.p.c.

In questo contesto, ci si può chiedere se abbia ancora senso parlare di due riti diversi (il rito ordinario, il rito semplificato) o se non sia più logico considerarli come due moduli di trattazione che possono avvicinarsi all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. Tale ricostruzione, che si è già prospettata nel 2010 all'indomani del procedimento sommario di cognizione ex 702bis c.p.c. come probabile esito evolutivo dell'introduzione di quest'ultimo¹⁵, trova oggi una conferma importante nel fatto che la disciplina ex art. 281duodecis, co. 1 c.p.c. del passaggio della trattazione dal semplificato all'ordinario esclude espressamente che la causa ricominci dall'inizio (il giudice è tenuto a fissare l'udienza ex art. 183 c.p.c.).

Pertanto, la riforma del 2021/2022 è certamente calata addosso agli operatori con tutti i difetti originati dalla pressione temporale di matrice europea, ma può essere convertita in una nuova occasione per fare di necessità virtù, rimeditando su taluni problemi fondamentali al fine di inserire il punto corrente nella linea di sviluppo storico del nostro modo di fare e di vivere il processo civile.

¹⁵ Cfr. R. CAPONI, **Principio di proporzionalità nella giustizia civile** (2010), ora in **Dogmatica giuridica e vita**: Studi di giustizia civile, vol. II, cit., p. 1273 ss., specie p. 1287, in nota 18.

5. *SEGUE*: STRUTTURE BIFASICHE O TRIFASICHE

Conviene a questo punto approfondire lo schema dei modelli già delineato¹⁶, cominciando dalla prima alternativa: tra struttura processuale trifasica o bifasica. Essa si articola nel complesso in tre varianti.

La struttura trifasica è coperta da una sola variante. È il modello che si riscontra in Italia e in Francia (e si riscontrava in Spagna, prima del codice del 2000). Esso rinviene la propria origine nel processo romano canonico. Le tre fasi consistono in: (a) una fase preparatoria che procede dallo scambio degli atti introduttivi alla precisazione (tendenziale) dell'oggetto della decisione (domande ed eccezioni) e dei fatti da provare; (b) una fase istruttoria diretta all'accertamento dei fatti, che si snoda in una serie più o meno lunga di udienze; (c) una fase finale ove si contempla l'emanazione della decisione. È una struttura in cui si riflette l'idea del tempo come mera successione di attimi di identica qualità, come «numero del movimento secondo il prima e il poi» (secondo la vulgata della definizione aristotelica di *chrónos*). Un'idea in cui poi s'innesta la concezione escatologica cristiana, che si rispecchia nell'immagine della sentenza, come evento ultimo in cui la decisione della controversia accade, si condensa e dà compimento alla sequenza del tempo processuale.

L'altra struttura, bifasica, si presenta in due varianti. La prima è tipica del classico processo anglo-americano. Dopo lo scambio degli atti introduttivi, vi è una prima fase che serve alla raccolta dei fatti e dei mezzi di prova necessari per la discussione della causa nella successiva fase del dibattimento. Tale fase non è diretta ad informare il giudice attraverso i mezzi di prova, bensì è volta ad informare esclusivamente le parti. Nella seconda fase, orale, le parti presentano

¹⁶ Cfr. indietro all'inizio del paragrafo 3.

al giudice i fatti, i mezzi di prova e la qualificazione giuridica della vicenda.

La seconda variante della struttura bifasica è nata recentemente ed è giunta a maturazione in Germania in un breve arco di tempo. Determinante è una conferenza tenuta da Fritz Baur nel 1965 a Berlino, che dette impulso dapprima ad una importante sperimentazione nella prassi (il modello di Stoccarda, messo in pratica nel 1967 da Rolf Bender, presidente di sezione del tribunale di quella città) e poi alla legislazione (la Novella di semplificazione, *Vereinfachungsnovelle*, del 1976). Tale modello è imperniato sulla «udienza principale», nella quale la controversia vive un momento determinante nella prospettiva della sua risoluzione. Una struttura che non culmina all'ultimo, ma in un momento anteriore. Una struttura in cui la decisione si fa nel corso, piuttosto che accadere alla fine e dare compimento alla sequenza. Una struttura processuale in cui si dà corpo ad una concezione di tempo diversa dal tempo cronologico, come sequenza di attimi di identica qualità, ed ove si riflette l'idea del tempo «debito» come «miscela propizia di elementi diversi»¹⁷.

Questo modello rispecchia una tendenza dei sistemi processuali contemporanei nella direzione di una struttura a due fasi, ma si distingue dalla prima variante, perché la fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentire loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice, mettendolo in grado fin dall'inizio non solo di esercitare poteri di «direzione formale» del processo, un calco linguistico dal tedesco *formelle Prozessleitung* (tra i quali rientrano le verifiche preliminari circa la valida instaurazione

¹⁷ È la lettura proposta da G. MARRAMAO, *Kairos: Apologia del tempo debito* (1992), nuova ed. ampliata, Torino, 2020. Sulle tracce dell'etimologia del latino *tempus* affacciata da É. Benveniste nel 1940, Marramao suggerisce che la parola greca corrispondente di *tempus* non sia *chrónos*, bensì *kairós*: «Lungi dal risolversi nel significato di "momento istantaneo" o "occasione" [...] viene così a designare, al pari di *tempus*, una figura stratificata e oltremodo complessa della temporalità: figura che rinvia alla "qualità dell'accordo" e della mescolanza opportuna di elementi diversi - esattamente come il tempo atmosferico. Nella sua versione spaziale, del resto, lo stesso lemma sta ad indicare - sin da Omero - i "luoghi propri" le parti vitali di un organismo "in forma", ossia equilibrato, temperato e ritmato nelle sue componenti» (citazione dall'edizione digitale).

del processo), ma anche di esercitare poteri di «direzione sostanziale» del processo (*materielle Prozessleitung*), intesi ad una prima delimitazione del *thema decidendum* (domande ed eccezioni) e del *thema probandum* (fatti da provare), per preparare nel modo migliore possibile l'udienza principale.

6. **SEGUE: ARTICOLAZIONI INTERNE ALLE STRUTTURE**

Se si continua a svolgere lo schema riassuntivo delle alternative modellistiche¹⁸, è da accennare alle articolazioni interne alla struttura bi- o trifasica.

La scansione in più moduli di trattazione della causa non si concretizza in una pluralità di procedimenti distinti l'uno dall'altro (cioè di «riti», secondo il gergo italiano), bensì si svolge piuttosto all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La scelta fra un modulo di trattazione e l'altro è affidata al giudice (possibilmente d'intesa con le parti) e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo. La selezione del modulo processuale tiene conto del carattere più o meno complesso della controversia, quale risulta in concreto dopo lo scambio della domanda introduttiva dell'attore e della risposta del convenuto.

Come già anticipato, un esempio ne è l'odierna alternativa italiana tra procedimento semplificato di cognizione e procedimento ordinario¹⁹. È anche ciò che accade nel processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi-track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*. Ciò accade anche nel processo civile tedesco: in particolare, in quest'ultimo, il giudice può calibrare fin dall'inizio lo svolgimento

¹⁸ Cfr. il secondo capoverso del paragrafo 4.

¹⁹ Cfr. indietro, paragrafo 4, penultimo capoverso.

del processo sulla complessità in concreto della singola controversia²⁰, scegliendo di far precedere l'udienza principale dalla fissazione della «prima udienza immediata»²¹, oppure dal procedimento preliminare scritto²².

7. *SEGUE*: MODI DI SCANSIONE TEMPORALE

L'ultimo anello della catena di alternative modellistiche²³ concerne la varietà di modi di scansione temporale della sequenza procedimentale. A tale stregua, la scala tra rigidità e flessibilità con cui i moduli di trattazione si adattano alle caratteristiche delle singole controversie può arricchirsi di molti gradini, che non vi è qui opportunità di dettagliare²⁴. Mi limito a menzionare esempi della quarta variante, ove la sequenza può essere parzialmente scandita da predeterminazioni legislative affidate a concetti temporali indeterminati²⁵. L'art. 781 del Codice di procedura civile francese, che cito dalla riforma del 2019 (ma una disposizione di identico contenuto sul punto era già nel codice di procedura civile del 1976: l'art. 764) prevede che il giudice istruttore fissi man mano i termini necessari all'istruzione della causa, riguardo alla natura, all'urgenza e alla complessità della medesima, dopo aver sentito gli avvocati. La stessa modalità è propria di alcune previsioni del codice di procedura civile tedesco, secondo le quali: «l'udienza ha luogo il più presto possibile»⁽²⁶⁾, la parte fa valere «tempestivamente» i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza⁽²⁷⁾ e comunica «tempestivamente» alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e

20 Cfr. § 272 ZPO.

21 Cfr. § 275 ZPO.

22 Cfr. § 276 ZPO. Peraltro, nella prassi i giudici preferiscono frequentemente la seconda strada, poiché presenta un vantaggio spesso decisivo: al convenuto viene assegnato un primo termine di due settimane, semplicemente per manifestare la sua volontà di difendersi, ed un ulteriore termine (minimo di due settimane), per depositare la sua comparsa di risposta. Se il convenuto non manifesta la volontà di difendersi entro il primo termine, subisce immediatamente, su istanza dell'attore (cfr. § 331, comma 3 ZPO), una sentenza di accoglimento della domanda, attraverso la sola verifica della congruenza tra i fatti allegati e le norme di diritto che l'attore invoca a fondamento della sua richiesta di tutela.

23 Cfr. il secondo capoverso del paragrafo 4.

24 Cfr. il secondo capoverso del paragrafo 4, in particolare le varianti da (a) a (d).

25 Cfr. il secondo capoverso del paragrafo 4, in particolare la variante (d).

26 Cfr. § 272, comma 3 ZPO.

27 Cfr. § 282, comma 1 ZPO.

di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione ⁽²⁸⁾.

Nell'ambiente italiano, tale variante è meno familiare, ma non assente: nel procedimento semplificato di cognizione l'art. 281undecies, co. 2 c.p.c. chiama il giudice a fissare la data della prima udienza, senza assegnargli un termine finale entro il quale l'udienza deve svolgersi: il che non può non significare che l'udienza deve avere luogo il più presto possibile. Più in generale, si considerino le modalità di scansione temporale nella disciplina dei rimedi ripristinatori in caso di accertata lesione del diritto di difesa, in particolare ove questa sia dovuta a decadenza incolpevole dall'esercizio di poteri processuali. Nel corso della sua evoluzione storica, la disciplina dei processi giurisdizionali ha visto introdurre una serie di strumenti per assicurare *ex ante* in modo progressivamente più effettivo il diritto delle parti di partecipare al processo, come le norme sulla notificazione degli atti processuali, sulla contumacia, sui termini per impugnare le sentenze, sull'interruzione del processo. In tali strumenti, il progredire della sequenza procedimentale è di regola scandito da termini predeterminati dalla legge, sia nell'*an* di assegnazione, che nel *quantum* di durata²⁹. Assicurare solo in via preventiva le condizioni di fatto per esercitare i poteri processuali non è però sufficiente a salvaguardare in pieno il diritto delle parti di essere ascoltati in giudizio. L'esperienza dimostra che gli strumenti appena ricordati falliscono il loro obiettivo, se si verifica successivamente un fatto che impedisce alla parte di esercitare il potere processuale. In tali eventi, le garanzie costituzionali (artt. 24 e 111 Cost.) non richiedono solo di assicurare in via preventiva le condizioni materiali che consentano alle parti di esercitare i poteri processuali, ma impongono altresì al legislatore di predisporre un rimedio per eliminare successivamente le conseguenze pregiudici-

28 Cfr. § 282, comma 2 ZPO.

29 Cfr. secondo capoverso del paragrafo 4, in particolare la variante (a).

zievoli dovute ad impedimenti non imputabili alla parte. Laddove queste ultime si risolvono nell'inadempimento dell'onere di osservare un termine perentorio, di partecipare ad una udienza o ad una fase processuale e cagionano la perdita del correlativo potere processuale (decadenza), il rimedio generale e sussidiario consiste nella ricostituzione del potere in capo alla parte, cioè nella rimessione in termini. A tale scopo, su istanza di parte, riscontrata la sussistenza dei presupposti per concedere il rimedio, il giudice assegna un ulteriore termine per svolgere l'attività processuale dalla quale la parte è incolpevolmente decaduta³⁰.

Dopo la riforma del 2021/2022, un ampliamento e una generalizzazione di questa prospettiva, ove si ravvisa una minore intensità di predeterminazione legislativa della scansione temporale della sequenza procedimentale, sono segnati dal nuovo testo dell'art. 101, co. 2 c.p.c. Infatti, il rispetto del diritto di essere ascoltati in giudizio è affidato al controllo diretto del giudice e – ove ciò si riveli necessario per eliminare le conseguenze pregiudizievoli della lesione – all'intervento *ex post* di quest'ultimo. In tali evenienze, l'adozione di opportuni provvedimenti ripristinatori prescinde dalla circostanza che la lesione del diritto di difesa sia avvenuta pur nella formale osservanza della disciplina legislativa³¹.

8. REGOLE EUROPEE MODELLO SUL PROCESSO CIVILE

In estrema sintesi, a livello europeo si tende verso una disciplina flessibile dell'ordinario processo di cognizione, in grado di aderire alla complessità concreta della controversia, grazie ad un'effettiva trattazione cooperativa della causa tra le parti e il giudice, in

³⁰ Cfr. art. 294, co. 2 e 3 c.p.c.

³¹ D'altra parte, l'art. 24, co. 2 Cost., nel prevedere che il diritto di difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del giudizio, prescinde dalla intermediazione legislativa.

vista del fine della giustizia come *fairness*, nel senso che ho già indicato all'inizio³².

Per conferire maggiore concretezza al discorso, terrò sott'occhio da questo punto il testo delle *Regole europee modello sul processo civile*. Ne riporterò qualche brano nel testo e nelle note a piè di pagina. Nella traduzione in italiano cercherò di rimanere fedele alla lettera e allo spirito del testo inglese, peraltro valendomi di termini tratti dalla lingua del codice di procedura civile italiano, ove sia convinto che essi raggiungano il massimo grado possibile di equivalenza funzionale con il termine inglese. Da tale approccio mi distaccherò sporadicamente: ad esempio, laddove la tradizione linguistica tecnico-processuale italiana, per indicare l'ufficio giudiziario, si vale del termine «giudice», preferisco parlare di «corte». Non tradurrò il sintagma *case management*, che assume un ruolo di primo piano nell'impianto delle *Regole europee modello*. In parte, una traduzione non è necessaria, poiché il termine evoca già nell'ambiente italiano un significato generico, noto agli addetti ai lavori. In parte, essa mi sarebbe difficile, poiché «gestione della controversia» denuncia un piglio aziendalistico che non mi è particolarmente gradito; mentre d'altra parte «trattazione della causa» lascerebbe fuori dal campo semantico un aspetto centrale: l'idea di maneggio organizzativo dello svolgimento della causa, calibrato sui tratti specifici della controversia che ne è oggetto³³.

Per cogliere meglio il senso delle *Regole europee modello* è utile anteporre una breve cronistoria del progetto³⁴.

³² Cfr. indietro, paragrafo 2.

³³ Per taluni presupposti metodologici di tali scelte, mi permetto di rinviare a R. CAPONI, *Interpretazione, traduzione e comparazione*, ora in *Dogmatica giuridica e vita*: Studi di giustizia civile, vol. II, p. 1133 ss.

³⁴ Cfr. *Eli-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021, p. XXIV-338. Il testo in inglese delle regole è disponibile sui siti istituzionali di ELI e UNIDROIT. Per uno di questi, cfr. <https://tinyurl.com/Eli-Unidroit-Rules>. Stanno uscendo traduzioni nelle principali lingue, tra le quali l'italiano. Per un inquadramento generale, cfr. STÜRNER, *The Eli/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 86 (2022), pp. 421-472. Nella letteratura italiana, cfr. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2022, p. 717 ss.

Traendo ispirazione dai *Principles of Transnational Civil Procedure*, approvati da Ali e Unidroit nel 2004, lo *European Law Institute* (Eli) e Unidroit lanciavano nel 2013 un progetto congiunto, animato dal proposito di disegnare regole europee modello sul processo civile, basandosi su precedenti esperienze pioneristiche³⁵, sulle tradizioni costituzionali e processuali comuni agli Stati membri, così come sviluppate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, tenendo altresì presente la disciplina processuale emanata dall'Unione europea. Il progetto ha coinvolto più di sessanta fra docenti universitari, giudici, avvocati e altri professionisti attivi nell'amministrazione della giustizia, provenienti da ordinamenti nazionali, istituzioni dell'Unione europea e organizzazioni internazionali. I lavori, protrattisi nell'arco di sette anni con una serie di incontri e di scambi telematici, sono stati seguiti da un nutrito gruppo di osservatori istituzionali e assistiti da un comitato consultivo. Lingua di lavoro è stata l'inglese, ma ogni gruppo di lavoro ha costituito una comunità multilinguistica in cui si sono rispecchiate una pluralità di forme di vita e di prassi giudiziarie europee. Ciò ha reagito sull'adozione dell'una piuttosto che dell'altra formulazione della regola in lingua inglese, affinché ciascuna identità nazionale potesse sacrificarsi il meno possibile e sentirsi in un certo senso a casa propria, pur dovendo dar voce alle proprie idee in una lingua diversa da quella madre. Ciò ha influenzato anche l'uso da parte di ognuno della propria lingua madre, poiché ha posto ciascuno per un lungo arco di tempo dinanzi alla differenza che sempre sussiste tra i nostri pensieri e quanto di essi possiamo travasare nelle forme linguistiche. Il progetto si è concluso nel 2020 con l'approvazione del testo delle regole da parte degli organi di governo delle due istituzioni promotrici. Il testo è accompagnato da un'ampia introduzione e da ricchissimi commenti ad ogni regola, predisposti dai partecipanti al progetto.

³⁵ Cfr. STORME, *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1994.

L'intento non è stato quello di consolidare standard minimi comuni alle variegate culture processuali europee, bensì di combinare armonicamente principi comuni a queste ultime, elementi salienti della disciplina processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee. Gli sforzi sono stati assistiti da una costante ricerca del più ampio consenso verso la soluzione valutata come migliore. Il progetto si è aperto un varco tra un obiettivo attualmente privo di possibilità realistiche di essere accolto negli ordinamenti nazionali, quale un codice modello europeo di procedura civile, e la situazione corrente, qual è quella originata dall'intreccio tra interventi normativi frammentari dell'Unione Europea e diversità tra gli ordinamenti processuali nazionali, che è poco soddisfacente agli occhi di chi ritiene che un'armonizzazione della disciplina processuale sia un obiettivo meritevole di essere perseguito. Si è così promossa l'idea di elaborare blocchi di regole - da comporre nella fase finale dei lavori in un quadro di coerenza - su aspetti centrali della disciplina. Il testo comprende 245 regole ripartite nelle seguenti dodici parti: Disposizioni generali; Parti del processo; *Case Management*; Fase introduttiva della causa; Fase preparatoria dell'udienza finale; Notificazione degli atti; Accesso alle informazioni e prove; Pronunce giudiziali cosa giudicata e litispendenza; Mezzi di impugnazione; Misure provvisorie e cautelari; Tutela collettiva; Spese processuali.

Non si tratta di un codice modello europeo di procedura civile, ma la vastità del disegno, l'ammontare delle regole e il grado del loro dettaglio e la centralità degli istituti processuali disciplinati collocano l'opera su quella via. Coltivare una concezione comune di un modello processuale europeo si rivela già *hic et nunc* una idea regolativa molto utile, sia per la disciplina dell'Unione Europea che per quella degli Stati membri, in vista dell'obiettivo di un'armonizzazione flessibile. In secondo luogo, il testo delle *Regole europee modello*

sul processo civile potrà essere una fonte ispiratrice di raccomandazioni della Commissione europea agli Stati membri. In terzo luogo, esso, sorretto come è da una logica d'interazione tra autori e destinatari, potrà essere adattato dai legislatori nazionali alle esigenze e specificità dei singoli ordinamenti, cosicché il testo potrà arricchirsi sulla base delle esperienze degli interscambi con gli ordinamenti nazionali.

Infine, la dialettica che si svolge tra codice modello europeo e ordinamenti nazionali addita una prospettiva di respiro più ampio. Nonostante tutti gli sforzi sulla via della internazionalizzazione giuridica, il diritto presenta dei tratti costitutivi nazionali che non possono essere rimossi (specialmente in Europa), almeno finché sia riconoscibile l'esistenza di uno Stato nazionale come artefice di norme. Nella parte affidata alle cure di quest'ultimo, la formazione e l'attuazione delle regole giuridiche sono influenzate da cultura, mentalità, risorse economiche ed equilibri politici nazionali, che trovano espressione in linguaggi diversi gli uni dagli altri. Proprio questi tratti potrebbero costituire dei punti di forza più che di debolezza, almeno in Europa, ove si disponessero in una posizione di effettiva apertura verso una costruzione dialogica dell'identità europea, attraverso un confronto che attraversa le varie culture nazionali. Beninteso: un confronto autenticamente politico, prima che giuridico³⁶.

9. SEGUE: STRUTTURA DEL PROCESSO

La struttura del processo di cognizione fatta propria dalle *Regole europee modello sul processo civile* - così si trova scritto in un passo incisivo dei commenti - consiste in tre stadi: la fase scritta degli

³⁶ Varrebbe la pena di sviluppare a questo punto un discorso omologo a quello che si accennerà nella parte finale con specifico riferimento all'ambiente italiano.

atti introduttivi; una fase intermedia preparatoria della decisione³⁷; la fase decisoria, che assume normalmente la veste di una udienza finale concentrata in cui le parti deducono mezzi di prova sulle questioni ancora aperte e svolgono le loro argomentazioni conclusive dinanzi alla corte³⁸. Questa struttura sarebbe sufficientemente flessibile da soddisfare le variabili esigenze delle singole controversie e i loro specifici requisiti. In molti casi il processo potrebbe concludersi con una sentenza finale anticipata senza che ci sia bisogno di una elaborata udienza finale concentrata³⁹. In alcuni casi, la sentenza che risolve questioni preliminari (di rito o di merito) potrebbe precedere la sentenza definitiva⁴⁰. In casi urgenti il giudice può rilasciare misure provvisorie prima di pronunciarsi nella udienza finale concentrata⁴¹. Nelle cause complesse – sempre secondo il commento – è da attendersi che una udienza anticipata rivolta a determinare i criteri e le modalità del *case management* non sia sufficiente ad esonerare la corte dal suo dovere di *case management* attivo durante l'intero corso del processo⁴².

37 Cfr. Regole 61–63. In particolare, sotto il titolo *Udienze di case management di preparazione dell'udienza e all'accertamento finali*, la Regola 61 dispone: «(1) Al fine di preparare l'udienza finale, la corte può tenere un'udienza preliminare di *case management*, se necessario, altre udienze di *case management* durante il corso del processo (2) Le udienze di *case management* possono essere tenute in presenza. Se opportuno, la corte può procedere in forma scritta o utilizzare qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica disponibile (3) Durante o immediatamente dopo un'udienza di *case management*, dopo aver sentito le parti, la corte fissa un programma o calendario processuale con i termini entro i quali le parti devono adempiere ai loro obblighi processuali e fissa altresì il termine per l'udienza finale e la data entro la quale possibilmente sarà emessa la sentenza (4) Se del caso, la corte può impartire alle parti istruzioni rilevanti per la preparazione dell'udienza finale e la pronuncia. Per quanto possibile, tali istruzioni devono essere impartite all'udienza preliminare di *case management*. Ordini di *case management* devono essere adottati durante o immediatamente dopo l'udienza preliminare a ciò destinata».

38 Sotto il titolo *Udienza finale*, la Regola 64 dispone: «(1) Per quanto possibile, l'udienza finale è concentrata. Un'udienza finale concentrata può essere adattata all'impiego di tecniche di comunicazione elettronica (2) L'udienza finale deve svolgersi dinanzi al giudice o ai giudici che emaneranno la sentenza definitiva (3) Di norma, il giudice assume prove orali e prove su quelle questioni che sono ancora seriamente controverse tra le parti (4) Tutte le prove rilevanti non raccolte dalla corte nella fase preparatoria possono essere assunte nell'udienza finale. Nuove prove non prodotte negli atti introduttivi o su emendamento nella fase preparatoria possono essere ammesse solo se una parte dimostra di non averle potute produrre prima per ragioni serie e stringenti (5) Il giudice deve gestire adeguatamente l'udienza finale secondo le regole 48–49 [riportate avanti, *N.d.t.*]. In particolare, deve (a) fissare l'ordine di trattazione delle questioni; (b) disporre la comparizione personale delle parti o prescrivere la presenza all'udienza di un loro rappresentante, che deve essere a piena conoscenza di tutte le questioni rilevanti per la controversia; (c) disporre l'assunzione delle prove (6) Le prove documentali o altre prove precostituite sono da comunicare a tutte le altre parti prima dell'udienza finale. Le prove orali possono essere assunte solo se è stata data comunicazione a tutte le parti dell'identità della persona da ascoltare e dell'oggetto della prova (7) Le parti devono avere la possibilità di esporre le loro conclusioni finali, comprese le considerazioni sui risultati dell'istruzione probatoria».

39 Cfr. Regola 65.

40 Cfr. Regola 66.

41 Cfr. Regola 67.

42 Cfr. Regole 4 e 61 (1).

10. *SEGUE*: PRINCIPI

Per discorrere dei principi che ispirano tale struttura del processo di cognizione, occorre indicare i due pilastri che sorreggono le *Regole europee modello sul processo civile*. Il primo pilastro è piantato fuori dal processo ed è costituito dal fondamento stesso della civiltà europea, progressivamente affermatosi nell'evo moderno, cioè l'acquisita centralità della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei vari ambiti della vita. Nell'età moderna la libertà diventa innanzitutto libertà del cittadino, prima che dell'entità politica. Sul piano della giustizia civile, ciò si traduce nella promozione rigogliosa dell'iniziativa e del ruolo permanentemente attivo delle parti nel comporre consensualmente la controversia o singoli aspetti di essa. Il secondo pilastro è piantato all'interno della giustizia civile ed è costituito dalla combinazione tra il principio di cooperazione e il principio di proporzionalità, che dà forma dall'interno al tessuto delle regole e si riflette appunto nella struttura del processo di cognizione.

La disposizione inaugurale delle *Regole europee modello* enuncia il principio di cooperazione: «Le parti, i loro avvocati e la corte cooperano al fine di una giusta (*fair*), efficiente e rapida composizione della controversia»⁴³. Si ode immediatamente l'obiezione dei realisti disincantati: è pia illusione, quando non è frutto di malcelata ipocrisia, l'idea che il processo civile possa trovare il proprio cardine nel principio di cooperazione. Esso è piuttosto l'aspro terreno di scontro fra gli interessi contrastanti delle parti e - non di rado almeno in Italia - di conflitto tra le categorie professionali di giudici e avvocati. In replica, non varrebbe calare in campo la classica osservazione, uno poco stantia, che le *Regole europee modello*, come qualsiasi altra disciplina giuridica, si muovono sul piano del dover essere normativo.

⁴³ È la Regola 2, la prima di contenuto sostanziale (la Regola 1 determina il campo di applicazione delle *Regole europee modello*).

Si tratta invece di ritornare a srotolare pazientemente la «gomena» che tiene insieme le dimensioni del tempo storico, cogliendone le stratificazioni⁴⁴. L'opzione di fondo in favore del principio di cooperazione rinviene i propri antecedenti nelle scelte compiute in alcuni codici di procedura civile europei a cavallo tra XIX e XX secolo. L'aspirazione implicita è di superare (mediandole) due immagini contrapposte dell'essere umano che alimentano ideologicamente la concezione dei rapporti tra processo civile e società nella cultura occidentale moderna. Da un lato, l'essere umano sarebbe il fattore scatenante di un conflitto, di cui è emblema la massima plautina *homo homini lupus* (che per la verità suonerebbe offensiva per i lupi). Il conflitto richiede di essere composto attraverso l'intervento di un ente collettivo: storicamente, nell'epoca moderna, lo Stato. Fondamentalmente, è l'immagine propria del pensiero di Thomas Hobbes. È un'idea ben presente ai cultori del processo civile nell'esperienza europeo-continentale, ove la materia è costruita sul pilastro del divieto di farsi giustizia da sé, a cui è abbinato il monopolio della forza, preteso tradizionalmente dallo Stato entro il proprio territorio⁴⁵ ed esercitato per mezzo di procedure che ne autorizzano l'uso legittimo in favore di chi ne necessita per tutelarsi.

Dall'altro lato, nell'esperienza di *common law*, specialmente nordamericana, campeggia il pensiero di John Locke: l'individuo e la sua libertà costituiscono il fondamento e il perno dell'ordine sociale. Corrispondentemente, l'idea della contropartita tra divieto di autotutela privata e istituzione del processo civile statale si riscontra meno nel pensiero giuridico di *common law*, che muove piuttosto dall'idea di una certa linea di sviluppo, senza drammatiche soluzioni

⁴⁴ L'immagine dello srotolare la gomena, per indicare il gioco delle tre dimensioni del tempo nella nostra identità personale (e collettiva), è frequentemente richiamata da R. BODEI, da ultimo (purtroppo da intendere nel suo significato letterale e non nel senso di «più recente») in **Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale**. Bologna, 2019, in particolare nella parte quinta.

⁴⁵ Cfr. M. WEBER, *La politica come professione*, in **Il lavoro intellettuale come professione**, traduzione italiana di F. Tuccari e P. Rossi, con Introduzione di M. Cacciari, Milano, 2018.

di continuità, tra rimedi privati e rimedi giurisdizionali: quella stessa linea di continuità che costruisce l'ordine sociale sulla fiducia nell'individuo e nelle sue energie creatrici⁴⁶.

Diversa da queste due visioni contrapposte, ma accomunate dall'assunto che si dia un'essenza o natura umana orientata, è l'immagine della *deinotes*, cantata già nel primo stasimo dell'Antigone di Sofocle (*Soph. Ant.* 332-375): «Molte sono le cose straordinarie, eppure nulla di più straordinario dell'uomo esiste»; laddove «straordinario» (*deinos*) indica meraviglioso, ma anche terribile, come ente indeterminato verso il bene o verso il male⁴⁷. Indubbiamente accattivante è l'idea di una antropogenesi concepita non come evento compiutosi una volta per tutte in un certo momento, bensì come processo storico sempre in corso (G. Agamben). Senza cessare di restare animale, l'essere umano sarebbe costantemente in atto di diventare umano attraverso il linguaggio (e di mancare frequentemente l'obiettivo). Ciò che dà forma all'antropogenesi sarebbe il linguaggio, l'articolarsi della voce in suoni che trovano corrispondenza in segni. In altre parole, vi

46 Il *continuum* tra autotutela e processo civile ben si rispecchia nelle prime pagine del classico studio di F.H. Lawson sui rimedi nel diritto inglese: «Gli avvocati sono talmente abituati ad associare i rimedi alle corti che sono in grado di dimenticarsi dell'autotutela. E tuttavia l'autotutela è il tipo più antico di rimedio. Solo gradualmente essa fa strada alla tutela giurisdizionale, che in origine si svolgeva molto per mezzo dell'iniziativa privata, come citare il convenuto, portarlo davanti alla corte ed eseguire la sentenza nei suoi confronti. Uno degli aspetti più interessanti nella storia è stato il tentativo persistente e continuo delle società politiche di sopprimere l'autotutela e di sostituirla con il processo giurisdizionale. [...] Alla fine, l'autotutela è venuta a giocare un ruolo subordinato nella riparazione dei torti; tuttavia, ometterla da un libro sui rimedi darebbe un'impressione del tutto falsa». Cfr. F. H. LAWSON, H. TEFF, **Remedies of English Law**, seconda ed., London, 1980, p. 25, ove si prosegue con i primi due capitoli dedicati ai rimedi di autotutela.

47 Plurime sono le attestazioni di scetticismo nei confronti della nozione di una universale natura umana, pur da differenti prospettive: cfr. G. W. F. HEGEL, **Lineamenti di filosofia del diritto, Diritto naturale e scienza dello stato in compendio**, con le Aggiunte di E. Gans, a cura di G. Marini, settima edizione, Bari-Roma, 2012, p. 107 (paragrafo n. 107): «quel che il soggetto è, è la serie delle sue azioni» (il corsivo è in originale); A.N. WHITEHEAD, *Processo e realtà. Saggio di cosmologia*, a cura di M.R. Brioschi, Introduzione di L. Vanzago, Milano, 2019, *passim*: secondo cui il soggetto non è una entità dura e ferma, ma è, esso stesso, un processo, un movimento, un fare esperienza, passando dal momento della confusione del sentimento alla chiarificazione progressiva; A. GEHLEN, **L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo**, introduzione di K. S. Rehberg, traduzione di C. Mainoldi, Milano, 1983, p. 35 s., che pone a fondamento del suo studio sulla natura e il posto nel mondo dell'essere umano la considerazione che esso ha tra le proprie caratteristiche più rilevanti quella di dover prendere posizione circa sé stesso, «cioè circa le proprie pulsioni e qualità percepite, ma anche circa i propri simili, gli altri uomini; infatti, anche il modo di trattare gli uomini dipende da come li si considera e da come si considera sé stessi» (alla pagina successiva è citato il pensiero di Nietzsche: «l'uomo è un animale non ancora definito»); H. ARENDT, **Vita attiva: La condizione umana** (1958), introduzione di A. Dal Lago, traduzione di S. Finzi, Milano, 2017, ove il titolo inglese, **The Human Condition**, allude a una presa di distanza nei confronti del concetto di natura umana; cfr., infine, le inquietudini dell'Umanesimo (*qui es tu homo?*), messe a fuoco da M. CACCIARI, **La mente inquieta: Saggio sull'Umanesimo**, Torino, 2019, *passim* e specialmente il capitolo quinto.

sarebbe un movimento ininterrotto del diventare umani, determinato storicamente dalla rete linguistica intessuta con altri viventi umani.

Non credo di essere vittima di esasperata influenza della specializzazione degli studi - dalle cui esagerazioni bisogna pur sempre rifuggire - se ritengo che la fondazione del processo civile sulla cooperazione, come dispositivo sociale sempre in atto di realizzarsi e continuamente esposto al fallimento, altro non è che la costruzione di un meccanismo in cui i conflitti non tanto si compongono, quanto si dispongono a conservare quanto vi è in loro di capacità innovativa dell'essere sociale; una costruzione orientata all'idea che non vi sia un «essere» umano, ma si dia un costante «divenire» umano del vivente uomo, un distinguersi incessante dagli altri animali e, quindi, un permanente restare ancorati ad un fondo di animalità. Mi sembra che nel processo giudiziario il nostro perpetuo diventare umani attraverso il linguaggio, così come i ritorni di fiamma verso la nostra animalità, si possano cogliere con particolare evidenza, come in un laboratorio; così come vi rilucono i riflessi dell'ambiente sociale circostante.

Per le persone coinvolte, il processo è un fenomeno sociale più concreto, penetrante nella psiche e assorbente di energie di altre manifestazioni di applicazione pratica del diritto; è un luogo di incontro tra individui con culture, ruoli e tratti caratteriali diversi e frequentemente contrapposti, che si confrontano in costellazioni diverse, intrecciantesi tra di loro; è un fenomeno di diritto immediatamente vissuto e combattuto in un ambiente in cui dimensioni individuali e collettive, destini personali e prospettive professionali si intrecciano nel profondo. Specialmente nell'ultimo mezzo secolo, la progressiva consapevolezza di questo intreccio ha dischiuso il processo all'osservazione e sperimentazione di altre branche del sapere, in particolare all'economia, alla sociologia, alla psicologia, alla linguistica, le quali hanno ridimensionato l'esclusività delle pretese cognitive e normative

della scienza giuridica. Il fenomeno è esploso con la diffusione dei metodi di composizione delle controversie cosiddetti alternativi rispetto alla giustizia statale. Essi hanno tentato di accreditarsi come strumenti migliori rispetto a quest'ultima (riuscendovi in parte), non solo da un punto di vista economico, ma in virtù di una loro maggiore capacità cognitiva del reale conflitto di interessi sottostante alla controversia, al di là della formulazione giuridica delle relative pretese⁴⁸. Non è certo un caso che i metodi negoziali di composizione dei conflitti abbiano lanciato la loro sfida sul campo del linguaggio, dinanzi alla quale mostra la corda (sebbene se ne intraveda l'utilità aziendale) la reazione in termini di disciplina di sinteticità e chiarezza, nonché di moduli e formulari, degli atti processuali⁴⁹.

11. SEGUE: COMBINAZIONE DINAMICA TRA COOPERAZIONE E PROPORZIONALITÀ

Nella formulazione accolta dalle *Regole europee modello sul processo civile*, il principio di cooperazione riflette bene l'unitarietà essenziale della struttura di quest'ultima. Tuttavia, nello svolgimento della trama dell'apparato normativo, il principio di cooperazione segue il ritmo vitale della controversia. Prima di tutto la cooperazione è tra le parti (e inizia fuori dal processo) e poi tra le parti e il giudice. I due momenti potrebbero essere distintamente seguiti nelle loro irradiazioni in una serie di disposizioni specifiche distribuite in tutto il testo,

⁴⁸ Rinvio indietro, al paragrafo 3.

⁴⁹ Il discorso svolto in questo capoverso è estratto da una riflessione più ampia, che sto conducendo da alcuni anni, sull'autonomia del processo civile. Tale concetto è stato relegato un poco ai margini dalla valorizzazione dell'idea di strumentalità. L'esperienza degli ultimi decenni indica ai miei occhi l'opportunità di individuare un nuovo equilibrio tra autonomia e strumentalità del processo civile. Per qualche ulteriore riflessione, rinvio a R. CAPONI, *Autonomia del processo civile* (note a margine di un tema immenso), in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di R. Tiscini e Francesco P. Luiso, Pisa, 2022, nonché in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 136 ss.

a partire dalle due regole immediatamente successive⁵⁰. La scansione trova il suo precipitato saliente nella composizione consensuale delle controversie, che costituisce il terzo dei princìpi che aprono la prima parte delle *Regole europee modello*.

Combinati e bilanciati tra di loro, i due princìpi di cooperazione e di proporzionalità offrono base normativa al tentativo di trovare un equilibrio dinamico tra l'ambito dei poteri riconosciuto alle parti come proiezione processuale della loro autonomia privata e del carattere normalmente disponibile dei rapporti giuridici oggetto del processo civile, da un lato, e, dall'altro lato, i poteri del giudice, che è chiamato a trattare la singola disputa senza perdere di vista buona (*proper*) amministrazione della giustizia (con ripartizione equilibrata delle sue risorse di tempo tra tutte le controversie che egli ha in carico)⁵¹.

Lo scopo del principio di cooperazione, cioè una risoluzione giusta, efficiente e rapida della controversia⁵², non può conseguirsi senza un'equilibrata ripartizione delle risorse devolute alla gestione dell'insieme dei processi. Ormai da decenni si è diffusa in Europa la consapevolezza che, sul fronte della disciplina processuale, che - come si è ripetuto fin dall'inizio - è solo uno fra i molti fattori che incidono sull'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, è necessario delineare princìpi da concretizzare in canoni di condotta che, come il principio di proporzionalità, mettano in relazione la trattazione della singola controversia e la gestione della massa dei processi e orientino

50 Sotto il titolo **Ruolo delle parti e dei loro avvocati**, la Regola 3 prevede: «Le parti e i loro avvocati: (a) adottano misure ragionevoli e appropriate al fine di risolvere le controversie in via amichevole; (b) contribuiscono al corretto *management* della controversia; (c) allegano fatti e deducono prove; (d) assistono il giudice nell'accertamento dei fatti e nell'individuazione della legge applicabile; (e) agiscono in buona fede ed evitano abusi processuali nei rapporti con il giudice e le altre parti». Sotto il titolo *Ruolo della corte* - *Dovere generale di case management* la Regola 4 prevede: «Il giudice è responsabile del *management* attivo ed efficace della controversia. Egli garantisce che le parti godano di parità di trattamento. Nel corso del processo egli controlla che le parti e i loro avvocati osservino i doveri che su di essi gravano ai sensi delle presenti regole».

51 Cfr. Regola 5 (2).

52 La parola «rapida» traduce *speedy*. Per ragioni di speditezza di formulazione, si è mancato di impiegare «entro un termine ragionevole», commisurato al grado di complessità in concreto della controversia, ma il significato è quello: tra composizione rapida e composizione entro un termine ragionevole il rapporto è analogo a quello tra atto processuale breve e atto processuale sintetico, tanto per menzionare un'altra novità della riforma italiana (cfr. art. 121 c.p.c. e le altre disposizioni specifiche).

verso un equilibrio tra la protezione degli interessi individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di coloro che sono terzi rispetto alla singola vicenda processuale, cioè gli interessi degli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia. Questi ultimi interessi si appuntano sulla gestione efficiente della massa dei processi⁵³.

12. *SEGUE: CASE MANAGEMENT*

Nelle sue interne relazioni reciproche, il dittico di principi d'apertura (cooperazione, proporzionalità), che culmina poi in un tritico attraverso il principio della risoluzione negoziale delle controversie, rappresenta una delle novità salienti delle *Regole europee modello sul processo civile* e costituisce il miglior viatico per comprendere la struttura del processo di cognizione ivi delineata, sulla quale a questo punto si ritorna a riflettere.

L'osservatore italiano, abituato alla tradizione romano-canonica dello snodarsi della fase istruttoria collocato tra lo stadio introduttivo e quello finale, sarà stato colto di sorpresa dalla presenza di una fase intermedia di carattere «preparatorio» e da una fase finale impegnata dall'udienza principale. Egli penserà che le *Regole europee modello* potranno ambientarsi solo in pianeti differenti dal suo. In realtà, l'impressione è da ridimensionare, come si vedrà più avanti, additando qualche spunto comparatistico ulteriore (rispetto a quelli già indicati indietro⁵⁴) da cui riguardare la riforma del 2021/2022 del processo civile italiano⁵⁵.

Il primo aspetto meritevole di essere sottolineato è la parte dedicata alla disciplina generale del *case management*⁵⁶. Sotto il titolo

⁵³ In senso generalmente critico nei confronti di questa prospettiva, con pagine all'altezza della sfida, cfr. la raccolta di saggi di A. PANZAROLA, **Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale**, Bari, 2022.

⁵⁴ Spunti che si trovano già sparsi nei paragrafi da 2 a 6.

⁵⁵ Cfr. avanti, paragrafo 14.

⁵⁶ Cfr. Regole 47-50.

Accurata condotta del processo ad opera delle parti, la Regola di esordio (n. 47) rappresenta un notevole esempio di predeterminazione normativa elastica dei modi di scansione temporale del procedimento: «Le parti sono tenute a presentare le loro domande, difese, allegazioni di fatto e deduzioni probatorie nel modo più tempestivo e completo possibile e nel modo più appropriato a un'accurata condotta del processo al fine di garantirne la speditezza». Per rendersi conto dell'importanza strategica di questa parte nell'intera architettura delle *Regole europee modello*, non vi è cosa migliore che dare una prima lettura al testo delle regole.

Sul versante della disciplina dei poteri del giudice, la combinazione dinamica tra cooperazione e proporzionalità trova espressione in quella che si può definire come la *clausola generale di flessibilità*, con cui si apre la regola dedicata agli strumenti di *case management*. A rischio di spazientirvi, o lettori, riporto integralmente il testo della Regola 49: «Ove necessario per il buon *management* del processo, la corte, in particolare: (1) incoraggia le parti ad attivarsi per risolvere la controversia o aspetti della controversia e, ove appropriato, a valersi di metodi alternativi di risoluzione delle controversie; (2) fissa le conferenze di *case management*; (3) determina il tipo e la forma del processo; (4) stabilisce un programma o un calendario del processo con termini per gli atti processuali che le parti e/o i loro avvocati sono tenuti a compiere; (5) limita il numero e la lunghezza delle future memorie; (6) determina l'ordine in cui le questioni sono da trattare e se le cause sono da riunire o da separare; (7) stabilisce la separazione delle questioni relative alla giurisdizione, alle misure cautelari e alla prescrizione al fine di deciderle anticipatamente in apposite udienze; (8) prende in considerazione le modifiche da apportare al fine di una corretta rappresentanza delle parti, le conseguenze di mutamenti relativi alle parti e alla partecipazione di terzi, intervenienti o altre

persone; (9) dà istruzioni concernenti le memorie o le deduzioni probatorie alla luce degli argomenti delle parti; (10) richiede la comparizione personale delle parti o di un rappresentante, che è tenuto ad essere pienamente informato su tutte le questioni rilevanti; (11) tratta le questioni relative alla disponibilità, ammissibilità, forma, comunicazione (*disclosure*) e scambio delle prove e, ove appropriato allo stato del processo, (a) decide sull'ammissibilità delle prove, (b) ne ordina l'assunzione»⁵⁷. Riporto in nota le disposizioni successive⁵⁸.

Al fine del «buon *management* del processo», il giudice non è gravato di obblighi, ma di poteri-doveri da esercitarsi «ove necessario». Questo ho inteso indicare con l'espressione «clausola generale di flessibilità». Così configurato, l'impressionante catalogo di poteri giudiziali necessita di una cornice di contenimento, in modo da evitare che esso si trasformi in uno strumento di arbitrio giudiziale. Due sono i fattori che sono chiamati logicamente a neutralizzare i rischi.

Il primo rischio di arbitrio scaturisce dall'esterno, cioè da un intollerabile sovraccarico di lavoro che spinga il giudice ad abusare di tali poteri per ridurre il proprio carico di lavoro in modo indebito, in particolare facendo operare le norme processuali come «tagliole» attraverso un'interpretazione formalistica. Mitiga il rischio la predisposizione di risorse umane e materiali in misura sufficiente ad agevolare la migliore applicazione della disciplina normativa.

Il secondo fattore di rischio scaturisce dalla personalità del singolo giudice e può essere mitigato dalla cultura (non solo giuridica)

⁵⁷ Antenato di questa regola è tra gli altri, almeno in parte, il § 273 ZPO tedesca, sul quale rinvio a R. CAFONI, **Poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco**, ora in *Dogmatica giuridica e vita*: Studi di giustizia civile, vol. I, cit., p. 291 ss., p. 294 ss.

⁵⁸ Sotto il titolo **Controllo del processo ad opera della corte**, la Regola 48 dispone: «In tutte le fasi del processo, la corte è tenuta a controllare che le parti e i loro avvocati rispettino la regola 47 e qualsiasi ordine emesso ai sensi della regola 49». Sotto il titolo **Ordini di case management**, la Regola 50 prevede: «(1) La corte può emanare ogni ordine di *case management* d'ufficio o su istanza di parte. Ove gli ordini o le decisioni siano adottati senza sentire le parti o senza preavviso (*ex parte*), le parti non sentite in precedenza possono chiedere che l'ordine o la decisione siano riesaminati in un'udienza o sulla base di memorie scritte; (2) Se le parti si accordano su un provvedimento di *case management*, la corte non può determinarsi diversamente senza giustificati motivi; (3) La corte può modificare o revocare qualsiasi provvedimento di *case management* su istanza di parte o d'ufficio».

che incida sulla già ricordata indeterminatezza delle propensioni umane, nel senso di innalzare il grado di lealtà, correttezza e buona fede delle relazioni professionali con le parti, gli avvocati e le altre figure coinvolte nell'amministrazione della giustizia.

Ove questi rischi si mantengano sotto controllo, la «clausola generale di flessibilità» perde il suo carattere dirompente e si profila come il primo elemento del test di proporzionalità tripartito cui è sottoposto l'esercizio dei pubblici poteri, nel senso della verifica della: (a) necessità di esercitare il potere; (b) idoneità allo scopo (che in questo caso è la giusta composizione della controversia) e (c) adeguatezza (cioè l'esercizio calibrato, che eviti l'eccesso e il difetto rispetto allo scopo).

13. *SEGUE*: FASE INTRODUTTIVA DELLA CAUSA

Passando alla disciplina della fase introduttiva della causa⁵⁹, il primo gruppo di regole è rivolto ai *Doveri processuali anteriori all'inizio della causa* e reca traccia dell'esperienza inglese dei *Pre-Actions Protocols*. La regola di esordio (n. 51) prevede che: «Prima dell'avvio del processo, le parti cooperano tra loro al fine di evitare dispute e spese inutili, di facilitare la tempestiva composizione consensuale della controversia e, qualora ciò non sia possibile, al fine di favorire il *management* proporzionato del futuro processo⁶⁰. La disposizione attesta la scansione in due fasi della cooperazione (prima tra le parti; poi tra le parti e la corte) e si presenta altresì come un incisivo esempio di combinazione dinamica tra cooperazione e proporzionalità, focalizzantesi sulla composizione consensuale delle controversie. Riletta da questo punto di

⁵⁹ Cfr. Regole 51-60.

⁶⁰ La Regola 51, comma 1 si chiude con il rinvio alle regole 2-11 e 47-50. I commi successivi concretizzano la Regola 51: «(2) Al fine di promuovere il dovere generale di cui alla regola 51(1) le parti possono (a) comunicarsi reciprocamente informazioni sintetiche sulle loro potenziali domande o difese; (b) chiarire e, ove possibile, ridurre le questioni giuridiche e di fatto oggetto della controversia; (c) identificare gli elementi di prova rilevanti in modo da facilitare una valutazione efficace e tempestiva della fondatezza delle loro posizioni; (3) Le parti possono anche (a) prendere in considerazione un possibile programma per il processo; (b) stimarne il costo potenziale; (c) prendere in considerazione questioni di prescrizione, giurisdizione, misure cautelari, e qualsiasi altra questione processuale».

vista, la Regola 51 si commenta da sola. In particolare, essa ha lo scopo di trovare un giusto equilibrio tra gli estremi – perseguiti nell’uno o nell’altro degli ordinamenti nazionali europei – dell’obbligatorietà del tentativo stragiudiziale, da un lato, e, dall’altro lato, l’inesistenza di qualsiasi incentivo alla composizione consensuale. La Regola 51 richiede alle parti di intraprendere passi diretti a chiarire tempestivamente gli elementi essenziali della potenziale controversia; ciò che corrisponde già alle migliori prassi a livello europeo⁶¹.

Suggerimenti derivano inoltre dalla cura con la quale le *Regole europee modello* dettano la disciplina dell’atto introduttivo del giudizio, ove si richiede tra l’altro di allegare «i fatti costitutivi della domanda in modo ragionevolmente dettagliato con riferimento al tempo, al luogo, alle persone e agli eventi», nonché di «descrivere con sufficiente precisione i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni»⁶². Altri notevoli spunti di riflessione, nonché di impiego immediatamente pratico nella impostazione di testi normativi relativi alla fase introduttiva del processo, derivano dalla lettura delle disposizioni successive, rivolte a: *Difesa e domande riconvenzionali*⁶³, *Modifiche degli atti introduttivi*⁶⁴, *Rinuncia e riconoscimento della pretesa*⁶⁵.

61 Cfr. Commento 3 alla Regola 51, in *Eli-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 97.

62 Sotto il titolo *Contenuto dell’atto introduttivo*, la Regola 53 dispone nel suo tenore letterale: «(1) L’atto introduttivo (*statement of claim*) contiene, come minimo, l’indicazione specifica della corte e delle parti, il rimedio richiesto e le relative ragioni (2) L’atto introduttivo deve: (a) allegare i fatti costitutivi della domanda in modo ragionevolmente dettagliato con riferimento al tempo, al luogo, alle persone e agli eventi; (b) descrivere con sufficiente precisione i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni; (c) indicare le ragioni giuridiche a supporto della domanda, compreso il diritto straniero, in modo sufficiente a consentire alla corte di accertarne la fondatezza giuridica; (d) indicare in modo dettagliato il rimedio richiesto, compresa la somma di denaro o i termini precisi di qualsiasi altro rimedio richiesto; (e) indicare l’osservanza di qualsiasi condizione necessaria, secondo il diritto nazionale applicabile, alla deduzione della domanda in giudizio, come un tentativo stragiudiziale obbligatorio di conciliazione o mediazione, o una intimazione formale concernente l’oggetto della controversia». La Regola 53 prosegue con alcune disposizioni dirette tra l’altro a: *a)* emendare su invito della corte inosservanze di requisiti dell’atto introduttivo, salva la possibilità che i dettagli relativi ai fatti rilevanti o ai mezzi di prova si chiariscano nel proseguimento, se la pretesa dedotta in giudizio si rivela plausibile e giustificati motivi escludono la possibilità attuale; *b)* richiedere ove possibile la produzione dei mezzi di prova insieme all’atto introduttivo; *c)* a consentire all’attore di fare istanza per l’accesso a mezzi di prova nella disponibilità del convenuto o di un terzo.

63 Regola 54.

64 Regola 55.

65 Regola 56.

14. SEGUE: DOMANDA CONGIUNTA DI PROCESSO CONCORDATO TRA LE PARTI

Un cenno merita la disciplina della domanda congiunta di processo concordato tra le parti⁶⁶, che rientra a buon titolo in un discorso generale sulla struttura del processo, costituendo una struttura di cognizione delle controversie interna alla giustizia civile statale, ma parallela e alternativa rispetto alla disciplina legislativa (o comunque normativa, di carattere pubblicistico).

In via preliminare, è opportuno richiamare l'attenzione su un fenomeno che può aver sollecitato l'introduzione di siffatta disciplina. Si tratta di un fenomeno sviluppatosi in anni recenti, che in Europa è stato incentivato dalla Brexit: è il tentativo di entrare in concorrenza con la piazza giudiziaria di Londra in relazione alle controversie commerciali internazionali. Mi riferisco alle «corti commerciali internazionali», ovvero a «corti internazionali d'impresa» (nella lingua inglese la terminologia oscilla tra *Commercial Courts* oppure *Business Courts*)⁶⁷. Le corti commerciali internazionali si assidono su un terreno intermedio tra giustizia civile statale e arbitrato commerciale internazionale. Infatti, di regola si fondano sull'accordo delle parti per la scelta del foro, danno uno spazio, variabile a seconda degli ordinamenti, all'uso dell'inglese come lingua processuale, adottano frequentemente un sintetico regolamento processuale *ad hoc* e gravano le parti di spese processuali maggiori rispetto al normale contenzioso, ma minori rispetto all'arbitrato⁶⁸. L'idea di creare corti commerciali internazionali presso le giurisdizioni statali tiene dietro a sollecitazioni scaturenti da

⁶⁶ Regole 57-60.

⁶⁷ Fra le esperienze più interessanti, la **Netherlands Commercial Court**, in attività dal 1° gennaio 2019, con sede ad Amsterdam.

⁶⁸ In Europa, tali iniziative si giovano dello spazio giudiziario europeo, specialmente della disciplina delle clausole di scelta del foro prevista dall'art. 25 reg. UE 1215/2012 (*Bruxelles I bis*), che non richiede un collegamento della controversia con l'ordinamento cui appartiene la corte scelta dalle parti. Per un più ampio discorso sul punto sia consentito il rinvio a R. CAPONI, **Corti commerciali internazionali ovvero corti internazionali d'impresa**, ora in *Dogmatica giuridica e vita*: Studi di giustizia civile, vol. II, cit., p. 1323 ss.

una comune realtà sociale ed economica, quella della globalizzazione (che negli ultimi anni ha sperimentato pesanti battute di arresto a cagione della pandemia e del conflitto bellico tra Russia e Ucraina, ma non è certamente cancellabile). In particolare, le *International Business Courts* costituiscono uno degli aspetti del fenomeno fascinosamente delineato tre lustri or sono da Saskia Sassen: «La trasformazione dell'epoca che si chiama globalizzazione si sta producendo all'interno della dimensione nazionale più di quanto comunemente si pensi. È qui che i significati più complessi della dimensione globale vengono a costituirsi [...]. Una buona parte della globalizzazione consiste in una enorme varietà di microprocessi che iniziano a denazionalizzare ciò che era stato costruito come nazionale: politiche, capitali, soggettività politiche, spazi urbani, cornici temporali e una varietà di altri elementi»⁶⁹. Il discorso si attaglia perfettamente alle corti internazionali d'impresa. In questa cornice si spiega anche la mobile collocazione dell'aggettivo «internazionale», poiché segnala che il carattere transnazionale delle controversie trasmuta anche i tratti delle corti che le conoscono, dispiega una notevole forza immaginifica, evocatrice di uno di questi processi di denazionalizzazione.

Con la disciplina della domanda congiunta di processo concordato tra le parti, le *Regole europee modello* profilano una notevole proposta di una comune cornice normativa, cui potrebbero ispirarsi gli ordinamenti desiderosi di condividere questa esperienza, così come di coltivare una «terza via» tra arbitrato e giustizia civile statale⁷⁰. Sotto il titolo *Contenuto della domanda congiunta*, si dispone: «(1) La domanda congiunta è una dichiarazione in cui le parti presentano congiuntamente alla corte un accordo ai sensi della Regola 26, le rispettive domande e difese, le questioni controverse che affidano all'accerta-

⁶⁹ Cfr. S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, p. 1.

⁷⁰ Sull'opportunità di battere una tale «terza via» avevo richiamato l'attenzione in uno studio di oltre dieci anni fa, cfr. *Accordi processuali*, ora in *Dogmatica giuridica e vita: Studi di giustizia civile*, cit., p. 180 ss.

mento della corte e le rispettive deduzioni su tali questioni. (2) Sono requisiti di ammissibilità della domanda congiunta: (a) l'indicazione delle parti; (b) l'indicazione del giudice adito; (c) il rimedio richiesto, compresa la somma di denaro o i termini specifici di qualsiasi altro rimedio richiesto; (d) i fatti rilevanti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda. (3) La domanda congiunta indica i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni di fatti. Ove possibile, tali mezzi di prova devono essere depositati insieme alla domanda. (4) La domanda congiunta è firmata e datata dalle parti»⁷¹.

In un certo senso, la disciplina della domanda congiunta, accanto alla clausola generale di flessibilità di esercizio dei poteri giudiziali di *case management*⁷² e agli ordini di *case management* concordati tra le parti⁷³, è il vertice del già menzionato trittico di principi (la combinazione tra cooperazione e proporzionalità, cui si aggiunge il principio di consensualità nella risoluzione delle controversie) che innerva tutta la struttura delle *Regole europee modello sul processo civile*.

15. TRA REGOLE EUROPEE E RIFORMA ITALIANA DELLA FASE INTRODUTTIVA: SINTESI COMPARATISTICA

Netta è la differenza dei punti di partenza tra il modello di processo di cognizione adottato dalle *Regole europee modello sul processo civile* e il processo civile di cognizione italiano. Netta rimarrà tale differenza pur dopo la riforma del 2021/2022. Nonostante il commento alle *Regole europee modello parli* – come si è avuto occasione di scrivere indietro – di scansione in tre fasi, la struttura della cognizione approntata dalle *Regole europee* si colloca piuttosto sul solco della seconda variante

⁷¹ Cfr. Regola 57.

⁷² Cfr. Regola 49 (1), indietro.

⁷³ Sui quali non ci si è potuti intrattenere in questa sede, cfr. Regola 50 (2), indietro.

della struttura bifasica, imperniata su un'udienza principale⁷⁴, in cui la controversia, di regola, trova la sua definizione. Si rigetta la struttura sequenziale di udienze di origine romano-canonica⁷⁵, ma si rigetta anche la distinzione, indipendente dall'alternativa tra struttura bi- o trifasica, tra più moduli di trattazione⁷⁶, per muoversi in direzione di una disciplina flessibile, adattabile al grado di complessità della controversia grazie ad un *case management* cooperativo prima solo tra le parti (sul piano stragiudiziale), e poi, successivamente all'inizio del processo, tra le parti e il giudice, su impulso e controllo di quest'ultimo.

Tuttavia, si possono scorgere alcune corrispondenze di orientamento tra ciò che si è scritto nelle *Regole europee modello* del 2020 e ciò che si è scritto in Italia nella riforma del 2021/2022. Se infatti tra il modello europeo e l'orientamento della riforma italiana vi fosse davvero quella abissale differenza, quella alterità radicale che pur ci è parso di intravedere in controluce dall'analisi precedente, i due testi normativi non potrebbero nemmeno essere comparati tra di loro. O almeno: non potrebbero essere comparati nelle loro rispettive direzioni di marcia. La comparabilità tra due fenomeni presuppone che essi non siano integralmente differenti tra di loro, ma che essi abbiano al contrario elementi comuni. Se due fenomeni non fossero comparabili, non se ne potrebbe nemmeno predicare la differenza.

Del procedimento semplificato di cognizione si è già detto⁷⁷. Si può solo sintetizzare che la sequenza in cui una prima fase di negoziazione assistita, arricchita di possibilità istruttorie, è seguita eventualmente da una seconda fase assoggettata al procedimento semplificato di cognizione è la meno distante dal modello europeo prevalente, caratterizzato – come si è tentato di schematizzare con il soccorso

⁷⁴ Nelle *Regole europee modello* è l'udienza «finale» (cfr. Regola 61).

⁷⁵ Cfr. il commento 3 alla Regola 61, in *Eli-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 110.

⁷⁶ Cfr. il *Preambolo*, in *Eli-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 9.

⁷⁷ Cfr. indietro, paragrafo 3.

delle *Regole europee modello* e si è appena ripetuto – da una struttura bifasica, imperniata su un’udienza principale e su un *case management* cooperativo prima solo tra le parti (sul piano stragiudiziale), e poi, successivamente all’inizio del processo, tra le parti e il giudice, su impulso e controllo di quest’ultimo (è appena il caso di aggiungere: senza vincoli dettati dall’obbligatorietà dei tentativi di mediazione, né prima del processo, né dopo). Se la prassi evolvesse massicciamente in questa direzione, lo sviluppo non sarebbe negativo e ci avvicinerebbe un poco di più all’Europa.

Quanto al procedimento ordinario, il potenziamento della prima udienza cui aspira (*rectius*: ritorna ad aspirare) la riforma italiana, attraverso l’allungamento dei termini di comparizione interpolato dallo scambio tra le parti di memorie integrative anteriori all’udienza, troverebbe anch’esso una sponda europea nella struttura imperniata sull’udienza principale. Inutile ripetere gli aspetti critici degli artt. 171bis e ter c.p.c., che ormai sono sulla bocca di tutti gli addetti ai lavori. Più interessante è l’ipotesi controfattuale: che il meccanismo possa funzionare esattamente come lo ha immaginato il legislatore, secondo l’interpretazione che sembra emergere dalla lettera delle parole scritte in *Gazzetta Ufficiale*. Ipotizziamo cioè che il processo rimanga completamente fermo ai blocchi di partenza finché il giudice non conferma espressamente la data della prima udienza fissata dall’attore in citazione ovvero non la posticipa. In modo paradossale, in questa ipotesi (e solo in questa) in un certo senso non saremmo distanti dal modello europeo: nel senso che l’udienza principale non si terrebbe se non quando è in condizione di essere stata ben preparata prima. Senza necessità che l’udienza si tenga entro limiti temporali predeterminati nel *quantum* di durata, essa si dovrebbe comunque tenere «il più

presto possibile», come prescrive per esempio il codice di procedura civile tedesco, adottando un modulo di scansione temporale elastico⁷⁸.

Senonché, sullo sfondo di questa corrispondenza, si stagliano decisive differenze. A parte l'interessante anticipazione dell'ampio potere giudiziale di rilevare le questioni rilevabili d'ufficio rifulge il carattere monco dell'art. 171bis c.p.c. sia alla luce del codice di procedura civile tedesco, che delle *Regole europee modello*. In entrambe le discipline la fase preparatoria è delineata in modo tale da affidare al giudice l'esercizio non solo di poteri di direzione formale del processo (tra i quali rientrano le verifiche preliminari), ma anche – come si è visto – incisivi poteri di *case management* per preparare nel modo migliore possibile l'udienza principale. Finché la giustizia civile italiana non si doterà delle risorse materiali e culturali per ambientare questo radicale spostamento di accento, ogni riforma della fase preparatoria sarà destinata a lasciare intatte le cose (nella migliore delle ipotesi).

Quanto ai metodi consensuali di composizione delle controversie, sullo sfondo di una propulsione verso questi ultimi che è, nelle *Regole europee modello* che nella riforma italiana, identicamente potente, si può osservare nitidamente che la propulsione sia alimentata da propellenti molto diversi tra di loro. Mentre nelle prime è sostenuta dalla «energia rinnovabile» della volontarietà, nella seconda è sostenuta dalla «benzina» (ricca di piombo) della mediazione obbligatoria in via stragiudiziale, che allarga ancora di più il suo ventaglio.

Infine, con l'attribuzione al procedimento sommario di cognizione del nome e della collocazione che gli sarebbero stati propri fin dall'inizio, la struttura del processo di cognizione italiano approda anche sotto questo profilo in Europa, almeno sotto il profilo della introduzione di più moduli di trattazione all'interno di una sequenza

⁷⁸ Cfr. indietro, paragrafo 6.

procedimentale fundamentalmente unitaria⁷⁹. Senonché, in relazione a ciò, si registra uno sfalsamento nel gioco di corrispondenze tra sviluppi europei e riforma italiana. Nel frattempo, le *Regole europee* si sono spostate in avanti, verso un modello di trattazione unico, diretto e controllato dal giudice (preceduta dalla fase *ante causam* di *case management* solo tra le parti). Dopo l'inizio del processo, al fine di ben preparare l'udienza principale, alla corte si affidano incisivi poteri di *case management*, il cui esercizio dipende dalla più volte menzionata clausola di flessibilità, cui è assoggettata evidentemente la stessa comparizione personale delle parti, mentre in Italia se ne prevede la reintroduzione in forma obbligatoria.

16. CIÒ CHE NON È SCRITTO NELLE LEGGI: CULTURA COMUNE DELLA GIURISDIZIONE E CRISI DELL'UNITÀ DELLA FIGURA DEL GIURISTA

È difficile prevedere se, con la riforma del 2021/2022 - colta nell'effettività della sua attuazione con riferimento a ciò in cui un'amministrazione della giustizia civile deve essere in primo luogo e costantemente efficiente: il normale processo di cognizione - la giustizia civile italiana riuscirà ad avvicinarsi effettivamente agli ordinamenti europei che versano in migliori condizioni. A tale proposito non si può che rinviare a ciò che si è già detto in esordio sul giusto rapporto tra il numero di giudici (e di personale giudiziario) effettivamente addetti al lavoro giudiziario e il numero delle cause da trattare, nonché sull'ufficio per il processo⁸⁰.

Vi sono differenze tra modelli europei e giustizia civile italiana sulla quale poco o nulla possono le riforme legislative, poiché si tratta di diversità che non sono scritte nelle parole della legge, ma nei fattori materiali e culturali che consentono una giusta composizione della

⁷⁹ Cfr. indietro, paragrafo 3.

⁸⁰ Cfr. indietro, paragrafo 1.

controversia. Sono dei presupposti dei quali le *Regole europee modello* scontano l'esistenza e la giustizia civile italiana sconta l'inesistenza.

Oltre ai fattori menzionati in apertura e appena ricordati, non bisogna mai stancarsi di sottolineare il ruolo decisivo del fattore culturale. Mi riferisco al permanente irraggiamento prodotto da una cultura che sia in grado di vedere i problemi, metterli in prospettiva, collocarli in contesto, pur in una realtà che si fa sempre più opaca; una cultura che sia in condizione di elaborare conoscenze, adottare giudizi e - ove possibile - formulare previsioni sulla base dell'esperienza del passato; una cultura che sia idonea ad arginare il magma della vita, senza deprimere il potenziale costruttivo, «istituente» direbbe forse Roberto Esposito⁸¹, del conflitto tra interessi e ideologie; una cultura che possa cogliere in tale contrasto il terreno fecondo in cui si articola una mediazione essenziale alla conservazione della capacità di innovazione di ogni comunità; una cultura che inibisca al conflitto di trasformarsi in uno scontro irrimediabile tra entità corporative chiuse in sé stesse, come cinte da muraglie; una cultura che infine - per venire al settore dell'amministrazione della giustizia - frapponga ostacoli al tracollo del grado di lealtà e correttezza delle relazioni tra le parti, gli avvocati, i giudici e le altre figure professionali. Diversamente l'amministrazione della giustizia rimarrà frequentemente terreno di scontro tra le diverse categorie professionali, che stenteranno sempre di più a riconoscersi in una qualche immagine comune di giurista e di cultura giuridica.

Camminiamo sul filo di un difficile crinale. Assumono certo un carattere retorico i richiami che ancora talvolta si compiono ad una unità del sapere giuridico, ad una impersonale identità della figura del giurista. Sorrideranno i lettori affezionati alle pagine di *Questione Giustizia*, specialmente quelli un poco più anziani che già leggevano

⁸¹ R. ESPOSITO, *Pensiero istituente*, cit. Cfr. indietro, paragrafo 3.

Quale Giustizia: il problema lo hanno vissuto sulla loro pelle quando erano un poco più giovani⁸². E tuttavia certe cose urge ripeterle, per tenerle costantemente presenti alla nostra prassi di tutti i giorni. Quella retorica cela le pluralità identitarie delle giuriste e dei giuristi. Una serie di imponenti fenomeni, oltre ad aver determinato alcuni tratti basilari del mondo contemporaneo, ha moltiplicato e frammentato l'identità del ceto dei giuristi: le trasformazioni sociali prodottesi a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX, l'ascesa dello «Stato pluriclasse»⁸³ attraverso il progressivo allargamento del suffragio elettorale, l'avvento delle democrazie pluralistiche che, dopo il secondo conflitto mondiale e sulla base delle successive costituzioni, hanno rovesciato le terrificanti esperienze dei totalitarismi (in Italia e in Germania), l'apogeo dello Stato sociale e l'accesso agli studi superiori di giovani provenienti dalle classi sociali subalterne. La conseguente permanente instabilità dei quadri sociali e politici e il venire meno di fondamenti culturali e valoriali omogenei non ha investito solo il metodo e le categorie giuridiche, ma ha attaccato anche, non da oggi, l'identità dei giuristi.

I giuristi non possono uniformarsi sulla base della comune visione del mondo e delle convinzioni politiche. Non possono nemmeno assimilarsi sulla base di abiti di comportamento comuni, tramandati su base familiare e sociale e avvertiti in quanto tali come normativamente vincolanti. In una parola: non possono assimilarsi in forza di un *ethos* e di preferenze ideali comuni. Da tempo sono diversi i luoghi da cui vengono e gli ambienti in cui vivono i giuristi e le giuriste. Le diversità di luoghi e di ambienti influenzano il patrimonio di idealità. Non esiste

82 Cfr., per tutti, N. Rossi, Dalla «giurisprudenza alternativa» alle problematiche dell'oggi, in **Questa Rivista**, edizione online. Si tratta della relazione presentata al convegno *L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo*, tenutosi il 24 marzo 2023 all'Università La Sapienza di Roma. Riflessioni consonanti si trovano in R. CAPONI, **Intervento al XXXIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, I conflitti economici e la giurisdizione**, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 17-18 giugno 2022, in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

83 Cfr. M. S. GIANNINI, I pubblici poteri negli Stati pluriclasse (1979), in **Scritti**, VII (1977-1983), Milano, 2005, p. 312 ss., p. 314.

un'unica figura, ma esistono diverse figure di giuristi e di giuriste, con individualità che si rifrangono in un caleidoscopio di esistenze e coscienze individuali, segnate da diversità sociali, culturali, di genere, e via dicendo. Il mondo del diritto non solo si offre in modi differenti agli occhi di chi è giurista e di chi non lo è, ma appare in un modo se è visto da giuristi e giuriste che provengono dagli ambienti che tradizionalmente hanno espresso i giuristi, mentre appare in un altro modo se è visto da giuristi e giuriste che provengono da ambienti familiari e sociali estranei a quel mondo. Cosicché nell'ambiente dei giuristi non si può più dare quell'*idem sentire* che ha costituito per secoli il cemento della sua omogeneità⁸⁴.

Può trovare così una spiegazione il fatto che la fisiologica contrapposizione di ruoli processuali tra difensori e giudici tende ad acuirsi, trasformandosi in un generalizzato conflitto tra le categorie professionali degli avvocati e dei magistrati. Nell'ambiente italiano, ciò si verifica molto più che altrove.

In queste condizioni, qualsiasi riforma è destinata nel breve o nel lungo termine a fallire, se non si cercano altre strade.

17. SULLA RILEVANZA DEI MODI DI INSEGNAMENTO UNIVERSITARIO DEL DIRITTO

Non ci sono vie semplici o brevi per progredire. Tuttavia, ogni riflessione, per quanto critica, ha bisogno di concludersi con l'indicazione di direzioni di marcia e la formulazione di speranze. Se le considerazioni svolte nel paragrafo precedente hanno un minimo di plausibilità, dalla logica scritta nelle cose discende che una delle principali concause della china discendente imboccata dall'amministrazione della giustizia negli ultimi decenni è l'orientamento precoce-

⁸⁴ Per un più ampio discorso sul punto, rinvio a R. CAPONI, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 351 ss.

mente professionalizzante dell'insegnamento universitario del diritto: un fenomeno che non a caso si è prodotto nello stesso arco di tempo, frutto dell'orientamento aziendalistico che ha investito più o meno tutti i settori della società. Non se ne parla volentieri: le cause del malessere sarebbero sempre da ricercare da altre parti. Sembra anzi che si tratti della migliore tra le evoluzioni.

Personalmente, sono sempre stato convinto del contrario. Collocare fuori dall'insegnamento universitario del diritto l'analisi delle componenti pratico-professionali servirebbe ad incentrare la didattica sull'individuazione e la discussione dei nodi teorici principali della materia (mi riferisco al diritto processuale civile, che ho insegnato per circa trent'anni, ma il discorso ha carattere generale). Ciò servirebbe a meglio indicare agli studenti cornici teoriche e prospettive che dovrebbero sorreggerli nel corso della loro vita professionale futura. L'insegnamento universitario del diritto, o almeno quello che si pratica nei corsi di laurea, dovrebbe indirizzarsi verso tali nodi teorici, sulla cui base sarà più semplice l'apprendimento, in un secondo momento, delle abilità professionali. In un tempo di rapidissimi mutamenti della realtà sociale ed economica, nonché di incrementata circolazione (anche transnazionale), si richiede una notevole flessibilità e capacità di adattamento a nuove circostanze. Tali qualità possono svilupparsi nel modo migliore attraverso un insegnamento di contenuto teorico, sganciato da elementi pratico-professionali che sono inevitabilmente ancorati a un certo ambiente e momento del tempo e sono pertanto contingenti e oggi sottoposti a rapida obsolescenza, mentre la ricerca e l'insegnamento dei fondamenti consentono di riconoscere e studiare tempestivamente le rapide modificazioni strutturali del diritto (e non solo di quest'ultimo).

Ove riacquisisse pienezza di vita una prassi di insegnamento del diritto orientata ai nodi teorici delle varie branche del diritto, si

potrebbero articolare poi degli interscambi di esperienze nelle varie professioni - in modo tale che i giovani, adiuvati da quella comune piattaforma teoretica, evitino di cadere facili prede di una socializzazione corporativa prodotta dalla polarizzazione sugli stilemi della specifica professione legale poi durevolmente praticata. Non era questa l'idea da cui trasse spunto l'introduzione delle scuole di specializzazione delle professioni legali? Sui vizi originari dell'attuazione del modello in Italia e sulle cause del fallimento non si è riflettuto ancora abbastanza. Ove si innescasse un movimento di questo tipo (e forse si potrebbe essere innescato comunque - almeno a livello embrionale - attraverso l'ufficio per il processo), se non altro si leggerebbero meno frequentemente certe filippiche demagogiche che talvolta si lanciano dall'un fronte professionale all'indirizzo dell'altro: sono sermoni retorici, quando non sono sgangherati. Recare in sé il punto di vista altrui è il modo migliore per approssimarsi alla propria identità, personale e professionale. Come si fa a definire sé stessi se non si costruiscono soglie di attraversamento verso altre identità e non ci si arricchisce del riconoscimento empatico entro di sé di tratti di altre culture umane e professionali?⁸⁵.

18. POLITICO E POLITICA

Vi è infine da indicare un ultimo punto, che racchiude tutti gli altri. Che la giustizia civile italiana (o meglio: alcuni suoi settori nevralgici) rimanga o meno nelle condizioni in cui attualmente si trova - al netto dei miglioramenti di *default* indotti dalla digitalizzazione e dal progressivo diffondersi di strumenti culturali di buona organizzazione - non è il frutto di una maledizione divina che perseguita le persone di buona volontà fra gli avvocati, i magistrati, i professori

⁸⁵ Sul tema *Metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell'incertezza legislativa* si è tenuto un interessante seminario di studi organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Università degli Studi di Roma Tre, 14 aprile 2023.

universitari, i dirigenti e funzionari amministrativi, i cancellieri, gli ufficiali ed operatori giudiziari, ecc., ma dipende da un'alacre operosità da parte di gruppi di interesse, piccoli o grandi, ma sempre corposi, che si annidano in ogni professione legale e cospirano a mantenere la giustizia civile in quelle condizioni.

Talvolta i grumi di interessi particolaristici si dispongono trasversalmente rispetto alle varie categorie professionali, stringendo alleanze tattiche in zone opache del sistema per mantenere uno *status quo*, dal quale essi traggono benefici a scapito del bene comune. Ciò accade – nonostante le polemiche più o meno virulente tra l'esponente dell'una o dell'altra categoria, ospitate generosamente dalle pagine di giornali e siti internet – al riparo da una «opinione pubblica», che meriterebbe in realtà tale appellativo, solo se fosse dotata dal sistema scolastico ed universitario di strumenti critici per effettuare un controllo effettivo sulla gestione delle cose pubbliche. Attualmente ciò accade poco: il problema affrontato nel paragrafo precedente non concerne solo le scuole di giurisprudenza.

Tale è oggi il quadro critico che circonda e alimenta i problemi di funzionamento della giustizia, nonché degli altri servizi pubblici davvero essenziali in Italia, come la sanità e la scuola. Siffatte concrezioni di interessi, sorrette dall'influenza delle reti e consorterie di potere che caratterizzano ogni ambiente sociale e professionale nel Bel Paese, più che in molti altri paesi europei, non possono essere contrastate dai frequenti richiami al rispetto di «valori», arricchiti da un florilegio di complementi di specificazione (persona, diritti umani o fondamentali, diritto sostanziale e processo, ecc.): si tratta frequentemente di colpi di teatro che lasciano il tempo che trovano.

Nella frammentazione politica e culturale della società pluralistica, il problema non è quello della fondazione etica della legittimità, magari attraverso la retorica dei giusnaturalismi di ritorno, bensì

piuttosto quello della sua fondazione politica. Ricordo le parole di Giacomo Leopardi: «La morale è una scienza morta, se la politica non cospira con lei, e non la fa regnare nella nazione»⁸⁶ e le interpreto come segno che un genio vissuto nei primi decenni dell'Ottocento, pur estraneo al mondo della politica e del diritto, era perfettamente consapevole dell'avvento del primato della politica nella strutturazione della società e nella individuazione degli obiettivi attinenti al bene comune.

Detto in altre parole, rivolte all'oggetto specifico di questo saggio. Non è ragionevole attendersi che disegni globali di miglioramento dell'amministrazione della giustizia vengano promossi dalle professioni legali interessate, che curano legittimamente interessi particolari. Le declamazioni contrarie sono sempre intessute da un leggero filo di ipocrisia. Beninteso: non intendo pretermettere gli sforzi virtuosi, talvolta eroici, di molti singoli magistrati, avvocati e circoli di élite che lottano ogni giorno contro le inefficienze dell'apparato giudiziario. Dubito solo che un'inversione sistemica di tendenza possa provenire dalle sole forze di costoro. Occorre che si manifesti una potenza in grado di dare forma ad una concezione del bene comune convincente e autenticamente vissuta, nonché di mobilitare forze attive sul piano storico che ne assicurino la prevalenza sugli interessi di categoria.

⁸⁶ Cfr. G. LEOPARDI, *Zibaldone*, Firenze, 1898, n. 311. Ecco il brano più ampio: «La morale è una scienza puramente speculativa, in quanto è separata dalla politica: la vita, l'azione, la pratica della morale dipende dalla natura delle istituzioni sociali, e del reggimento della nazione: ella è una scienza morta, se la politica non cospira con lei, e non la fa regnare nella nazione. Parlate di morale quanto volete a un popolo mal governato; la morale è un detto e la politica un fatto: la vita domestica, la società privata, qualunque cosa umana prende la sua forma dalla natura generale dello stato pubblico di un popolo».

Questa potenza (attualmente) assente è quella che promana dal *politico* e da una (grande e autorevole) *politica*⁸⁷. L'ambito del *politico* è distinto, sebbene congiunto da un rapporto di interdipendenza con l'esercizio della *politica*, come lotta di parti per la conquista del potere, azione di governo e vita delle istituzioni. Accolgo così la diade concettuale proposta in termini generali in sede storica e sociologica⁸⁸: «Il politico [...] corrisponde contemporaneamente ad un *ambito* e ad un *processo*. In quanto *ambito*, designa il luogo all'interno del quale si intrecciano i molteplici fili della vita degli uomini e delle donne, fornendo la cornice ai loro discorsi e a loro agire. Quest'idea rimanda all'esistenza di una 'società' che appare agli occhi dei propri membri come un 'tutto' dotato di senso. In quanto *processo* il politico «si costituisce attraverso l'elaborazione sempre conflittuale di regole esplicite o implicite riguardanti il partecipare e il condividere, dando così forma alla vita della *polis*». Parlando in termini sostantivati *del politico* ci si riferisce: «tanto ad un modo di essere della vita comune quanto ad una forma dell'azione collettiva che si distingue implicitamente dall'esercizio *della politica*. Fare riferimento al politico e non alla politica significa parlare del potere e della legge, dello Stato e della nazione, dell'uguaglianza e della giustizia, dell'identità e delle differenze, della cittadinanza e dell'essere civile, insomma, di tutto ciò che costituisce una *polis*»⁸⁹.

87 Scrivendo questo non pretendo di inventare di nuovo la ruota. Per replicare anticipatamente a questa obiezione, potrei forse limitarmi a rinviare alla precedente nota a piè di pagina. Sono convinto però che, specialmente al cospetto delle giovani generazioni – come ho già accennato indietro nel testo – certe coordinate (sistemiche, come a me paiono) debbano essere costantemente enunciate di nuovo, ripercorse e – per così dire – rivissute nella nostra vita quotidiana, per neutralizzare per quanto è possibile il rischio che la prassi si appiattisca su una sorta di eterno presente che tali coordinate tende (consapevolmente o meno) a misconoscere. Quest'ultimo fenomeno è sotto gli occhi di tutti, ma probabilmente può essere avvertito in modo particolare da chi, diventando adulto nelle propaggini della epoca passata, di apertura politica e sociale, ha avuto l'opportunità di entrare nel mondo del diritto passando da ambienti diversi da quelli da cui tradizionalmente provenivano i giuristi. Per un più ampio discorso, rinvio a R. CAPONI, **Specialismo e politica nella scienza giuridica**, cit., p. 351 ss.; *Id.*, *Forme del diritto e ambiti della vita*, in **Dogmatica giuridica e vita**: Studi di giustizia civile, vol. XLIII ss.

88 Cfr. P. ROSANVALLON, **Il politico**: Storia di un concetto, Soveria Mannelli, 2005. Si tratta della lezione inaugurale ai corsi al *Collège de France* nel 2002.

89 Cfr. P. ROSANVALLON, **Il politico**: Storia di un concetto, cit., p. 8-10.

Vi sono (vi devono essere), evidentemente, delle interfacce e delle soglie di scorrimento tra il politico, così inteso, e la politica, come lotta partigiana per la conquista di dimensioni di potere entro il sistema della società che nell'età moderna, in conseguenza del radicale processo di secolarizzazione, si è differenziato dagli altri assumendosi il compito di essere permanentemente attivo nella quotidianità della vita del governo e delle istituzioni per l'elaborazione e l'adozione di decisioni collettivamente vincolanti⁹⁰. È forgiata da un umano desiderio del ceto dei giuristi di autocelebrarsi, ma risulta debole, se non è inserita in questa dimensione, la prospettiva che s'impenna sulla incorporazione di una tavola di valori morali nelle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra⁹¹, sulla conversione della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico e sul collegamento biunivoco tra tale fondazione e il giudizio della Corte costituzionale⁹². Il concetto espresso dal latino *bonum*, che allude a un qualcosa di oggettivo, si traduce in termini moderni come «valore», che significa il risultato di un'attività di valutazione, di un giudizio, cioè di un atto di pensiero, che in quanto tale è esercizio di intelletto e di ragione, ma è soprattutto affetto da passioni ed è sostenuto da volontà di potenza, di assicurare la prevalenza della propria valutazione rispetto a quella altrui in un determinato ambito della vita, in una situazione di conflitto in cui non è data cognizione dei valori.

L'ingresso nel sistema delle fonti del diritto delle costituzioni democratiche della stagione successiva alla Seconda guerra mondiale tradusse sì in questione di diritto costituzionale, attraverso il potere

⁹⁰ Per questa definizione del sistema politico, cfr. D. GRIMM, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München, 2001, p. 14. A far data dal saggio di Carl Schmitt *Begriff des Politischen*, originariamente apparso nel 1927 e poi ristampato l'anno successivo, l'uso del termine al maschile *il politico* (*das Politische*) si è diffuso per indicare questa dimensione. Per ampi ragguagli bibliografici relativi al saggio di Schmitt, cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, p. 15 s. Il saggio, con il titolo *Il concetto di 'politico'*, è pubblicato a p. 86 ss. Non vi è spazio in questa sede per discutere in questa sede i rapporti tra il pensiero di Schmitt e la nozione proposta da Rosanvallon ed accolta nel testo.

⁹¹ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. VIII e *passim*.

⁹² Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., *passim*.

costituente, il problema della fondazione politica di una comunità di esseri umani, ma nello stesso tempo – soprattutto – convertì in questione politica il problema della fondazione della legittimità costituzionale⁹³. Le costituzioni democratiche, e particolarmente la Costituzione italiana – grazie all’indeterminatezza di sviluppi dei quali l’attuazione del principio di eguaglianza sostanziale arricchisce le società democratiche – convertono il tema del fondamento della tenuta di un gruppo sociale in un costante processo di fondazione, attraverso il quale una popolazione di individui prova a diventare una comunità. Il processo è carico di rischi e di opportunità, giacché le disposizioni costituzionali indicano frequentemente diverse, talvolta contrapposte, direzioni di marcia della società e rimangono affidate a concretizzazioni successive, attraverso le scelte delle forze sociali e politiche dominanti nel paese⁹⁴, nonché il riconoscimento e la mobilitazione popolare. Nel quadro segnato dalla Costituzione, offrire nella sfera pubblica contenuti, concretizzati nell’arco del tempo, all’obiettivo di migliorare la vita (o quantomeno di arginarne il disordine dal punto di vista di noi esseri umani) è prerogativa della politica, intesa nell’accezione weberiana, già riproposta indietro, come sistema che si è assunto il compito di adottare decisioni vincolanti nella vita quotidiana della collettività. Sostenere che dare contenuti concreti al miglioramento della vita è prerogativa della politica significa escludere

93 Cfr. P. ROSANVALLON, **Il politico**: Storia di un concetto, cit., p. 11 s.: «Lontano dal corrispondere ad una semplice incertezza pratica riguardante le vie per la sua realizzazione, la concezione elastica della democrazia partecipa in modo fondamentale alla sua essenza. Evoca un tipo di regime che non ha smesso di rifiutare una classificazione rigida. È proprio da qui che nasce la particolare inquietudine che ha accompagnato tutta la sua storia. La serie di delusioni e di tradimenti che l’hanno sempre accompagnata è stata ancora più intensa per il fatto che la sua definizione non è mai stata fissata».

94 Questo mi sembra l’insegnamento vitale della dottrina della «costituzione materiale» di Costantino Mortati: «Si può perciò affermare che le forze politiche dominanti ordinate intorno ad uno scopo, cioè a valori politici ritenuti fondamentali, formano esse stesse un’entità giuridica, danno vita a quella che si è chiamata ‘la costituzione materiale’, che fonda e sostiene la costituzione formale, ne provoca i mutamenti, ma nello stesso tempo determina il limite entro cui questi possono attuarsi senza che ne riesca alterata l’identità dell’ordinamento positivo». Cfr. C. MORTATI, **Istituzioni di diritto pubblico**, sesta edizione, Padova, 1962, p. 77; *Id.*, **La Costituzione in senso materiale**, Milano 1940; ristampa, con premessa di G. Zagrebelsky, 1998. La dottrina dovrebbe essere messa a punto con riferimento allo studio delle manifestazioni della crisi degli strumenti di democrazia rappresentativa nei sistemi politici occidentali. Se non promossa, tale crisi è stata certamente facilitata dal condizionamento permanente esercitato sugli assetti sociali e gli orientamenti politici, nel senso di una loro rapida modificabilità, dalle nuove forme di organizzazione e di comunicazione sociale e politica che si giovano delle reti telematiche.

in via di principio che ciò spetti alla religione, se non per quel tanto di sacralità che la religione dovrebbe restituire alla politica pur secolarizzata, ovvero spetti alla filosofia, all'etica e tanto meno al diritto. Nel costruire e perseguire nell'arco del tempo l'obiettivo del miglioramento della vita consiste la nobiltà della politica, come la nobiltà della giurisprudenza (al pari di altri saperi) è di apprestarne i mezzi. Il primato della politica va riaffermato al cospetto della debolezza della politica attuale⁹⁵.

In altri termini e in conclusione, a parte le inevitabili manifestazioni di sovranità della decisione politica rispetto alle ragioni tecniche, salva cioè la potestà degli organi politici di determinarsi in modo non conforme ai risultati delle analisi tecniche nelle diverse branche del sapere (anche ove i pareri tecnici non contrastino gli uni con gli altri: ciò che in verità accade molto frequentemente), l'argomentazione politica ha una struttura che deve avvicinarsi all'argomentazione giuridica. Weber insegnò che la politica come «vocazione» è partecipe del movimento di razionalizzazione del mondo, che è uno dei tratti cardinali dell'epoca moderna. L'agire politico, colto nel suo dover essere, in ciascuna delle sue varianti, si svolge pur sempre secondo una forma di razionalità e si articola in tentativi di combinare possibilmente «etica della convinzione» ed «etica della responsabilità»⁹⁶. Anche la forma dell'agire politico è gravata di regola dell'onere «di persuadere non con tecniche manipolative del consenso, incuranti

⁹⁵ Ci si riferisce genericamente ai sistemi politici occidentali, ove il grado di debolezza varia notevolmente da un paese all'altro. L'odierna crisi della politica è crisi dell'autorità che discende dall'autorevolezza, non è una crisi di rappresentanza, anzi, se mai, è crisi da eccesso di rappresentazione degli umori e degli istinti più bassi della società civile. Sull'endiadi rappresentanza-rappresentazione, cfr. H. HOFMANN, **Rappresentanza-rappresentazione**: Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento, con introduzione di G. Duso, Milano, 2007.

⁹⁶ Cfr. M. WEBER, *La politica come professione*, in **Il lavoro intellettuale come professione**, traduzione italiana di F. Tuccari e P. Rossi, con una *Introduzione* di M. Cacciari, Milano, 2018.

della verità, bensì comunicando argomenti criticamente vagliati e non soltanto efficaci per accattivarsi l'uditorio»⁹⁷.

In questa configurazione, lavoro giuridico e lavoro politico si inseriscono nel *continuum* di un lavoro intellettuale caratterizzato da una comune tensione verso la razionalizzazione del mondo e da nessi di condizionamento reciproco. *Interest rei publicae* che la politica recuperi la cultura, l'autorevolezza e la forza che le consentano di svolgere pienamente il suo compito nobile: guidare gli altri sottosistemi all'interno della società. In particolare, il problema è quello di restituire alla politica la capacità di «donare vincoli»⁹⁸ sia alla tecnica, cioè di evitare che essa abbia come unico scopo quello di incrementare la sua capacità di realizzare tutti gli scopi possibili⁹⁹, sia all'economia, cioè di evitare che essa si esaurisca nella ricerca della massimizzazione del profitto fine a sé stessa.

97 Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. VII, che si riferisce con queste parole alla rifondazione della retorica da parte di C. Perelman. Beninteso. Non ipotizzo un mondo in cui la politica sia liberata dalla demagogia. Quest'ultima c'è sempre stata e sempre ci sarà. Dico di nuovo cose già dette più volte. È inevitabile che la dimensione propagandistica faccia parte del discorso politico. Nel presente tornante storico, si fronteggia un problema che fa rimpiangere perfino la demagogia. L'odierno discorso politico non si può definire propriamente propagandistico. Tradizionalmente la demagogia aveva un forte connotato ideologico. Il demagogo s'ispirava a un'idea regolativa che dava ordine e gerarchia al suo discorso e che si confrontava con la realtà. Vi era quindi un nucleo di sostanza analitico, sebbene su di esso faceva aggio la prospettiva di un dover essere ideologico. Al giorno d'oggi, a partire dalla fine degli anni '70, nel mondo occidentale, gli orientamenti complessivi che duellavano nell'agone e che davano forma al confronto politico e allo stesso discorso demagogico sono crollati. Oggi il confronto tra le diverse parti diventa sempre più confuso. Vi è una confusione totale di termini da una parte e dall'altra, all'interno di una nebulosa ideologica alimentata da una chiacchiera universale ispirata da idee vaghissime, a partire dalla stessa idea di democrazia, che è sulla bocca di tutti i politici, per lo più svuotata di qualsiasi contenuto.

98 Riprendo la bella espressione coniata in altro contesto da R. DE MONTICELLI, *Il dono dei vincoli*: Per leggere Husserl, Milano, 2018.

99 Cfr. E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998.

CAPÍTULO 2

A REBELIÃO DA REVELIA: OS NOVOS CONTORNOS DO INSTITUTO À LUZ DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/2015

Flávia Pereira Hill¹

“Se tudo o que há é mentira,
É mentira tudo o que há.
De nada nada se tira,
A nada nada se dá.

Se tanto faz que eu suponha
Uma coisa ou não com fé,
Suponho-a se ela é risonha,
Se não é, suponho que é.

Que o grande jeito da vida
É pôr a vida com jeito.
Fana a rosa não colhida
Como a rosa posta ao peito.

Mais vale é o mais valer,
Que o resto urtigas o cobrem.
É só se cumpre o dever
Para que as palavras sobrem.”

(Fernando Pessoa)

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professora Associada de Direito Processual Civil da UERJ e da UNESA. Pesquisadora Visitante da *Università degli Studi di Torino*, Itália. Delegatária de cartório extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO: CONHECENDO AS MOLAS MESTRAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL SOB AS LENTES DA REVELIA

Revel seria, etimologicamente, o réu rebelde, ou seja, aquele que, embora regularmente citado, rebela-se, deixando de apresentar contestação no prazo previsto em lei¹.

Tendo em vista que a configuração da revelia do réu lhe impõe efeitos negativos, em maior ou menor escala, conforme as especificidades da causa e a legislação em vigor, tendo, pois, o inegável potencial de interferir negativamente, em alguma medida, “em sua sorte” no resultado do processo, trata-se de um instituto, a um só tempo, clássico e sempre atual – além de justificadamente “temido” por aqueles que ocupam o polo passivo, seja em virtude da demanda original, seja de eventual reconvenção.

A revelia - e o tratamento a ela dispensado pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência de dado país e em dado momento histórico - enfeixa em si uma pluralidade de princípios e valores da mais elevada envergadura, dentre os quais podemos destacar, desde já, contraditório, ampla defesa, direito à prova, isonomia e paridade de armas, instrumentalidade das formas, flexibilização procedimental, cooperação e, em última análise, a forma com que se concebe o próprio escopo principal do Direito Processual Civil em cada época, cultura e região.

Entendemos, pois, que não seria exagerado afirmar que a análise dos contornos dados à revelia pelo legislador, pela doutrina e pelos tribunais de dado país traz um importante indicativo acerca do maior ou menor compromisso, em cada quadra histórica, com valores como participação democrática no processo e com um resultado justo na prestação jurisdicional.

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001. p. 192.

O objetivo do presente estudo consiste em, nos estreitos limites de um artigo científico, interpretar evolutivamente os contornos da revelia no Direito Processual Civil brasileiro.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA REVELIA

As Ordenações Afonsinas, no Livro II, Título 81 e as Ordenações Manuelinas, no Livro III, Título 63 previam que revel seria o réu que não comparecesse em juízo nem por si, nem por seu procurador². Por conseguinte, o réu que se fizesse representar nos autos não seria considerado revel.

O CPC/1939, por seu turno, no artigo 34, dispôs que seria considerado revel o réu citado que não apresentasse *defesa* no prazo legal. Com isso, o CPC/1939 passou a exigir a apresentação de *qualquer modalidade de defesa* pelo réu, a fim de obstar a configuração de sua revelia. Sendo assim, a mera constituição de advogado nos autos já não possuía o condão de afastar a revelia, segundo a previsão legal vigente à época. Por outro lado, o comparecimento do réu nos autos para arguir suspeição ou impedimento do juiz ou incompetência do juízo, ou seja, outras modalidades de defesa que não propriamente a contestação, bastariam para desconfigurar a revelia, sob o pálio da codificação de 1939.

Contudo, o CPC/1973, ao alocar o artigo 319 logo ao início do Capítulo III, precisamente intitulado “A Revelia”, passou, a nosso juízo, a vincular o conceito de revelia à condição de o réu deixar de oferecer *uma específica* modalidade de defesa no prazo e na forma previstos em lei: a contestação.

O CPC/2015, por sua vez, nos parece tornar a vinculação entre revelia e ausência de contestação tempestiva e regular igualmente

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. Cit.* p. 32.

clara, ao dispor textualmente, no artigo 344, que o réu será considerado revel se não *contestar* a ação³⁻⁴.

Com efeito, entendemos que *contumácia* é gênero, correspondendo ao não-comparecimento da parte em juízo ou à inatividade processual⁵, do qual *revelia* é espécie⁶, caracterizando-se esta, segundo o ordenamento jurídico-processual pátrio desde o CPC/1973 até os dias atuais, pela “contumácia quanto à contestação”, na expressão de Pontes de Miranda⁷.

Nesse sentido, com fulcro na própria opção legislativa que nos parece bastante clara, a doutrina majoritária⁸⁻⁹⁻¹⁰⁻¹¹ acertadamente

3 A definição dos efeitos decorrentes do não-comparecimento do réu mudou substancialmente ao longo dos tempos, conforme se extrai a partir do seguinte trecho das lições de Pontes de Miranda: “No procedimento romano *in iure*, se o réu não comparecia, isto é, se se recusava à obrigação de cooperar com a *litis-contestatio*, portanto ao seu dever de defesa, u de intervir na causa, o autor tomava posse dos bens (*missio in bona*) e até exercia a *venditio bonorum*. Se o procedimento era *in iudicio*, vencia a parte que comparecia (*lite deserta*). No procedimento extraordinário, a que não se exigia *litiscontestatio*, declarava-se contumaz o demandado inativo: triunfava a parte presente *si bonam causam habuit*. Justiniano deu grande importância à *litiscontestatio*: se o demandado inativo reincidia, decretava-se a *missio in possessionem bonorum*, a favor do autor *pro modo debiti probati*. No direito canônico, antes de haver *litiscontestatio* não se podia proferir sentença sobre o mérito; mas a *Clementina Saepe*, de 1306, suprimiu a necessidade da *litiscontestatio*. O *Jüngster Reichsabschied* de 1654 afastou a situação em que ficava o autor de ter de valer-se da *missio* ou de medidas, considerando-o como quem tem contestação e permitindo a sentença sobre o mérito. A Ordenação Geral Prussiana (I, 8, §10) de 1793 saiu da ficção da *litiscontestatio* negativa para a que se chamou *litiscontestatio* afirmativa: a contumácia é confissão e serve à condenação”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. Cit.* p. 198.

4 Subsiste a importância da discussão, em razão de o artigo 343, §6º, do CPC/2015 ressaltar expressamente que o réu pode oferecer reconvenção, independentemente do oferecimento de contestação, por conseguinte, em separado. No que concerne à arguição de incompetência absoluta ou relativa do juízo, impedimento ou suspeição do juiz, impugnação ao valor da causa e à gratuidade de justiça, o artigo 337 do CPC/2015 prevê que deverá ser realizada no bojo da própria peça da contestação. Desse modo, sob o aspecto prático, a peça de contestação *terá sido formalmente ofertada* caso o réu a apresente para arguir quaisquer das matérias elencadas no artigo 337 do CPC/2015, razão pela qual, no nosso entender, não estará presente o requisito expressamente exigido pelo artigo 344 do CPC/2015 para a configuração da revelia, qual seja, a *ausência* de oferecimento da peça de contestação tempestiva e regular. Por outro lado, caso seja ofertada apenas a peça independente de reconvenção, na forma do artigo 343, §6º, do CPC/2015, sem que a peça de contestação tenha sido apresentada, estará presente o requisito para decretação da revelia.

5 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1953. v. II. p. 110.

6 No mesmo sentido: MEDEIROS, Maria Lúcia de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 49.

7 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. Cit.* p. 193.

8 “A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 605.

9 “De acordo com o art. 344 do CPC, ocorre a revelia quando o réu não contesta a ação, apesar de regularmente citado, ou, ainda, quando a apresenta, mas esta é intempestiva”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jus. 2019. p. 645.

10 “Neste caso, em que o réu não contesta ou que, para este fim, deve ser considerado o mesmo, o faz a destempo, ele será considerado revel e, diante deste estado processual (de revelia), é possível que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros (art. 344)”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2016. p. 320.

11 MEDEIROS, Maria Lúcia de. *Op. Cit.* p. 60-61. Concordamos com a autora quando afirma que “o conceito de revelia não se confunde com seus efeitos e (...) não há que perquirir os motivos que teriam levado o réu a não apresentar contestação”.

te posicionou-se no sentido de considerar revel o réu que deixa de apresentar contestação tempestiva e na forma da lei.

Cabe consignar, nesse ponto, que concordamos com Francisco Antonio de Oliveira, ao entender que o ordenamento jurídico processual brasileiro não erigiu o *elemento subjetivo*, ou seja, a *vontade do réu* de não contestar, como requisito necessário para a caracterização da revelia¹². Entendemos, assim como Maria Lúcia Medeiros, que o nosso ordenamento se aproxima, portanto, da chamada “teoria da inatividade”, visto que a revelia decorre da ausência de apresentação de contestação, pelo réu, no tempo e na forma previstos em lei, o que não implica renúncia ao seu direito de defesa, mas representa apenas uma situação fática definida e que, portanto, deve ser considerada em seu real e estrito espectro¹³.

De se consignar que José Joaquim Calmon de Passos entende que o diploma processual (artigo 319 do CPC/1973 e artigo 344 do CPC/2015), ao prever que considera revel o réu que *não contestar a ação*, deve ser interpretado restritivamente, de modo que o oferecimento de contestação *intempestiva* não se confundiria com a *ausência* de contestação. Dessa forma, para Calmon de Passos, revelia corresponderia à *completa abstenção* da apresentação de contestação pelo réu, não apenas a sua apresentação extemporânea¹⁴.

Cândido Rangel Dinamarco, também distanciando-se do entendimento majoritário, sustenta, por seu turno, que o oferecimento de *qualquer modalidade de resposta* por parte do réu teria o condão de

12 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual da Revelia**. 2. ed. São Paulo: LTR. 2015. p. 43.

13 Maria Lúcia Medeiros aponta as seguintes teorias sobre a natureza jurídica da revelia: (a) teoria da rebelião ao poder do juiz (ou teoria penal da contumácia): ligada à época em que o processo apenas se formaria se contasse com a presença do réu, razão pela qual a ausência do réu era considerada um ato de rebeldia, um ilícito; (b) teoria da renúncia: o réu que, regularmente citado, deixa de comparecer em juízo estaria renunciando ao direito de defesa; (c) teoria da autodeterminação: a inatividade do réu seria um ato negativo voluntário, razão pela qual a omissão caracterizaria manifestação da sua vontade de não agir; (d) teoria da inatividade: parte do ponto básico do elemento objetivo do não comparecimento, sendo desimportante o elemento subjetivo. MEDEIROS, Maria Lúcia de. *Op. Cit.* pp. 44/45. Francisco Antonio de Oliveira acrescenta, com correção, a respeito da teoria da inatividade, que “não importa se o réu deixou de agir ou vontade própria ou premido por outras circunstâncias”. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. Cit.* p. 41.

14 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. v. III. p. 354.

afastar a revelia. Em outras palavras, ainda que não fosse oferecida contestação, mas fosse ofertada outra forma de resistência, tais como impugnação ao valor da causa ou denúncia da lide, estaria afastada a revelia. Para Dinamarco, no artigo 344 do CPC/2015 (artigo 319, CPC/1973), “onde está *não contestar*, leia-se *não responder*”¹⁵.

Uma vez examinado o conceito de revelia, cumpre consignar que, de acordo com o CPC/2015, sendo ela decretada pelo juiz, produzem-se, em apertada síntese, efeitos de duas ordens, a saber:

a) Efeitos processuais:

a.1) o réu revel sem representação nos autos será considerado intimado acerca dos atos processuais a partir da publicação no Diário Oficial (artigo 346, CPC/2015); e

a.2) será nomeado curador especial ao revel preso, citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (artigo 72, II, CPC/2015).

b) Efeito material: presunção relativa¹⁶ de veracidade dos fatos alegados pela parte autora (artigo 344, *in fine*, com as exceções trazidas pelo artigo 345, CPC/2015)¹⁷.

Vislumbramos, especialmente a partir do início dos anos 2000, uma paulatina releitura do tratamento dispensado ao réu revel, migrando-se de uma postura consubstanciada na aplicação fria da

15 Para Dinamarco, o réu “não é sequer revel quando, embora sem contestar, responde reconvindo, denunciando a lide, chamando ao processo, impugnando o valor da causa ou arguindo a falsidade de documento acostado à petição inicial: revelia é inatividade e o fato de uma das possíveis respostas não ser apresentada não significa que o demandado esteja inativo no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros. 2001. v. III. p. 533.

16 No mesmo sentido, sustentando tratar-se de presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*). DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2010. t. I. p. 588. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.* p. 607.

17 Teresa Arruda Alvim esclarece que o efeito material da revelia não corresponde perfeitamente ao conceito técnico-jurídico de presunção, visto que esta, a rigor, se dá quando, tendo sido efetivamente provado nos autos um determinado fato, considera-se, ou seja, presume-se, por conseguinte, provado outro fato dele decorrente. Por outro lado, o efeito material da revelia se produz não em razão de o autor ter provado determinado fato e, com isso, presumir-se provado um outro dele decorrente, mas se produz a partir da ausência de oferecimento de contestação, pelo réu, no prazo e na forma previstos em lei. ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp 94-95. Embora concordemos com as considerações técnicas tecidas por Teresa Arruda Alvim, optamos, no presente trabalho, por manter a menção à *presunção* de veracidade dos fatos alegados pela parte autora como efeito material da revelia, não apenas em razão de seu amplo emprego, inclusive no artigo 344 do CPC/2015, mas também porque, em certa medida, o artigo 345, VI, do CPC/2015, ao afastar o efeito material caso as alegações tecidas pelo autor sejam *inverossímeis ou estejam em contradição com aprova constante dos autos* acaba por, em boa medida, impor ao autor, quando menos, o ônus de apresentar o que, em Direito Processual Penal, seriam os indícios (artigo 239, CPP), a fim de que o conjunto probatório constante dos autos não coloque em xeque os fatos por ele narrados na petição inicial. Sendo assim, optamos por indicar o efeito material da revelia como presunção relativa (visto que passível de contraposição) de veracidade dos fatos alegados pela parte autora na petição inicial.

lei, a partir de uma subsunção cartesiana, inflexível e assistemática do então artigo 319, CPC/1973, em relação estanque de causa e efeito entre ausência de apresentação regular de contestação e decretação da revelia, com todos os seus consectários previstos em lei para a respectiva hipótese, para uma postura que prima por uma interpretação sistemática das normas processuais em vigor. Paulatinamente, doutrina e jurisprudência passaram a, cada vez mais, interpretar e aplicar a revelia e a amplitude dos seus efeitos à luz dos escopos do processo e dos princípios processuais aplicáveis, dentre os quais a defesa enquanto projeção do direito de ação (aspecto bifronte), a instrumentalidade das formas, o direito fundamental à prova, o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova, a iniciativa probatória do juiz (em caráter subsidiário), a fim de que seja alcançada uma solução minimamente comprometida com o ideal de justiça.

Essa tendência foi catalisada pela entrada em vigor do CPC/2015, que privilegiou, dentre outros princípios, a cooperação, o contraditório participativo, o direito à prova e a flexibilização procedimental, conforme examinaremos nos itens subsequentes.

3. O DIREITO DE DEFESA ENQUANTO PROJEÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO E O SEU IMPACTO NO ESTUDO DA REVELIA

O Professor Gabriel Rezende Filho reconhece em sua obra, com propriedade, que a posição do réu é independente da do autor, suplantando a visão de Chiovenda, para quem a defesa se restringiria a um “contradireito diante do direito de ação, visando anulá-lo”. O saudoso Professor paulista reconhece, desde os idos da década de 1950, ainda sob a vigência do CPC/1939, que o réu goza das “mesmas prerrogativas e faculdades que a lei confere ao autor, quer a ação deste seja fundada, ou não”. Com propriedade, reconhece Rezende Filho ser

desimportante o fato de o réu ter ou não razão, visto que, em qualquer caso, “não se lhe recusa o direito de defesa”. Para ele, “tanto o autor, como o réu, têm direito à sentença no caso concreto”¹⁸.

Por conseguinte, o direito de defesa, assim como o direito de ação, é um direito abstrato e não concreto¹⁹.

Esse raciocínio coloca em evidência o aspecto bifronte do direito de ação, ou seja, a noção de que o direito de defesa é uma projeção, para o réu, do direito de ação e está estreitamente relacionado com a isonomia entre as partes e a paridade de armas.

Tal abordagem macroscópica e contextualizada do direito de defesa destoa do posicionamento jurisprudencial que prevaleceu, no Brasil, nas primeiras décadas de vigência do CPC/1973, que não apenas decretava a revelia rigorosamente a partir da não apresentação da contestação no tempo e na forma estritamente previstos em lei, mas acabava por tolher o exercício do direito de participação e do direito à prova pelo réu revel ao longo de todo o processo.

Com efeito, tamanho o rigor com que era tratado o réu revel, que se formou jurisprudência no Brasil, especialmente no último quartel do século XX, no sentido de determinar o desentranhamen-

18 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. Cit.* p. 124.

19 *Idem*, p. 125.

to da contestação intempestiva (então, em papel) dos autos físicos, embora nem sequer houvesse previsão legal nesse sentido²⁰⁻²¹.

Nesse sentido, Francisco Antonio de Oliveira, em obra dedicada ao tema da revelia, não apenas considera acertada a determinação judicial de desentranhamento da contestação intempestiva, como considera *error in procedendo* do juiz a providência oposta, voltada a determinar a manutenção da contestação nos autos, devendo “a parte prejudicada manejar a devida correição parcial”²².

Fazendo frente a tal entendimento, Cândido Rangel Dinamarco classifica “a generalizada tendência a desentranhar dos autos a contestação intempestiva” como “um desses preconceitos irracionais”²³.

Em boa hora, já no século XXI, sobrevieram, com maior frequência, julgados que revisitaram a questão, passando a entender que a decretação da revelia não pressupõe o desentranhamento da contestação dos autos, até mesmo em razão da ausência de previsão

20 PROCESSUAL CIVIL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA RÉ MEDIANTE JUNTADA DE PROCURAÇÃO DE ADVOGADO COM PODERES EXPRESSOS PARA RECEBER CITAÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. CONTAGEM DO PRAZO PARA DEFESA A PARTIR DAQUELA DATA. CONTESTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. CPC, ART. 214, § 1º. I. A juntada de procuração, pela ré, onde consta poder expresso a seu advogado para receber citação, implica em comparecimento espontâneo, como previsto no art. 214, parágrafo 1o, da lei adjetiva civil, computando-se a partir de então o prazo para o oferecimento da contestação. II. Defesa intempestiva. Desentranhamento. III. Recurso especial conhecido e provido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 173.299/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000.

21 Colacionam-se, a título ilustrativo, alguns acórdãos do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO nesse sentido: TJRJ. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 7.554/96. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. “Ação reivindicatória. Ação julgada improcedente com base em alegação de prescrição aquisitiva feita em contestação ofertada a destempo. Anulado o processo, com o desentranhamento da contestação e o prosseguimento regular do mesmo, até nova e final decisão. Recurso provido”. TJRJ. 10ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 08/96. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Decisão unânime. Julgado em 30/01/1996. “Agravo de Instrumento. Ação ordinária. Revelia. Intempestividade da apelação. Sendo oferecida a resposta à destempo, como se vê da certidão da juntada do mandado citatório, outra decisão não poderia adotar o juízo senão determinar o desentranhamento da contestação e a decretação da revelia da ré. Desprovemento do agravo”. TJRJ. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 3.098/96. Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Decisão unânime. Julgado em 29/10/1996. “Revelia. Contestação intempestiva, Desentranhamento. Recebendo o processo no estado em que se encontra, pode o revel praticar os atos processuais que ainda estiverem em tempo de serem praticados, não porém os já cobertos pela preclusão, porque isso importaria volta ao passado. Desprovemento do recurso. (...) O prazo para a defesa é peremptório, sendo a revelia consequência inarredável para todo aquele que não contesta o feito no prazo legal, tenha ou não instrução jurídica. (...) Assim, se o próprio agravante admite não ter oferecido a resposta no prazo legal, bem andou o Juízo a quo ao mandar desentranhá-la dos autos (...)”.

22 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. Cit.* pp. 118-119.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. *Op. Cit.* p. 589.

legal²⁴⁻²⁵, entendimento corroborado pela doutrina pátria²⁶⁻²⁷. A nosso sentir, a lei já prevê efeitos suficientemente rigorosos ao réu revel, não havendo que se falar em agregar medidas não expressas na lei, como é o caso do desentranhamento da contestação. Os tribunais passaram, então, a reconhecer o *caráter informativo* da contestação, na hipótese de sua intempestividade, o que dialoga com as premissas basilares do contraditório participativo, do direito fundamental à prova, da comunhão e da aquisição processual da prova, dentre outras.

Cândido Rangel Dinamarco acaba por sublinhar o caráter informativo da contestação apresentada pelo réu revel, ao apontar duas utilidades principais, que justificam a sua manutenção nos autos, a saber: (a) alertar o juiz “em relação a eventuais fatos impossíveis ou improváveis alegados na petição inicial”; e (b) esclarecer “quanto a dispositivos de lei, conceitos amadurecidos em doutrina, linhas jurisprudenciais estabelecidas nos tribunais do país etc.”²⁸

Erigiu-se, sob a égide do CPC/1973, jurisprudência igualmente rigorosa quanto à decretação da revelia do réu - e a consequente produção de seu efeito material - no procedimento

24 “Agravado de instrumento. Contestação intempestiva e revelia. Desnecessidade do desentranhamento da peça de defesa. Manutenção do petitório e documentos para análise dos autos, ainda que caracterizados os efeitos da revelia. Ausência de prejuízo à parte contrária. Provedimento do recurso”. TJRJ. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000. Relator Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento em 11/06/2019.

25 APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. ALEGAÇÃO DE COBRANÇAS INDEVIDAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. NÃO APLICAÇÃO DOS EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. REVELIA QUE POR SI SÓ NÃO TERIA O CONDÃO DE FAZER O AUTOR SE SAIR VITORIOSO NA DEMANDA. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PEÇA CONTESTATÓRIA E DOCUMENTOS JUNTADOS, PRINCIPALMENTE SE AS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS, SÃO IMPRESCINDÍVEIS À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO NECESSÁRIO À PROLAÇÃO DA SENTENÇA E, SOBRETUDO, QUANDO ÚTEIS AO ESCLARECIMENTO DA SITUAÇÃO FÁTICA POSTA. AUSÊNCIA DE PROVÁ CABAL DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA PARTE RÉ. PARTE AUTORA QUE NÃO FOI DILIGENTE NO QUE SE REFERE AO ÔNUS PROBATÓRIO QUE LHE CABIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO VERBETE Nº 539 DA SÚMULA DO STJ. É PERMITIDA A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL A PARTIR DE 31/3/2000. JUROS DEVIDOS CONFORME PACTUADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna. Decisão unânime. Julgado em 02/04/2019.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. *Op. Cit.* p. 589.

27 MEDEIROS, Maria Lúcia. *Op. Cit.* p. 142.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. *Op. Cit.* p. 589.

sumário previsto naquele diploma processual. O §2º do artigo 277 do CPC/1973 dispunha que a ausência injustificada do réu à audiência de conciliação conduziria à presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial, salvo se o contrário resultasse da prova dos autos. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, caso o réu comparecesse *pessoalmente* à audiência de conciliação e, não havendo acordo, apresentasse *contestação escrita assinada por seu advogado*, o fato de o seu *patrono não estar presente* à audiência conduzia à decretação da revelia, com a consequente presunção de veracidade²⁹. Tais posicionamentos refletem como os tribunais brasileiros se pautavam com redobrado rigor ao decretar a revelia, por vezes, ao arripio de princípios processuais de elevada envergadura.

4. O DIREITO PROBATÓRIO E A REVELIA

4.1. A RELAÇÃO ENTRE VERDADE E JUSTIÇA E O SEU REFLEXO NA REVELIA: A EXIGÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DE FATO TECIDAS PELO AUTOR

A noção de que a reconstituição dos fatos juridicamente relevantes³⁰⁻³¹, assim definidos no saneamento do processo, é

29 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DE SEU PATRONO. APRESENTAÇÃO DE DEFESA ESCRITA, FIRMADA POR ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REVEL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 36, 37, 277, 278 e 319 DO C.P.C. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os atos processuais devem ser praticados por advogados devidamente habilitados, sob pena de serem considerados inexistentes, nos termos do parágrafo do art. 37 do Código de Processo Civil. A não apresentação de defesa por advogado acarreta os efeitos do art. 319 do Estatuto Processual Civil. 2. A presença do patrono da parte ré é imprescindível na audiência de conciliação do procedimento sumário, uma vez que neste momento processual será oportunizada a prática de atos defensivos e outros relativos à produção de prova, os quais jamais podem ser realizados pela própria parte, mas, sim, por intermédio de seu causídico. 3. Conquanto o réu tenha comparecido a audiência conciliatória, a defesa em juízo deve ser praticada por defensor regularmente habilitado, circunstância que não se verifica na espécie, motivo pelo qual evidencia-se o acerto do decisum atacado, pois a apresentação de contestação por pessoa sem capacidade postulatória, ocasiona a inexistência do ato e, por conseguinte, a revelia do réu. 4. Recurso especial a que se nega provimento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 336.848/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

30 Gabriel Rezende Filho leciona que serão objeto da prova os fatos relevantes, ou seja, “capazes de influir sobre a decisão da causa”. REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. Cit.* p. 203.

31 “Relevante é todo fato que sirva para influenciar o convencimento do juiz acerca da vontade concreta da norma a ser atuada no caso”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* p. 241.

importante para a correta aplicação da norma e, por conseguinte, para incrementar objetivamente as chances reais de que seja dada uma solução justa e adequada ao litígio, dentro de parâmetros racionais e com um grau mínimo de cientificidade no Direito, e, assim, suplantando um mero jogo de retórica, embora transcenda o escopo do presente trabalho, é uma premissa cara a diversos expoentes do Direito Processual³²⁻³³ e que reverbera sobre a evolução dos contornos da revelia ao longo do tempo.

José Joaquim Calmon de Passos indica, com a clareza e a contundência que lhe são peculiares, “a necessidade de se buscar, no processo, a verdade real, afastada a falsa crença de que lhe basta a verdade formal”. Prossegue o autor destacando, com propriedade, que:

“a busca da verdade real é privilegiada porque falsear os fatos é desvirtuar a ordem jurídica, porquanto se determinada conduta é efetivada coercitivamente fora dos parâmetros traçados pelo ordenamento (...) contrabandeia-se para a ordem jurídica o que ela não tutelou, deixando-se a salvo de sua incidência o que ela buscava disciplinar”³⁴.

Calmon de Passos prossegue o seu raciocínio pontuando que não pretende afirmar que “a obtenção da verdade real seja inelimi-

32 “A averiguação dos fatos da causa, a reconstrução histórica de tais fatos, não é, em si mesma, o objetivo final do processo. Escopo do processo é, repita-se, solucionar os conflitos, prestando-se tutela jurisdicional a quem tem razão, mediante a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. (...) Para atingir esse fim, o juiz deve fazer todo o possível para apurar a ‘verdade dos fatos’. Ocorre que a verdade (conceito absoluto) é inatingível. A falibilidade do ser humano não lhe permite alcançá-la. (...) Mas isso não quer dizer que o juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade. A meta abstrata é sempre essa. No campo da pesquisa científica, diante do risco do erro, o pesquisador nem por isso ‘joga a toalha’ e desiste da busca da verdade. Ele está sempre à procura de modos de diminuir esse risco. No processo, não há de ser diferente. Aliás, um dos princípios informativos do processo é justamente esse: a seleção de meios eficazes para que se busque a verdade e se evite o erro. (...) Por essas razões é que o direito processual precisa também contemplar mecanismos destinados a dar uma solução ao conflito mesmo quando não se possa atingir a verdade. Mas mesmo esses mecanismos têm de ser concebidos à luz da ideia de que ao processo interessa, sim, a verdade, como importante passo para a realização da justiça. É nesse contexto que têm de ser compreendidos todos os institutos do direito probatório”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. v. II. pp. 226-227.

33 Fernando da Costa Tourinho Filho, ao abordar a busca da verdade no Direito Processual Civil, assevera que: “Ninguém duvida que o Juiz do cível tenha poderes extraordinários para descobrir a verdade real, porquanto poderá ele determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo. Ninguém duvida, também, que a procura da verdade, para a solução justa do litígio, é tarefa ínsita da atividade jurisdicional”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I. p. 43.

34 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. Cit.* pp. 352-353.

nável do processo”, mas que “a verdade real é o escopo em direção ao qual se move o processo, e só a também indeclinável necessidade de alcançar segurança jurídica é que lhe põe limites nessa busca”. E conclui o autor afirmando, com precisão, que “disso resulta que o intérprete e o aplicador da lei deve restringir, e não ampliar, o campo de incidência das normas que sacrificam a busca da verdade real”³⁵.

Kazuo Watanabe, ao examinar a cognição, igualmente reconhece que “na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático”. O autor prossegue, destacando a importância de se “analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos”, tendo em vista que “o direito nasce dos fatos”, sendo essa uma “condição fundamental para a prática da justiça”. Conclui o autor asseverando que é precisamente a partir da “reconstituição dos fatos através da avaliação equitativa das provas e demais elementos de convicção que o juiz consegue, na maior parte das vezes, o que se costuma denominar julgamento justo e equânime”³⁶.

Quando uma decisão justa depende de estar lastreada na prévia verificação da ocorrência ou não de determinados fatos juridicamente relevantes se diz estar diante de relações *merit-based*³⁷. Esse é o caso, *ad exemplum tantum*, (i) do pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais por alegadamente estar conduzindo um veículo que teria dado causa a um acidente de trânsito (nexo de causalidade para fins de configuração da responsabilidade civil), ocasionando avarias no veículo de propriedade do autor; (ii) da cobrança de multa contratual, sob a alegação de que o réu não teria realizado o *show* (obrigação de fazer) para o qual fora contratado;

35 *Idem, ibidem.*

36 WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. pp. 70-71.

37 RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação**. Salvador: Jus Podivm. 2021. p. 62.

ou, ainda, (iii) pedido de aumento da verba alimentar, em razão do alegado incremento das despesas para a subsistência do alimentando.

Reconhece-se, de um lado, que a eficiência e a celeridade são desejáveis, especialmente para o jurisdicionado contemporâneo, imerso em uma sociedade que se move em ritmo lancinante. Contudo, não são valores absolutos; caso contrário, mais fácil e cômodo seria resumir o diploma processual a uma única previsão de “cara e coroa”, “par ou ímpar” ou outra regra que tal, voltada a “tirar a sorte”, com vistas a se obter um processo instantâneo e com a vantagem de ser honesta e abertamente descomprometido com qualquer falsa tentativa de organicidade interna ou cientificidade que originalmente estariam voltadas a propiciar, enquanto ideal a ser perquirido - *ao lado* da eficiência e da celeridade - um resultado justo.

Por outro lado, ao se entender que a eficiência e a celeridade se colocam ao lado de outros valores de elevada envergadura e que a legitimidade da adjudicação estatal, lastreada na aplicação do ordenamento jurídico, pressupõe o prévio conhecimento, tão fiel quanto possível em cada caso concreto e vistas as suas respectivas especificidades, dos fatos juridicamente relevantes, o direito probatório ganha o centro da cena, na medida em que se torna necessário criar métodos e procedimentos eficazes e adequados³⁸ para tanto.

Afinal, não cursamos faculdades de retórica ou oratória, mas faculdades de Direito. A retórica e a oratória podem ser tidos como mecanismos (*skills*) válidos para que externemos e manejemos, da melhor forma possível, os conceitos técnicos que compõem o arcabouço científico jurídico, sempre à luz de seus princípios norteadores.

Manter os olhos elevados para ter a verdade como uma “*matéria-prima*” para a aplicação da norma ao caso concreto e, com isso, almejar-se, como produto desse trabalho racional, a obtenção de uma

³⁸ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. Cit.* p. 62.

decisão justa, ou seja, que tenha uma mínima correlação com os fatos juridicamente relevantes efetivamente ocorridos na realidade sensível, acaba destacar a relevância do direito probatório.

Pontes de Miranda, ao tratar da revelia, elucida, com precisão:

“Os fatos têm consequências jurídicas, e toda justiça quando se lhe pede a constituição da relação jurídica processual, exige que o autor afirme o que se passou ou se passa, e ouve o réu para lhe conhecer afirmações sobre os mesmos pontos. Depois, imparcialmente, lhe dá o ensejo de prová-las”.³⁹

O entrelaçamento entre direito à prova, busca da verdade, contraditório e justiça é, no nosso entender, inexorável e surge a partir das lições de diversos grandes mestres. Não se trata de uma construção antiquada ou datada, mas uma questão sempre candente e atual.

O Professor Gabriel Rezende Filho esclarece, a um só tempo, com agudeza e objetividade, algo de que, infelizmente, acabamos nos perdendo nos últimos anos:

“Para fazer justiça é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento da lei são, pois, os elementos primordiais da administração da justiça”.⁴⁰

Ainda segundo Rezende Filho, a prova, em sua *acepção objetiva*, “é tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato” e, em sua *acepção subjetiva*, “consiste na convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato”⁴¹, ou seja, a nosso ver, o resultado obtido, a partir dos meios de prova produzidos, sobre a racionalidade dos seus destinatários (dentre eles, o juiz).

E a busca da verdade, enquanto “matéria-prima” para a obtenção de um “produto final” da prestação jurisdicional - que é um serviço público de interesse imediato das partes do processo, mas que

39 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. Cit.* p. 195.

40 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. Cit.* p. 181.

41 *Idem*, p. 182.

interessa mediatamente a toda a sociedade, mormente em razão da valorização dos precedentes trazida pelo CPC/2015, sem se olvidar a importância de se zelar pela higidez do sistema de justiça e a projeção, nele, das garantias do Estado Democrático de Direito – que pretenda genuinamente ser técnico, adequado e, enfim, com chances reais de ser justo.

Nesse contexto mais amplo, percebe-se que seria amesquinhar todos os desideratos antes mencionados e, em última análise, amesquinhar o próprio Direito Processual, a aplicação assistemática e acrítica da revelia.

De se registrar que o CPC/1939 ressalvava, no artigo 209, que, não obstante a ausência de contestação tempestiva pelo réu, o fato alegado pela parte autora seria admitido como verídico, *desde que o contrário não resultasse do conjunto das provas*. Essa ressalva foi suprimida na redação do artigo 285 do CPC/1973, dando ensejo, com isso, a um recrudescimento ainda maior do tratamento dispensado pelos tribunais, nos anos seguintes, ao réu que não oferecesse contestação no tempo e na forma devidos.

O CPC/2015 resgatou, em boa hora, no inciso IV do artigo 345, ressalva semelhante à prevista no CPC/1939, aduzindo que não será produzido o efeito material da revelia se as alegações de fato formuladas pelo autor *forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos*. Sobressai, ainda, a relevância do artigo 346, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê que o réu revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, bem como do artigo 349 do CPC/2015 que, sem encontrar paralelo no diploma anterior, autoriza expressamente a produção de

provas pelo réu revel, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção⁴².

Com efeito, dada a importância do direito à prova para a ciência processual em um Estado Democrático de Direito - que reputamos um direito fundamental⁴³⁻⁴⁴, por ser um consectário do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no Estado Democrático de Direito -, seria, a nosso sentir, absolutamente equivocada considerar que a decretação da revelia, em razão do não oferecimento de contestação no tempo e na forma previstos em lei, teria o condão de simplesmente extirpar o réu de qualquer atividade probatória, ainda que houvesse tempo hábil para tanto, ou “selar o seu destino”, de modo a conduzir inexoravelmente à procedência do pleito autoral, em visão acintosamente utilitarista, efficientista e descompromissada com a verdade e com a justiça.

O direito à prova se relaciona com a noção de contraditório participativo, vale dizer, o direito conferido às partes de participar do processo dialogando com o juiz, tanto mediante a apresentação de suas alegações quanto a partir da produção de provas, de modo a influir na formação do convencimento do magistrado, conforme

42 Nesse sentido, a Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal já sinalizava, antes mesmo da edição do CPC/2015: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

43 Luis Alberto Reichelt reconhece o direito à prova como direito fundamental que abarca duas dimensões fundamentais, a saber: “a) o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; e b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz”. REICHELTL, Luis Alberto. “O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz”. *Revista de Processo*. vol. 281/2018. p. 171-185. Jul/2018.

44 “Em primeiro lugar, existe inequivocamente uma garantia constitucional da prova - até mesmo como expressão do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório. (...) Além disso, a consideração do resultado probatório é muito importante para as partes dimensionarem suas efetivas razões, suas chances concretas na disputa”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* p. 231.

leciona Leonardo Greco⁴⁵. Trata-se, em síntese, da dinâmica *pedir-alegar-provar*, trazida por Dinamarco⁴⁶. O contraditório é reiteradamente previsto ao longo do Código de Processo Civil de 2015 que, dentre outras medidas, previu competir ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (artigo 7º, parte final), vedou a decisão surpresa (artigo 10), reputou não fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, §1º, IV) e procurou uniformizar os prazos processuais, ao longo da codificação, em 15 dias.

Cândido Rangel Dinamarco pontua que “o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados”, ou seja, trata-se da tese da *legitimação pelo procedimento*, que coloca em evidência o princípio do contraditório.⁴⁷

Dessa forma, o réu, ainda que tenha a sua revelia regularmente decretada, mantém hígido o seu direito de ser cientificado acerca de todos os atos processuais, caso tenha constituído advogado nos autos (artigo 346, CPC/15). Por outro lado, ainda que não tenha patrono constituído nos autos, o réu deve ser cientificado pessoalmente acerca dos atos processuais que devam ser por ele pessoalmente praticados, tais como prestar depoimento pessoal, exhibir documento ou coisa que esteja em seu poder⁴⁸, bem como quanto à pretensão do autor de modificar o pedido e/ou a causa de pedir (artigo 329, CPC/2015), à

45 “O contraditório participativo pressupõe que todos os contrainteressados tenham direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. Hoje, o contraditório ganhou uma projeção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo”. GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Cível**. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015. v. I. p. 514.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. *Op. cit.* p. 520.

47 *Idem*, p. 518.

48 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.* p. 611.

suscitação de incidente de falsidade (artigos 430 e 432, CPC/2015), à ação de oposição (artigo 683, parágrafo único, CPC/2015), dentre outros⁴⁹.

Ademais, não obstante tenha o réu apresentado contestação extemporânea, vem se sedimentando o entendimento no sentido de conferir crescente aproveitamento à peça de defesa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ anulou acórdão de tribunal local que ignorara a alegação de prescrição arguida pelo réu revel com fulcro em dois fundamentos, em suma: (a) que a alegação teria sido indevidamente veiculada pelo réu revel somente na apelação, e (b) à época, a prescrição não poderia ser conhecida de ofício pelo julgador. Entendeu o E. STJ que, considerando-se que o artigo 193 do Código Civil de 2002 autoriza que a prescrição possa ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita, a apelação tempestiva interposta pelo réu revel contra sentença que lhe fora desfavorável consistiria em oportunidade adequada para tanto. O referido Tribunal ressaltou, ainda, com propriedade, que “a falta de contestação não conduz a que necessariamente tenha que ser julgado procedente o pedido, uma vez que essa presunção de veracidade é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz”. No mesmo julgado, o E. STJ lembrou que “os efeitos da revelia incidem tão somente sobre a matéria de fato e não sobre o direito da parte”. Com isso, o E. STJ anulou o acórdão recorrido e determinou que o tribunal de origem julgasse a preliminar de prescrição veiculada pelo réu revel em apelação.

49 MEDEIROS, Maria Lúcia de. *Op. Cit.* pp. 136-137.

50 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial Nº 890.311 - SP. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.

Dinamarca ratifica os limites do efeito material da revelia, que se circunscreve aos *atos* narrados pela parte autora⁵¹, sendo que “nenhum tema de direito fica atingido pelo efeito da revelia porque, como sempre se soube, *jura novit curia*”⁵².

De se consignar que o princípio da cooperação, previsto como norma fundamental no artigo 6º do CPC/2015, dispõe que *todos os sujeitos do processo devem cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva*. Portanto, uma abordagem cooperativa do processo redimensiona a participação do réu revel, visto que transpõe a visão privatista e simplista da produção probatória como ônus da parte, descompromissada com a verdade, passando a enxergá-la sob o prisma da cooperação de todos os sujeitos do processo com a obtenção de um resultado justo, célere e efetivo⁵³. Sendo assim, se foram trazidos aos autos dados e documentos relevantes pelo réu revel em sua contestação, tais informações não devem ser deliberadamente desconsideradas, ao arrepio do elevado desiderato da obtenção de um resultado justo, célere e efetivo.

De igual modo, havendo tempo hábil para que o réu pugne pela produção de provas que contribuam para a formação de um convencimento adequado pelo juiz, em consonância tanto com a cooperação quanto com o contraditório participativo, tal direito lhe deve ser garantido, consoante expressamente previsto no artigo 349, CPC/2015, que não tinha paralelo no CPC/1973.

Há muito que a revelia do réu, embora ainda justificadamente temida, deixou de ser a sua “sentença de morte” no processo civil brasileiro e os primados do contraditório participativo, da cooperação, da isonomia e da paridade de armas e do direito fundamental à prova,

51 Maria Lúcia de Medeiros ratifica o entendimento jurisprudencial, pontuando, com propriedade, que “uma coisa é se reputarem verdadeiros os fatos; outra é verificar se desses fatos resultam as consequências apontadas pelo autor”. MEDEIROS, Maria Lúcia de. *Op. Cit.* p. 112.

52 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. *Op. cit.* p. 585.

53 Também associando a cooperação, prevista no artigo 6º do CPC/2015, com o dever das partes de colaborar com a instrução probatória, WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* p. 233.

agasalhados pelo CPC/2015, sedimentam essa realidade que vem sendo paulatinamente erigida.

4.2. COMUNHÃO, AQUISIÇÃO PROCESSUAL E INCINDIBILIDADE DA PROVA E PODER INSTRUTÓRIO GERAL DO JUIZ

A evolução em torno do instituto da revelia no Brasil possui relação com a valorização de princípios basilares de direito probatório.

Com efeito, quando a jurisprudência deixa de determinar o desentranhamento da peça de contestação extemporânea e de seus anexos dos autos, passando a enxergá-los com “conteúdo informativo”, conforme expusemos em momento anterior do presente trabalho, tal entendimento se coaduna com o princípio da comunhão da prova⁵⁴, da aquisição processual da prova e da incindibilidade, no sentido de que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo e não à parte que a requereu, de modo que será considerada em sua inteireza pelo magistrado, ao formar o seu convencimento. Não há que se falar em cindir a prova, de modo a extirpar ou desconsiderar os trechos que seriam, em tese, desfavoráveis à parte que requereu a sua produção.

Dessa feita, os dados contidos na contestação e as provas (especialmente as documentais) carreadas aos autos pelo réu, ainda que revel, juntamente com a contestação intempestiva, poderão ser valiosos para a formação do adequado convencimento do juiz, conduzindo, assim, a uma decisão mais justa. De se acrescentar que nada obsta a que os dados e os documentos carreados aos autos pelo réu revel sejam, ainda que em parte, favoráveis ao próprio autor.

⁵⁴ “A constatação de que a prova não ‘pertence’ à parte implica relevante consequência prática. Uma vez produzida, a prova passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que (...) a parte não pode sectionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. p. 228.

O conjunto probatório produzido nos autos - inclusive os dados concretos e os documentos trazidos aos autos pelo réu⁵⁵ na contestação intempestiva - deve ser analisado em sua inteireza, de modo que, se os fatos alegados pelo autor dele destoarem, revelando-se, pois, inverossímeis, poderá o magistrado lançar mão de seu poder instrutório geral em caráter subsidiário⁵⁶ - ou, em último caso, se não vislumbrar novas provas a serem utilmente produzidas, valer-se das regras de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

Trícia Navarro Xavier Cabral, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, pontua que o fato de as partes “serem portadoras de ônus processuais quanto ao objeto material não limita a atividade probatória do magistrado”. Embora a parte tenha “responsabilidade principal na elucidação dos fatos e circunstâncias por si afirmados”, nem sempre “essa incumbência atinge resultados eficazes”, sendo “nesse momento que entra a atuação do juiz”, o que evidencia “o caráter público do comprometimento judicial que legitima sua conduta”. Prossegue a autora destacando que “a questão do ônus subjetivo da prova perde seu brilho diante do princípio da comunhão da prova, pois pouco importa quem a está produzindo”, uma vez que “a partir do momento em que os elementos de prova são inseridos ou deferidos nos autos, passam a pertencer ao processo, e não às partes ou ao juiz”⁵⁷.

55 A 4ª Turma do STJ entendeu que documentos juntados extemporaneamente devem ser mantidos nos autos, dentre outros fundamentos, em razão do poder instrutório geral do juiz. Merece destaque o seguinte trecho do julgado: “Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC)”. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1072276/RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.

56 “Para a correta aplicação da ordem jurídica, o juiz precisa identificar com precisão os fatos ocorridos (para assim definir as consequências jurídicas que estão a incidir). E para isso, é fundamental a instrução probatória. Portanto, excluir ou limitar o poder judicial de instrução probatória implicaria excluir ou afetar o próprio poder de proferir a decisão adequada. (...) Em suma, o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando a prova reunida no processo não for suficiente para seu convencimento”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. pp. 229-230.

57 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012. p. 111-113.

Francisco Antonio de Oliveira alerta, com propriedade, que a iniciativa probatória do juiz “far-se-á de forma complementar, subsidiária, supletiva” e “só será utilizada quando houver absoluta necessidade de esclarecimentos outros para a sua convicção”⁵⁸.

Forte nessas premissas, a 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação, anulou sentença que, ao aplicar o efeito material da revelia do réu, proferiu julgamento antecipado da lide, com vistas a julgar procedente o pleito autoral para aumentar em mais de dez vezes o valor do aluguel⁵⁹⁻⁶⁰. O tribunal paulista entendeu que caberia ao magistrado se valer do seu poder geral instrutório (artigo 370, CPC/2015) para determinar a produção de prova pericial, tendo em vista a grande discrepância entre o valor do aluguel vigente e aquele pretendido pelo autor, acrescentando que o próprio autor havia pugnado, na petição inicial, pela produção de prova pericial, o que foi suplantado pelo magistrado com a decretação da revelia do réu, proferindo julgamento antecipado da lide com fulcro na presunção de veracidade. Cumpre acrescentar que o caso em análise envolve questão técnica, notadamente o valor de mercado para a locação do imóvel, razão pela qual não está abarcada pela presunção relativa de veracidade decorrente da revelia (efeito material), que recai estritamente sobre a ocorrência de *atos*.

Por fatos, entendemos a ocorrência ou não de circunstâncias concretas e objetivas no plano da realidade sensível, que, por conseguinte, não impliquem juízo de valor, pois, neste último caso, transcendem-se os limites estritamente fáticos e se adentra no espectro da avaliação, vale dizer, de uma atividade subjetiva de inteligência

58 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. Cit. p. 115.

59 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.

60 Embora o tribunal paulista não tenha abordado essa perspectiva no julgado, entendemos, inclusive, que, pelas máximas de experiência (*quod plerumque accidit*), não se mostra, a princípio, verossímil reajustar-se, de uma só vez, o valor do aluguel em mais de dez vezes comparativamente ao valor praticado, o que nos remete, ainda, ao artigo 345, IV, primeira parte, CPC/2015.

humana. Retomando-se o caso narrado no parágrafo anterior, a ausência de reajuste do aluguel por dado lapso temporal consiste em dado fático e objetivamente constatável, no entanto, a apuração do valor do reajuste depende de avaliação conforme parâmetros técnicos, ou seja, pressupõe a verificação da variação do valor de mercado do aluguel de imóveis com determinadas características, com dada destinação (residencial ou comercial) e em determinada região. Transcende, pois, a mera constatação objetiva da ocorrência ou não de um dado fato.

Agasalhando a evolução do tema, o Código de Processo Civil de 2015 condicionou o cabimento do julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel ao preenchimento de dois requisitos cumulativos previstos no artigo 355, inciso II, a saber: (i) ocorra o efeito material da revelia, previsto no artigo 344; e (ii) não haja requerimento de prova pelo réu revel, a tempo de sua produção (artigo 349, CPC/2015), sendo certo que este segundo requisito não encontra paralelo no artigo 330, inciso II, do CPC/1973⁶¹.

Antes mesmo da edição do CPC/2015, Maria Lúcia Medeiros já salientava, com correção, que, ainda que a causa verse sobre direitos disponíveis e tenha sido regularmente decretada a revelia do réu, “o juiz pode entender ser necessário que o autor complemente a prova sobre o fato constitutivo do seu direito”, tendo em vista que o magistrado pode considerar que a prova “apresentada juntamente com a petição inicial não basta para que tenha atingido grau suficiente de convicção para proferir, de imediato, sentença de mérito”⁶².

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem aplicando com correção a regulamentação do tema trazida pelo CPC/2015, o que se depreende a partir de julgado proferido pela

⁶¹ Antes mesmo da edição do CPC/2015, a doutrina já ressaltava que “não é sempre que a revelia acarreta o julgamento antecipado da lide”, conforme esclarece MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. Cit. p. 145.

⁶² MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. Cit. p. 146.

6ª Câmara Cível, em 28/08/2019, ao anular a sentença apelada e determinar a reabertura da fase instrutória, por conter *error in procedendo*, diante do julgamento antecipado do pedido autoral pelo juízo *a quo* em razão da decretação da revelia, desconsiderando o pedido de produção de provas formulado, em tempo hábil, pelo réu revel. O tribunal fluminense reconheceu o cerceamento do direito de defesa do réu revel e a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal⁶³.

De igual modo, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁴, ao negar provimento à apelação interposta pela autora nos autos de ação de divórcio cumulada com partilha de bens e alimentos, destacou que “a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas”, razão pela qual “a revelia do réu não importa em reconhecimento automático de todos os pedidos formulados na petição inicial”. No caso em exame, pontuou o tribunal que, apesar de ter sido decretada a revelia do réu, o conjunto probatório constante dos autos demonstrava que a autora exercia atividade laborativa e poderia prover o seu sustento, descaracterizando, assim, a sua dependência econômica em relação ao réu. Diante disso, manteve a sentença de improcedência do pedido de alimentos formulado pela autora.

Francisco Antonio de Oliveira ratifica que a regras sobre revelia devem ser interpretadas sistematicamente, podendo o juiz “tomar providências, em sede de excepcionalidade, que lhe pareçam corretas” e que poderão conduzir à improcedência do pedido, “com a neutralização da revelia”. O referido autor, Juiz do Trabalho, trouxe

63 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.

64 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.

o exemplo de um caso de sua competência no qual a autora pleiteava o pagamento de aviso-prévio e indenização por gravidez, sendo que, apesar de ter sido decretada a revelia, determinou a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) pela autora que, uma vez carreada aos autos, dava conta de ter sido celebrado apenas um contrato de experiência, o que fora, inclusive, confirmado pela própria autora subsequentemente. Diante do conjunto probatório produzido nos autos, foi prolatada sentença de improcedência do pleito autoral, a despeito da revelia do réu⁶⁵, a revelar que, atualmente, revelia e procedência não caminham necessariamente lado a lado.

5. FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL

Verifica-se o paulatino incremento da flexibilização procedimental em diversos países de *civil law*, inclusive no Brasil, dando ensejo a uma maior possibilidade de adaptação do procedimento de acordo com as especificidades do caso concreto⁶⁶.

A flexibilização procedimental pode se dar por determinação do juiz (adaptação judicial do procedimento) ou por convenção entre as partes (negócio jurídico processual), neste último caso podendo depender ou não de homologação judicial.

O espaço para a flexibilização procedimental se mostra cada vez mais amplo, não obstante o Direito Processual pátrio siga integrando o Direito Público, sendo permeado por normas cogentes⁶⁷,

65 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Op. Cit.* pp. 117-118.

66 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. v. I. pp. 45/46.

67 "De qualquer modo, o estado de coisas chamado de ordem pública se expressa pelo controle da regularidade e desenvolvimento de atos e procedimentos, chamando a atenção dos envolvidos na relação processual para a presença de defeitos tidos como graves, intransponíveis, bem como para a necessidade de afastá-los para se garantir a legalidade. Nesse passo, é com resguardo da integridade e da adequação dos atos processuais e dos procedimentos que se assegurará o estado de ordem pública processual. Resalte-se que essa intervenção pelo juiz, bem como as suas consequências, são medidas de exceção para a preservação do interesse público, mas também para a proteção das próprias partes". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015. pp. 81/82.

especialmente ao se considerar que lida com o exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz, com impacto não apenas para as partes diretamente envolvidas no litígio pontualmente considerado, mas para a sociedade em geral, seja em razão de que uma eventual má gestão do órgão judicial pode trazer impactos nocivos para todos os demais processos em tramitação naquela unidade, especialmente em termos de duração razoável, seja em razão da relevância de se observar as garantias fundamentais do processo, que representa a projeção do Estado Democrático de Direito (*democracia no processo*).

Ao traçar uma comparação entre os diferentes ordenamentos nacionais europeus, Remo Caponi destaca que, na Alemanha, dentre outros dispositivos legais, o artigo 296 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) autoriza o magistrado a considerar os meios de ataque ou de defesa, *ainda que extemporâneos*, caso não retardem a solução da controvérsia ou a parte apresente justificativa suficiente para o atraso. Na Itália, o artigo 183-*bis*, do *Codice di Procedura Civile* (Lei n. 162 de 2014) autoriza que, quando tiver competência para julgar monocraticamente, o juiz pode optar entre o procedimento ordinário ou sumário considerando a complexidade da lide e da instrução probatória. O processo civil inglês e o espanhol igualmente apontam para uma maior margem de flexibilidade procedimental, autorizando o magistrado a gerenciar o processo com maior grau de discricionariedade (*case management*)⁶⁸.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, seguindo a tendência verificada em diversos países do exterior, incrementou o espaço para a flexibilização procedimental, prevendo hipóteses de adequação judicial típica, tais como ao autorizar o magistrado a 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, determinar todas

68 CAPONI, Remo. "Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição". Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. pp. 531-549.

as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, promover, a qualquer tempo, a autocomposição (artigo 139), autorizar o saneamento pelo juiz em cooperação com as partes, se a matéria de fato ou de direito for complexa (artigo 357, §3º), estabelecer calendário processual em conjunto com as partes (artigo 191), além de autorizar as partes a celebrar negócio jurídico processual atípico (artigo 190) e a apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, §2º), dentre outras hipóteses.

Forçoso convir que o aumento do espaço de flexibilidade procedimental reforça a tendência a um tratamento dispensado ao réu revel que não seja acriticamente rigoroso e implacável, como ocorria no passado.

Tanto assim que Bruno Redondo, ao tratar da admissibilidade de *adequação judicial atípica do procedimento*, erige como um de seus requisitos de validade complementares que a adaptação procedimental se preste a incrementar o “contraditório substancial útil”⁶⁹.

Entendemos, pois, que a tendência à flexibilização procedimental e à adaptação do procedimento autoriza que sejam promovidas mudanças no procedimento previsto em lei, de modo a permitir que o juiz genuinamente dialogue com as partes e contribuir para a produção das provas úteis e necessárias à formação do convencimento (contraditório participativo), com vistas ao alcance de uma decisão justa⁷⁰.

69 REDONDO, Bruno Garcia. Adequação do procedimento pelo juiz. Salvador: Jus Podivm. 2017. pp. 166-170.

70 Não se poderia deixar de registrar, embora esta não seja a sede adequada para aprofundar as discussões sobre o tema, as críticas tecidas por Igor Raatz quanto ao tratamento dispensado pela doutrina brasileira à flexibilização procedimental promovida pelo juiz, por entender que, a rigor, esse princípio deve ser pensado “para as partes e pelas partes, dando-se ênfase à sua realização pela via dos negócios jurídicos processuais”. O autor pontua que o case management e a cooperação processual, em sua origem no sistema de common law, foram cunhados com vistas a mitigar os reveses de um sistema “too adversarial”, ou seja, em que as partes já exerciam forte protagonismo e não como uma forma de incrementar a sua participação no processo, como tende a ser sustentado no Brasil. RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2019. pp. 266-279.

Piero Calamandrei, desde meados do século XX, já destacava a importância de haver equilíbrio entre rigor formal e adaptabilidade procedimental, ao abordar o princípio da funcionalidade que, segundo ele, “mais que obedecer a uma fórmula programática estabelecida *a priori*, adapta-se, no curso do procedimento, às diferentes exigências correspondentes à alternância da função” em cada fase do processo. De igual modo, Calamandrei ponderou que o *Codice di Procedura Civile* Italiano, de 1940, mesmo adotando um sistema mais rigoroso de preclusões (“sistema da preclusão das deduções”), abrandou-o, ao autorizar que o juiz permita “preclusões elásticas”, se entender que a exclusão da dedução tardia seja “prejudicial ao próprio ideal de justiça”⁷¹.

Sendo assim, a flexibilização procedimental reforça e justifica várias providências descritas ao longo do presente trabalho, que têm sido tomadas pelos tribunais, tais como a manutenção da documentação carreada aos autos pelo réu juntamente com a contestação intempestiva, o aproveitamento da própria contestação extemporânea, com caráter informativo, a garantia de ampla oportunidade de participação do réu no processo, desde que não acarrete retardamento e a volta a etapas anteriores já vencidas, com lastro no artigo 349 do CPC/2015, dentre tantas outras.

Merece destaque, ainda, a possibilidade de, tratando-se de direito que admita autocomposição, a parte autora venha a *concordar expressamente* com a aceitação, para todos os fins de Direito, da contestação apresentada pelo réu com um pequeno período de atraso ou descurando de alguma formalidade legal secundária (artigo 190, CPC/215), ficando afastados, assim, todos os efeitos da revelia, inclusive a presunção relativa de veracidade que, em tese, militaria em favor da própria parte autora, e que já vem sendo paulatina-

71 CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2003. v. I. p. 320.

mente mitigada, conforme desenvolvemos em passagens anteriores do presente trabalho. Trata-se, pois, de negócio jurídico processual atípico, em que a parte autora livremente abriria mão de presunção relativa de veracidade em seu favor, em prol da busca da verdade, contanto que a intempestividade da contestação seja por período reduzido e, portanto, não implique retardamento na tramitação do processo, pois representaria transferência de externalidades, comprometendo a função social externa do negócio jurídico processual e a boa administração da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, procuramos revisitar os contornos atribuídos ao clássico, porém sempre candente, tema da revelia no ordenamento jurídico brasileiro.

Entre avanços e revezes, verificamos que atualmente dispomos de um arcabouço normativo mais consentâneo com uma visão sistemática do instituto da revelia e de seus consequentes efeitos. Se, à época da edição do Código de Processo Civil de 1973, talvez ainda fosse justificável dispensar-se uma interpretação rigorosa e estanque ao regramento legal pertinente à revelia, hoje, com a constitucionalização do Direito Processual e a expressa previsão, logo no artigo 1º do CPC/2015, de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal de 1988, impõe-se a releitura desse importante tema.

A revelia se entrelaça com as noções de contraditório participativo, isonomia, paridade de armas, direito fundamental à prova, o valor da verdade na busca por justiça, flexibilização e adaptação procedimental, cooperação e tantos outros princípios que formam o eixo central de interpretação e aplicação das normas processuais.

Sendo assim, não há como, em pleno século XXI, o operador do Direito aplicar, de forma rigorosa, hermética e acrítica, o arcabouço construído no século XX a respeito da revelia, pois significaria voltar as costas para o conjunto de novos paradigmas que hoje nos são tão caros. A prova cabal de que os paradigmas do Direito Processual Civil contemporâneo mudaram consiste precisamente em desafiar os operadores do Direito a revisitar os tradicionais conceitos, pois, caso contrário, as normas fundamentais soariam como meras promessas ao vento, sem nenhum impacto sobre o exercício dos direitos fundamentais processuais efetivamente conferidos aos jurisdicionados.

Poucos sujeitos se encontram em posição de tamanha vulnerabilidade no processo quanto o réu revel. Portanto, voltar o olhar para essa figura e envidar esforços concretos para promover uma leitura dos contornos da revelia que efetivamente esteja comprometida com os princípios constitucionais processuais representa “virar a chave” de um Direito Processual do século XX para o século XXI.

Esse “ato de subversão”, de “rebelar-se contra a revelia”, não significa esvaziar o instituto, mas contextualizá-lo e redimensioná-lo, colocando-o ao lado de tantos valores que acreditamos ser tão caros à ciência processual neste momento histórico.

Este trabalho pretende ser, pois, um singelo convite aos leitores para que estejamos permanentemente “en garde” para questionar, investigar, reavaliar e rever os conceitos, adaptando-os aos novos tempos.

Rebelar para progredir, avançar e aprimorar.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

_____. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. I.

CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. pp. 531-549.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

_____. Fundamentos e alcance do efeito da revelia”. **Fundamentos do processo civil moderno**. *Tomo I*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. v. I.

MEDEIROS, Maria Lúcia de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes, 2001. t. IV.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual da Revelia**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação**. Salvador: Jus Podivm, 2021.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

REICHELDT, Luis Alberto. "O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz". **Revista de Processo**. vol. 281/2018. p. 171-185. Jul/2018.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. V. I-III.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 173.299/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000, p. 104.

_____. REsp 336.848/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

_____. Recurso Especial Nº 890.311 - SP. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.

_____. Resp 1072276/RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 7.554/96. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 10ª Câmara Cível. Decisão unânime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 08/96. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 30/01/1996.

_____. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 3.098/96. Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 29/10/1996.

_____. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000. Rel. Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento 11/06/2019.

_____. Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087. 19ª Câmara Cível. Decisão unânime. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. II.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO 3

INTERPRETAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO: APORTES DA PSICANÁLISE E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (OU FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL) EM BUSCA DE LEGITIMIDADE

Luiz Fernando Castilhos Silveira¹

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS e Mestre em Direito pela UNISINOS. Advogado e Professor de Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: luiz_silveira@yahoo.com. <http://lattes.cnpq.br/2057512653495260>.

1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E PROPOSTA

A configuração do Direito nos tempos atuais tem deslocado muito do foco da atenção de juristas e jusfilósofos ao judiciário e, mais especificamente, ao papel dos julgadores. Esse foco na operacionalização do raciocínio jurídico não é inédito, mas é especialmente relevante em terras nacionais devido a uma série de fatores (em parte coincidentes com realidades internacionais), incluindo o fenômeno do multiculturalismo crescente; a constitucionalização de um amplo rol de direitos fundamentais; a busca (ao menos por parte da sociedade) por uma igualdade material, e não apenas formal; uma considerável inflação legislativa; a adoção, em larga escala, das chamadas “cláusulas gerais abertas”, dentre outros.

Alie-se essa realidade à assunção de que a linguagem (condição de possibilidade do Direito) não possui um limite preciso de significação (já é célebre a colocação de Hart de que as regras são dotadas de ‘textura aberta’) e começamos a delinear o problema. Some-se isso ao fato de o Estado inflacionado e onipresente atravessar uma crise (possuímos uma carga tributária altíssima e, ainda assim, enfrentamos considerável escassez de recursos aos serviços públicos mais básicos) e, além disso, ao esvaziamento galopante de um código moral socialmente uniforme – seja pela laicização (ou multiplicidade crescente de religiões) do grupo social e do poder estatal, seja pela substituição de tais anseios por uma busca incessante de recursos e poder. A essa configuração (ou deveríamos chamá-la tendência?) me referirei como ‘relativização’.

Infelizmente, uma análise mais aprofundada de qualquer desses fenômenos sócio-culturais sob um prisma sociológico escapa sensivelmente ao escopo deste trabalho. Entretanto, esse deslocamento

também pode ser percebido a partir de diversas outras matrizes. Este ensaio tenciona propor aportes da hermenêutica filosófica (ou, como bem delimitou John Richardson, de uma fenomenologia existencial¹) e da psicanálise, como veremos em seguida, visando a uma compreensão que possibilite material teórico adequado a lidarmos com o mundo como se nos revela.

A ‘relativização’, no que tange ao Direito, corrói a estrutura interna do jurídico como considerada por uma doutrina mais conservadora. Ideais de *verdade*, aos quais seguem suspiros por *certeza* e *segurança jurídica*, são já mencionados como tábuas de salvação ou, por doutrinadores um pouco mais conformados, com ares de saudosismo. Leis não são mais tão claras e concisas quanto deveriam; o raciocínio jurídico não tão lógico quanto deveria; o cumprimento dos contratos não é buscado a qualquer preço: a solução judicial de casos inovadores, enfim, é imprevisível – quando não indecifrável (pois não mais calcada estritamente em uma interpretação compartilhada da lei, da doutrina e/ou da jurisprudência).

Inserto nessa problemática, o presente ensaio vem a ser uma proposta de visualização desse contexto a partir de pontos de vista externos à estrutura jurídica como considerada de forma corrente. Sua intenção é, em primeiro lugar, apresentar uma leitura possível. Em um segundo momento, pretende-se que avalie o papel desenvolvido pela interpretação do Direito e pela fundamentação das decisões judiciais em uma análise crítica, partindo das matrizes apresentadas na primeira parte.

As questões da interpretação e fundamentação estão intimamente ligadas, entre si e com o problema da legitimidade frente a uma democracia que não seja mera aparência. As ideias

1 RICHARDSON, John. *Existential Epistemology*: a heideggerian critique of the cartesian project. Oxford: Clarendon Press, 1986.

aqui trabalhadas não visam a uma crítica simples ou frontal ao poder exercido pelo judiciário (o qual, afinal de contas, é um Poder o Estado), mas, sim, procuram contribuir, de forma construtiva, a uma compreensão do fenômeno jurídico de forma a legitimar e democratizar as decisões judiciais. O objetivo não está em jogar com o poder do julgador, mas em chamá-lo a uma espécie de responsabilidade bem particular, como se mostrará.

Saliente-se que este trabalho é escrito a partir das matrizes citadas justamente para fazer frente a essa ‘relativização’ - e, com ela, aos subjetivismos, decisionismos e, também, objetivismos (estes últimos, como já denunciado², levam aos primeiros). A hermenêutica é seguidamente definida como relativista; veja-se, no entanto, que é aportada ao presente ensaio justamente como uma tentativa de *evitar* o relativismo.

A busca das matrizes aqui expostas visa justamente a *aumentar* (ou resgatar) a segurança jurídica, e não a relativizá-la. Para tanto, em nosso entendimento, não basta o apego à falsa certeza do texto legal. Pelo contrário, é preciso desvelar o problema enquanto problema; é somente a partir da denúncia de fugas que mascaram o fenômeno enquanto tal que poderemos tencionar uma solução apropriada em um diálogo que, espero, se sucederá.

2. INTRODUÇÃO A UMA PRIMEIRA DIMENSÃO DA QUESTÃO

Neil MacCormick, precisamente em uma tentativa de defender a utilidade do raciocínio lógico-dedutivo para justificação das decisões judiciais, acabou por bem atestar a insuficiência do método quando se trata de questões controvertidas. No prefácio revisto das edições de

² Para tanto, ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

1995 e 1997 de *Legal Reasoning and Legal Theory*³, o autor põe extensas ressalvas à suficiência do silogismo enquanto justificação.

Já no corpo do texto publicado em 1978 há *válvulas de escape*. O raciocínio lógico-dedutivo seria suficiente apenas enquanto só há uma norma aplicável ao caso; havendo mais de uma (ou mais de uma versão/interpretação da mesma norma), a lógica seria insuficiente, e o julgador deveria se sustentar a escolha entre uma e outra em argumentos de coerência, consistência e conseqüência – estes últimos, segundo o próprio autor, não mais ‘neutros’, mas dotados de uma natureza valorativa, embora tenha se esforçado em manter sua ‘objetividade’ a ponto de se aproximar de um utilitarismo Benthamista.⁴

O que nos importa aqui é a clareza da exposição do autor no que se refere à insuficiência da lógica na fundamentação das decisões. Para o escocês, inclusive, os argumentos que não são lógico-dedutivos é que são realmente interessantes, pois remetem o raciocínio jurídico às suas particularidades e à sua relação com a moral – embora não sejam, tampouco, suficientes ‘em si’.⁵

Essa insuficiência não é da essência deste ou daquele caso (MacCormick parece ter reconhecido que a distinção entre *hard* e *clear cases* opera *a posteriori*), mas, sim, das particularidades do caso. Para citá-lo: “[...] *a purely pragmatical view would reveal many situations and cases in which no one thinks it worth trouble to go beyond the rules for practical purposes.*”⁶ O que garante a suficiência, então, do raciocínio lógico-dedutivo à justificação é a concordância de todos. Pois é aí que está um problema para nós.

3 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. United States: Oxford University Press, 1997.

4 Não cabe neste ensaio adentrar nas especificidades de cada um desses argumentos; para tanto, Cf. MACCORMICK, *Op. Cit.*

5 *Ibidem*, *Foreword*, p. ix.

6 MACCORMICK, *Op. Cit.*, *Foreword*, p. xiii.

Em nosso sistema de tomada (e fundamentação) das decisões, parece que a avaliação dessa ‘concordância’ é relegada ao esquecimento. Ninguém discordaria de que, não havendo interesse de ninguém em questionar a regra aplicável e o que fora provado⁷, não há qualquer óbice que a justificação da decisão seja essa mesma regra aplicada aos fatos incontroversos. Entretanto, tal como estão formulados os *standards* de fundamentação do nosso sistema⁸, o juiz não está onerado a refutar os argumentos levantados pelas partes. Assim, ainda que haja discordância (nos termos colocados por MacCormick, quanto à norma ou versão desta a aplicar), o caso é tratado como se esta não existisse.

A divisão casos fáceis/difíceis entre nossos juristas parece ter tomado forma de um *a priori*, que justifica de antemão a adoção da justificação de primeira ordem (em termos de MacCormick). Enquanto há casos ‘em si’ fáceis, que demandam apenas um raciocínio lógico-formal para justificação (pouco importando se o resto do mundo discorda disso), há outros que, ‘em si’, são problemáticos – e aí, sim, demandam que o julgador recorra a princípios, valores, etc.⁹ Quem realiza a distinção (e, conseqüentemente, que nível de argumentação/fundamentação é necessária) é o próprio juiz – e ninguém mais.

3. O IDEAL DE COMPLETUDE (E SATISFAÇÃO)

A primeira exposição a que se propõe o presente texto parte da investigação feita por Jeanine Philippi¹⁰. A autora realizou uma incursão em grande parte das mais conhecidas tentativas de explicação do fenômeno jurídico, desde a antigüidade até os tempos atuais, para

7 Não podemos perder de vista que a apreciação probatória também carece de fundamentação, por se tratar de interpretação (do material probatório) e, justamente por isso, incidir em toda a argumentação deste trabalho no sentido da contingência, como se tratará adiante.

8 O quais serão avaliados *infra*.

9 Pretendo investigar a sustentabilidade dessa divisão entre casos fáceis/difíceis enquanto da essência do próprio caso em outra oportunidade, a partir da crítica de John Richardson (*Op. Cit.*) à epistemologia clássica a partir da fenomenologia existencial. Para uma argumentação a partir da hermenêutica filosófica. Cf. STRECK, *Op. Cit.*, *passim*.

10 PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

constatar um ponto em comum que as atravessa: a completude, ou a busca ávida por ela:

[...] não é difícil perceber como tal processo perpetua o ato de repor sempre a vida dos seres humanos nas mãos de uma imagem investida da capacidade de assegurar a certeza da salvação, o ponto de chegada, a resposta dogmática definitiva, adstrita à possibilidade de realização absoluta do desejo.¹¹

Para uma análise detalhada do devir histórico, no que toca a esse particular, remeto ao trabalho da autora, pois não caberia aqui uma mera repetição do que lá está bem exposto. Resume-se: o Outro “historicamente recebeu o nome de natureza, deus, estado, soberano, vontade geral, norma fundamental ou força na explicitação da lei [...]”¹².

A psicanálise é justamente instaurada “a partir da postulação dessa falta radical e originária, objeto da pulsão e objeto do desejo, bem como da falta, também radical e originária, de um significante primordial.”¹³ Este fundamento último é que estruturaria a ordem simbólica e lhe daria consistência. Agostinho Ramalho se pergunta justamente até que ponto a constatação dessas faltas fundamentais poderiam produzir efeitos de esburacamento [sic] no discurso jurídico, justamente onde é visto como uma totalidade a partir de uma ficção de plenitude.¹⁴

A denúncia que é feita é a tentativa de preencher o vazio fundamental da contingência da existência humana por meio da apelação a alguém (ou algo) que detenha “a verdade sobre os homens e o seu destino.” A indicação daquele que está autorizado a falar em nome do pai supre essa lacuna, pois a *palavra do pai* submete, mas não responsabiliza. No momento em que há esse Outro que conhece a

11 *Ibidem*, p. 404.

12 PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 398.

13 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 23

14 *Ibidem*.

verdade, não há mais a necessidade de “questionar seus mandamentos e, sendo assim, o *Sujeito* e o destinatário da lei podem gozar em paz!”¹⁵

Essa ‘fuga’ em aceitar a falta é responsável pela não-atribuição de um sentido autêntico ao Direito. Ao não aceitarmos a nossa condição de finitude (desenvolverei a argumentação a seguir), o ser permanece velado e acabamos por dedicar nossa atenção aos entes¹⁶, objetificando o fenômeno. No caso jurídico, essa *de-cadência*¹⁷ transforma-o em objetos ante os olhos¹⁸ e fora de contexto¹⁹: a apreensão é reduzida a leis, decisões judiciais, comportamentos sociais etc, os quais não formam um todo com sentido apreensível (ou atribuível).

A atitude teórica voltada à apreensão de meros objetos ante os olhos está intimamente ligada à noção de temporalidade; mais especificamente, à negação dessa temporalidade ou à detenção em apenas um de seus aspectos: o presente. Para que seja possível a obtenção de um objeto descontextualizado, é imperativo que se tente eliminar o decurso do tempo na própria apreensão dos entes. No entanto, essa mesma atitude tende a falhar quando dirigida novamente a uma atitude que se volte a fins.²⁰ No curso da presente argumentação, o que nos é mais relevante é porque fazemos isso, e não tanto se é possível essa apreensão do objeto-em-si.

4. A CONTINGÊNCIA COMO FALTA PERMANENTE

Em avaliação que Richardson faz da pouca preocupação de Heidegger com o projeto epistemológico (embora, salienta, o insucesso desse projeto está implicado pela teoria do alemão), sustenta que o importante ao projeto heideggeriano não é tanto se há a possibilida-

15 PHILIPPI, *Op Cit.*, p. 421 *et passim*.

16 Cf. RICHARDSON, *Op. Cit.*, *passim*.

17 *Verfallen*. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005, Parte I, Capítulo Quinto, B *et passim*.

18 das Vorhandene. Cf. RICHARDSON, *Op. Cit.*, p. 47.

19 RICHARDSON, *Op. Cit.*, *passim*.

20 *Ibidem*, p. 96.

de de apreender os objetos como eles são em si mesmos, mas, sim, dificuldades mais existenciais. Sua interpretação é a de que erroneamente nos ocupamos do projeto epistemológico clássico supondo que seu sucesso nos ajudará de alguma forma a suprir essa angústia existencial. Quando percebemos que essas dificuldades existenciais são mais relevantes, diz, e que a epistemologia é um caminho inapropriado para solucioná-las, a importância dessa empreitada diminui – e, com ela, nossa dificuldade de compreendê-las.²¹

Cumprir focar no porquê de fugirmos do enfrentamento dessa questão existencial. Segundo põe Richardson, a *de-caída* é uma fuga de uma certa insatisfação gerada pela nossa condição essencial ou, em outras palavras, uma tentativa de esconder-se de ou virar as costas a essa insatisfação.²² Por sua vez, a razão dessa insatisfação é precisamente porque o ser-no-mundo, o qual fundamenta toda busca das entidades-no-mundo, é ele mesmo sem último fundamento.²³

A compreensão desse aspecto (de que não possuímos um fundamento último) é central para compreensão adequada de nós mesmos. No entanto, essa constatação nos desestabiliza. Heidegger a isso se refere como nossa ‘culpa’²⁴, e para entendê-la precisamos compreender as duas ‘nulidades’²⁵ que se remontam às duas maneiras pelas quais a contingência do nosso mundo (o fato de que nosso mundo é em todos os casos apenas um dentre muitos possíveis²⁶) nos causa insatisfação.²⁷

A primeira diz respeito à nossa identidade: a responsabilidade pelo que(m) somos sempre foge de nós, ao passado. Não somos responsáveis pelo nosso nascimento, nem pela condição original na qual

21 RICHARDSON, *Op. Cit.*, p. 120.

22 *Ibidem*, p. 127 et ss..

23 *Ibidem*, p. 129.

24 *Schuld*.

25 *Nichtigkeiten*.

26 Os significantes “contingência” e “contingente” são continuamente revisitados ao longo do texto. Peço a gentileza do leitor de considerá-los sempre na acepção aqui apresentada.

27 RICHARDSON, *Op. Cit.*, p. 130.

nosso esforço (em direção a nossos fins) se iniciou. Nós nos desenvolvemos em um sistema de atribuições. É, enfim, uma impossibilidade de uma última auto-criação, no sentido de que nunca podemos ser a “causa de nós mesmos”. Nunca somos capazes de construir nossas possibilidades do zero, e a nossa existência está nesse sentido fora de controle, possuindo um *momentum* que não foi por nós mesmos gerado. Essa é a primeira ‘falta’ essencial em nossa existência.²⁸

A segunda está ligada à nossa liberdade enquanto escolha de apenas *uma* dentre todas as possibilidades (o Dasein constantemente não-é todas as outras). Enquanto a primeira nulidade reside em nossa inabilidade de escolher o fundamento das escolhas que fazemos, a segunda consiste na limitação própria a essas escolhas mesmas: elas inerentemente envolvem rechaçar todas as alternativas.

*While the first nullity lies in the fact that we are not ourselves the reason (or ‘efficient cause’) for these possibilities, the second lies in the fact that there is no ultimate reason (or ‘final cause’) for preferring these possibilities to the others they inevitably preclude.*²⁹

Ou seja: não podemos ser nós mesmos nossa causa eficiente, nem possuímos – autenticamente – uma causa final fundamental (que dê sentido a todas as outras). Nas palavras de Heidegger: “[f]indar não diz necessariamente completar-se. Torna-se assim mais urgente a questão: *Em que sentido a morte deve ser concebida como findar da presença [Dasein]?*”³⁰ A negativa ou a fuga em focar um plano existencial (que suporia a busca do sentido da própria vida) é parte do evitar ver a ausência de um fundamento para toda a existência – é receio de enfrentar a morte deste mundo enquanto fenômeno da vida³¹.

A morte é uma possibilidade ontológica que a própria pré-sença sempre tem de assumir. [...] Sua morte é a possibilidade de não

28 A linha de argumentação é de RICHARSON, *Op. Cit.*, pp. 131/132.

29 *Ibidem*, p. 133.

30 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte II, p. 25, grifo no original.

31 Heidegger trabalha a questão da morte e mundo(s) em HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte II, p. 29 *et passim*.

mais estar pré-sente. [...] Enquanto poder-ser, a pré-sença não é capaz de superar a possibilidade da morte.³²

É nesse contexto que se foge da contingência, seqüestrando o tempo e mergulhando (*de-caindo*) na cotidianidade³³. A morte é despersonalizada (morre-se), e esse impessoal “não permite e a coragem de se assumir a angústia com a morte. [...] A elaboração dessa indiferença ‘superior’ *aliena* a pré-sença de seu poder-ser mais próprio e irremissível.”³⁴

Tentação, tranquilização e alienação caracterizam, porém, o modo de ser da *de-cadência*. De-cadente, o ser-para-a-morte cotidiano é uma permanente *fuga dele mesmo*. O ser-para-o-fim possui o modo de um *escape* permanente, que desvirtua, compreende e entranha imprópriamente que a pré-sença de fato sempre morre, ou seja, é para o seu fim. Isso fica velado na medida em que se transforma a morte num caso da morte dos outros, que ocorre todos os dias e que, de todo modo, nos assegura com mais evidência que “ainda se está vivo”.³⁵

Começemos a trilhar nosso caminho de volta do Direito. Heidegger afirma que essas duas nulidades são parte de nossa estrutura de ser-no-mundo. Mas nossa compreensão de nós mesmos, lembra-nos Richardson, envolve uma compreensão recíproca do ser dos entes-no-mundo. O autor afirma: “[a]s we grasp ourselves in terms of some end, we simultaneously grasp entities as the means to this end.”³⁶ Disso decorre que essas nulidades essenciais ao nosso ser se revelam também no ser dos entes, e que a ausência de fundamentos últimos do primeiro está relacionada à falta de fundamentos últimos do segundo.

Seguindo esse raciocínio, assim como nos encontramos já sendo, também somos jogados em uma forma de interpretar e encontrar os entes – forma essa que nunca podemos estabelecer por nós mesmos, mas sempre nos encontramos em meio a ela.³⁷ Esse será

32 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte II, p. 33.

33 *Alltäglichkeit*.

34 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte II, pp. 36-37.

35 *Ibidem*, p. 37.

36 RICHARDSON, *Op. Cit.*, p. 134.

37 RICHARDSON, *Op. et Loc. Cit.*

um dos pontos centrais à interpretação do ser do Direito a partir dos entes, a qual não depende (exclusivamente de mim), mas na qual já me insiro sem poder fundamentá-la do zero.

*We are creatures who are always caught up in the play of time, always on the way toward understanding what can or will be in our lives but is not yet, and thus always confronted with the task of trying to make sense of, and to do something with, our lives.*³⁸

Dessa mesma forma, escolhemos nossas possibilidades (e dentre elas) apenas na medida em que rejeitamos ou ignoramos todas as outras. Essa nulidade também é correlata ao ser dos entes-no-mundo, pois essa limitação das possibilidades para nós envolve também uma limitação das possibilidades de outros seres dos entes. Embora a natureza deste trabalho não nos permita esmiuçar as conseqüências dessa fuga do existencial à cotidianidade no Direito, a compreensão dessas nulidades é pressuposto da responsabilidade tal como irei delimitar adiante.

5. A CONTINGÊNCIA NO JURÍDICO

Um dos reflexos mais claros é a compartimentalização do jurídico, reconhecendo “pequenos sentidos *parciais-totais*”. Digo *parcial-total* porque, embora não vislumbrem (justamente por não poderem fazê-lo) abarcar a totalidade do fenômeno jurídico (e todos as suas implicações), as explicações jurídicas visam a uma espécie de completude em si mesmas. Assim, proliferam-se os “ramos autônomos” da ciência jurídica, nos manuais do cotidiano, enquanto não há preocupação alguma em delinear um *todo* com sentido (ou um sentido para o *todo* contingente).

Nessa mesma esteira, *standards* de interpretação jurisprudencial são citados e recitados sem qualquer preocupação com o contexto.

³⁸ HYDE, Michael J. *The Call of Conscience*: Heidegger and Levinas, rhetoric and the euthanasia debate. University of South Carolina Press, 2001. p. 40.

E isso porque contexto envolve tempo, que foi seqüestrado pelas normas e regras do ordenamento. O *dogma* põe fim ao contingente, posto que dotado de *verdade* (esta entendida como eterna e imutável). O que é, é; não é, sendo³⁹. As construções e interpretações jurídicas não parecem ser *adequadas*, mas tendem a se tornarem a verdade. A realidade é interpretada a partir do *filtro* jurídico; é reduzida, para que *caiba* na norma. Ou até fazê-la caber.

Esses são apenas algumas colocações acerca das conseqüências dessa *de-caída*. São superficiais, sabe-se, mas não tencionavam ser outra coisa - dada a dimensão do trabalho - que pontos para que se reflita a respeito.

O que aqui se coloca é uma explicação de por que as tentativas de apreensão de um escopo mais amplo tendem a ser, sempre, desvirtuantes. E o principal é porque nossa condição nos permeia de contingência, à qual evitamos olhar - e vislumbrar a contingência última, a morte, nos traz vertigem. A crença em uma essência 'verdadeira' não deixa de ser um conforto a esse desalento.⁴⁰ Isso sem desconsiderar que, em não se podendo chegar a essa "resposta última" (leia-se, entificação última) à falta primordial, outra solução é a atribuição de um "método último): esse, sim, infalível. Não raro, tal postura demanda um método de aplicação do método, e assim por diante, até alguma fundamentação última - o porto seguro de fechamento do 'sistema' (ou, como se refere Lênio Streck, um '*Grundmethode*'; o qual, neste contexto, vem a substituir a falta gerada pela 'perda' da *Grundnorme* kelseniana).

³⁹ Para uma explicação mais delongada da temporalidade enquanto inerente ao ser, Cf. HEIDEGGER, *Op. Cit., passim*. Mais especificamente, Cf. HYDE, *Op. Cit.*, pp. 22, 32 et *passim*.

⁴⁰ MARQUES NETO, *Op Cit.*, p. 28.

6. AS FUGAS TEORICIZANTES

É aí, nesse conforto, que se inserem sorrateiramente as teorias *totalizadoras* da realidade. É relevante salientar a impossibilidade de abarcar o real e a realidade em um enunciado. Em todo dito se mantém um não-dito. O discurso (*Rede*) deve ser entendido mais em um alinhamento com o segundo do que com o primeiro⁴¹. A comunicação, no entanto, não partilha a referência ontológica primordial com o ente referencial: a *de-caída* do discurso corresponde ao que Heidegger chama de “falatório” (*Gerede*):

O seu empenho é que se fale. O que se diz, o dito e a dicção se empenham agora pela autenticidade e objetividade do discurso e de sua compreensão. Por outro lado, dado que o discurso perdeu ou jamais alcançou a referência ontológica primária com o ente referencial, ele nunca se comunica no modo de uma apropriação originária deste ente, contentando-se com *repetir e passar adiante a fala*. O falado no falatório arrasta consigo círculos cada vez mais amplos, assumindo um caráter autoritário. As coisas são assim porque delas se fala assim.⁴²

Como bem coloca Agostinho Ramalho, as concepções cientificistas do Direito são reducionistas. Sejam jusnaturalistas ou juspositivistas, identificam o fenômeno com “uma das dimensões que o habitam, ou com um conjunto bem restrito de dimensões, e exclui todo o resto para fora do campo jurídico.”⁴³ Essas visões totalizadoras são denunciadas como um apelo dos homens a se furtarem da contingência (como se mostrou, sua e, por conseguinte, do mundo). Philippi assim se coloca:

Essa *referência estável*, no entanto, possui uma dimensão imaginária singular. A ela também são endereçados os apelos dos seres faltosos que reclamam um sentido para suas existências precárias. Assim, no momento em que o homem transfere ao

41 Para uma boa demonstração da redução necessária ao nível do logos apofântico, ver HYDE, *Op. Cit.*, pp. 34 *et ss.*

42 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte I, p. 228.

43 MARQUES NETO, *Op. Cit.*, p. 28.

Outro o poder que lhe pertence com exclusividade, acolhe e se submete aos seus mandamentos.⁴⁴

A autora bem analisa em sua obra as construções jurídicas da tradição romano-medieval. Constata que estas, “em vez de priorizarem a distinção de um limite próprio para os seres humanos”, teorizam uma “representação santificada” com a finalidade de “preencher o vazio mais cruel do sujeito”, em outras palavras, “a falta que faz dele o único responsável pela caução das falas, poderes e normas que *organizam* sua vida.” Essa representação é então dotada de *autoridade*, à qual o sujeito se submete, com vistas a evadir-se da falta que lhe é imanente.⁴⁵

Os homens, assim, se furtam à responsabilidade que lhes cabe pela própria vida (e, nela, pela convivência). O estabelecimento dos *dogmas* (ou dos oráculos por eles responsáveis) garante ao indivíduo a fuga de sua condição, que passa a ser apenas a de indicar “aquele que está autorizado a falar em nome do pai.”⁴⁶ Na tradição ocidental, a essa fundamentação última não é atribuído um ente físico, mas um *metafísico*. “O Outro, com efeito, não pode ser encarnado, porque isso significa retirar dele a dimensão possível de verdade compartilhada, para inscrever em seu lugar um mandato autoritário.”⁴⁷ O “desenvolvimento do conhecimento científico é concebido [...] como uma *aproximação*, embora descontínua e sujeita a desvios [...], no sentido da apreensão plena da essência do objeto e, nesse ato mesmo, da realização do ideal de ciência.”⁴⁸

44 PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 402.

45 PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 403.

46 *Ibidem*, p. 415.

47 *Ibidem*, p. 403.

48 MARQUES NETO, *Op. Cit.*, p. 24.

7. TOMADA DE CONSCIÊNCIA

A fuga para a cotidianidade é também uma fuga da responsabilidade pelo mundo. Sobre essa responsabilidade, reporto-me ao pensamento de Hannah Arendt, autora que trabalhou profundamente essa questão⁴⁹. A cotidianidade se aproxima da noção de burocracia, em que, como denunciou o pensamento arendtiano, os sentidos não são mais atribuídos. A *de-caída* é uma fuga da temporalidade – e o mundo burocratizado é exatamente onde se tomam as decisões instantâneas (das quais não se sabe nem se quer saber as conseqüências).

O mundo do ‘ante os olhos’ é compartimentalizado, em que o sentido de cada ente não é atribuído, esvaziando-o de significado. Nessa esteira, Hyde se reporta ao pensamento heideggeriano:

[...] *idle talk as discourse that ‘discourages any new inquiry and any disputation’, encourages people to follow ‘the route of gossiping and passing the word along’, and ‘releases [them] from the task of genuinely understanding’ how they are faring in their relationships with things and with others.*⁵⁰

Além disso, a própria burocracia condiciona o pensamento a pensar e agir apenas de acordo com as convenções e rituais da vida cotidiana – o que impede que atendamos ao chamado da nossa consciência.⁵¹ Quando o ouvimos, *“we are concerned with the truth of our temporal existence and with the decisive challenge that comes with it – trying to determine how to live out this truth in some meaningfully significant way.”*⁵²

49 Uma referência na rica obra da autora pode ser a coletânea de conferências publicada em ARENT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; Para um relato especificamente do caso Eichmann, que desencadeou na autora um interesse mais profundo sobre o tema da banalização totalitária, ver ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; Para fontes indiretas, consultar, por exemplo, SOUKI, Nádia. **Hannah Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

50 HYDE, *Op Cit.*, p. 37.

51 HYDE, *Op Cit.*, p. 26.

52 *Ibidem*, p. 25.

O discurso de retorno tal como é aqui apresentado trespassa o reconhecimento da temporalidade - e, com ela, da contingência (nulidades). São essas mesmas que nos levam de volta, não ao porto seguro do pai (ou da Lei) que nos dá sentido, mas à segurança de que esse sentido é nossa responsabilidade.

[...] ao contrário de percorrer as vias conhecidas das Cidades do bem ou das Repúblicas do dever, que buscam especificar o que é bom para os homens e as regras que eles devem observar para atingir esse fim, deslocando sempre para um Outro qualquer a responsabilidade pela imposição das normas que organizam a existência humana, a leitura cruzada entre direito e psicanálise [...] aponta para um caminho diferente, uma outra possibilidade de pensar o laço social - e os seus limites simbólicos - [...], não para mantê-los em estado de subserviência ao pai imaginário e à Lei posta em seu nome, mas para que eles possam resgatar o valor da sublimação - uma forma peculiar de satisfação na qual o que está em jogo não é o objeto, enquanto um bem capaz de satisfazer o desejo, mas a própria Coisa, como signo do vazio estrutural a partir do qual é possível pensar a criação.⁵³

8. O ATRAVESSAMENTO DO SUJEITO NO DISCURSO JURÍDICO

Agostinho Ramalho constrói bem uma demonstração de como o sujeito se insere no discurso sobre algo. “É porque impossível”, diz ele, “[...] a qualquer discurso [...] dar conta da totalidade da verdade de seu objeto [...], que lhe é possível dar conta apenas parcialmente desse objeto.” No entanto, esse parcial a que se refere não o é apenas no sentido de “não-toda” a verdade, mas, também, no sentido de “não-isenta”. O discurso, a enunciação é “produto de uma escolha que desde o início privilegiou certos aspectos do objeto e certos enfoques teóricos em detrimento de outros, e os privilegiou justamente porque, sem isso, nem mesmo seria possível começar um trabalho teórico.”⁵⁴

53 PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 393.

54 MARQUES NETO, *Op. Cit.*, p. 24.

De toda forma, não apenas na enunciação se manifesta a emergência do sujeito. Pouco importa se o enunciado é feito objeto (próprio de discursos científicos ou filosóficos), pois a própria compreensão parte do sujeito cognoscente [*Dasein*], e esta é condição de possibilidade à própria interpretação e proposição.⁵⁵

A questão que se nos põe, em termos de raciocínio jurídico, é “como lidar com isso?”. É preciso, em primeiro lugar, evitar a fuga ao nome do pai, ao lugar comum, ao seqüestro do tempo – às soluções fáceis, enfim. O mascaramento do vazio se mostra apenas como disfarce do problema, deixando que este opere de forma velada – o que, como se mostrou, é infinitamente mais pernicioso.⁵⁶

Em segundo lugar (e após vencida a primeira barreira), é preciso aprendermos a lidar com o ser humano. É imperativo que, ao considerarmos o problema da subjetividade enquanto problema, pensemos em como lidar com ele (em vez de apenas procurar fazê-lo desaparecer). Afinal de contas, no Direito, há um sujeito que compreende, que interpreta, que decide. **Como** se faz (ou se deveria fazer isso) é uma questão central, e não a tentativa de negar que isso **deva** ser feito, com a fuga a alguma verdade transcendente, universal e atemporal segura e escondida de todos os supostos males.

O problema dessas visões totalizadoras e objetificantes do fenômeno jurídico é precisamente o de mascarar a responsabilidade do indivíduo, pois esta é atirada ao Outro. Irresponsável, aquele que meramente *aplica a palavra do pai* lava as mãos – e salienta-se a aproximação desse raciocínio com o burocrata denunciado por Arendt.⁵⁷ Pois o que se busca com este trabalho é exatamente trazer

55 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte I, p. 211.

56 Para uma avaliação, a partir do pensamento arendtiano, dessa ‘recusa de pensar’ (atribuir sentido) e a banalidade do mal (que leva a um mal radical), ver ROVIELLO Anne-Marie. *Senso Comum e Modernidade em Hannah Arendt*. Tradução de Bénédicte Houart e João Felipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987. Cf. também SOUKI, *Op. Cit.*

57 Cf. *Supra*.

à discussão a responsabilização desse indivíduo, ou, melhor, a **devolução**, para ele, da responsabilidade que sempre foi sua.

Ao comprometer o indivíduo com um certo tipo de *explicação* ou argumento sobre o seu desejo, a teoria psicanalítica invoca uma dimensão de responsabilidade que ultrapassa os limites do arbítrio humano – determinantes do cumprimento dos deveres impostos pela lei e pelo direito aos seus sujeitos – e o intima a uma *tradução* possível do real.⁵⁸

O que se tenciona é o atravessamento das “representações imaginárias”, que compelem o sujeito “à procura de uma totalidade e de um termo de garantia impossíveis”, para que o homem possa se conciliar com esse *limite* derradeiro, a sua “falta constitutiva”. Para que haja essa conciliação (e a devida atribuição de sentido), como se mostrou no decorrer deste trabalho, é preciso assumir – e não mais negar – as nulidades inerentes ao ser-no-mundo, e as consequências daí decorrentes.

[...] compreendendo que o homem cria a partir de um vazio, pode-se, igualmente, considerar a possibilidade de superação da concepção – sempre renovada no ocidente – da lei como mandato de um ser ou uma entidade transcendente, *topos* último no qual está contida a verdade sobre a vida, o mundo e o sujeito, cuja função é justamente domesticar essa potência criadora, colocando-a a serviço do bem, ou seja, dos ideais que historicamente se sucederam como promessas de estancamento da falta.⁵⁹

A assunção desse vazio é o que repele o relativismo. Não se trata de trocar de posição esse ente metafísico que a tudo fundamenta e que a tudo completa, mas, sim, de assumir sua falta. Tal postura não é relativista, embora encare que o mundo (em termos heideggerianos, e não objetivistas) é contingente. Mas é precisamente por causa dessa contingência e dessa falta que eu não posso ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’.

É por causa dessa contingência e dessa falta que eu preciso

58 PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 386.

59 *Ibidem.*, p. 394.

do ‘outro’ para compartilhar o mundo, para superar o paradigma sujeito-objeto em favor de uma relação sujeito-sujeito de convivência intramundana. Essa constatação é que põe nos ombros do sujeito o fardo de atribuição de sentido, o ônus da responsabilidade pelo que diz (já que não o faz *em nome do pai*) e pelo que compreende do outro.

9. INTERPRETAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO

No julgar é que nos cabe a escolha entre sermos solipsistas e autoritários, ou compartilharmos um mundo a partir da perspectivação de opiniões sobre esse mundo⁶⁰ por meio dos discursos. O compartilhar a realidade, que equivale a compartilhar visões de mundo, depende da nossa abertura ao sentido atribuído pelo outro.

*Although it is easily taken for granted because we supposedly do it all the time, knowing how to listen is not something we should dismiss as being unimportant to how we live our lives in the company of others. [...] Our existence is marked with an indelible communal character. For the benefit of others, as well as for ourselves, we have an obligation to listen and respond to the call of their discourse.*⁶¹

Nesse sentido, a interpretação não se dá unicamente a partir do sujeito que interpreta. Não é minha intenção, neste momento, aprofundar ou mesmo adentrar na questão traçada pela hermenêutica filosófica, no que diz respeito à articulação entre o ser-aí [*Dasein*], a compreensão, a interpretação e o círculo da compreensão (Heidegger) ou o círculo hermenêutico (Gadamer). Cumpre apenas ratificar que a “toda interpretação se funda na compreensão”.⁶² Se interpreto algo é porque já o compreendi.

Chamamos de *interpretação* essa elaboração. Nela, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar

60 Sobre verdade, opiniões e a constituição do mundo compartilhado a partir da perspectivação dessas opiniões, ver ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d’água Editores, 1995 (o mesmo ensaio está presente em outras obras, tais como *in* ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o Futuro**, São Paulo, Editora Perspectiva, 1968; ou *in* ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Organizador: Antônio Abranches. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, pp. 91-115). Para uma análise mais específica do julgar, Cf. ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**: o pensar, o querer, o julgar. Tradução de Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

61 HYDE, *Op. Cit.*, p. 38.

62 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte I, p. 211. Cf. *Supra*.

não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.⁶³

Importante salientar que a *pre-sença* não é algo dado, mas possibilidade de ser. “A possibilidade essencial da *pre-sença* diz respeito aos modos caracterizados de ocupação com o ‘mundo’, de preocupação com os outros e, nisso tudo, à possibilidade de ser para si mesma.”⁶⁴ E é nesse ponto que a responsabilidade, como aqui traçada, se reveste de especial valor: porque é da alçada do sujeito, não só o assumir que o *Dasein* é suas possibilidades, mas de que não-é todas as outras (as duas nulidades). Nesse sentido, a compreensão o é nas possibilidades da *pre-sença*, assumindo-se responsabilidade pelas possibilidades que se lhe apresentam e pelas que lhe são tolhidas pela apreensão de uma, e não de outra.

Wo es war, soll ich warden não quer dizer outra coisa senão que o eu deve levar em consideração os conteúdos que lhe escapam por definição – ou, em outros termos, que o sujeito precisa reconhecer-se naquilo que para ele é desconhecido e, com isso, compreender que as palavras *proferidas* pelo Outro são de sua incumbência. [...] Disso decorre, portanto, a escandalosa exigência ética da psicanálise para o ser humano se responsabilizar por aquilo que o determina – quer dizer, assumir a sua própria causalidade: *lá onde o isso era, eu como sujeito devo advir*.⁶⁵

Isso porque as possibilidades elaboradas na compreensão (e na conseqüente interpretação) são atribuídas pelo intérprete, e não pelo autor (repito: “as palavras *proferidas* pelo Outro são de sua incumbência”). Gadamer é pontual:

Evidentemente, a compreensão se mede segundo um padrão que não se encontra na literalidade da ordem nem na real intenção de quem a dá, mas unicamente na compreensão da situação e na responsabilização daquele que obedece. [...] Executar as ordens recebidas, de maneira que se cumpra sua literalidade mas não seu sentido, é um ato que se reveste de um caráter de travessura. Por isso não há dúvida de que o receptor de uma ordem tem de

63 HEIDEGGER, *Op. Cit.*, Parte I, pp. 204-205.

64 *Ibidem*, p. 199.

65 PHILIPPE, *Op. Cit.*, pp. 395-396.

levar a cabo um certo desempenho produtivo da compreensão do sentido.⁶⁶

Esse é o salto que modifica a concepção de fundamentação jurídica que se tem (e que se deve ter). Se a própria interpretação é contingente, e *standards* não enunciam palavras proferidas pelo Outro, é preciso assumir responsabilidade pelas enunciados que profiro. Minha culpa não está *escondida* por detrás do ombro do pai; pelo contrário, está escancarada justamente aí, na contingência do *Dasein*. Fundamentar não é falar *em nome do pai*, mas é apresentar fundamentos para minha decisão, minha posição. A fundamentação da decisão é o que lhe dá sentido a partir do aparente caos da contingência, e a impossibilidade de uma fundamentação última e incontestável é justamente o que aumenta o ônus de aprofundá-la.

Inafastável, também, da fundamentação, a perspectiva do outro (ou dos outros). Isso porque o texto – ou qualquer texto – não possui um sentido “unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ sentido da lei [...]”⁶⁷ O sentido não está no texto, mas no(s) intérprete(s):

Nesse sentido amplo, o conceito de ‘expressão’ não se restringe à expressão no âmbito da linguagem. Ele abarca antes tudo aquilo além do qual se deve ir quando se quer saber o que há ali; abarca ainda aquilo que possibilita dar esse passo. Aqui a interpretação não tem a ver tanto com o sentido que se tem em mente mas com o sentido oculto que precisa ser revelado. Nesse sentido, todo texto não apresenta somente um sentido compreensível, mas necessita ser interpretado a partir de diversas perspectivas.⁶⁸

Não é exagero insistir: é precisamente na medida em que a interpretação é contingente é que a fundamentação deve ser ampla e abarcar as diversas perspectivas que dão sentido ao texto (como interpretado pelo intérprete). Não é porque a interpretação é contingente

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 438.

⁶⁷ MARQUES NETO, *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁸ GADAMER, *Op. Cit.*, p. 440.

que a decisão é arbitrária; mas, uma vez assumindo-se a contingência, a falta de fundamentação nos termos dessa responsabilidade torna arbitrária a interpretação. O estabelecimento desse elo entre a compreensão (enquanto ontologia fundamental⁶⁹) e a fundamentação (adequada) é o âmago deste trabalho.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS I

No presente texto, procurou-se demonstrar, em primeiro lugar, a fecundidade da apreensão do fenômeno jurídico a partir de outras matrizes que não as mais clássicas do ramo do Direito ou da Filosofia do Direito. Em segundo lugar, esses pontos de vista não tencionaram ser apenas uma digressão teórica, mas, sim, uma tentativa de propor respostas a inquietações concernentes à prática jurídica.

Por vários fatores, a não ser desconsiderada a sobrecarga imensa de trabalho do Poder Judiciário, a fundamentação (justificação) das decisões judiciais parece estar sendo relegada a segundo plano. Soluções jurídicas são diuturnamente fundamentadas em *standards* completamente descontextualizados, inseridos como uma premissa maior de um silogismo que é apresentado como única justificação – para completar, passível de cepticismo fático. É de causar espanto, mas há não muito tempo tive contato com uma decisão, proferida pela Justiça Federal, que era fundamentada pelo já surrado princípio *pacta sunt servanda*. E só.

Quando questionados os julgadores, por meio dos (inúmeros e infundáveis) recursos cabíveis, as respostas seguidamente comportam outro *standard*: não está o julgador obrigado a refutar todos os argumentos levantados pelas partes. Isso quando não aparece apenas: “Estou confirmado a decisão ora atacada por suas próprias razões, que

⁶⁹ Cf. HEIDEGGER, *Op. Cit.*, pp 68 *et passim*.

reedito: [...]”⁷⁰ Se é solicitado a ao menos fazer referência à legislação (seja para acolhê-la, seja para rejeitá-la – fundamentadamente!), ainda outro: “[...] não está o órgão julgador compelido a refutar todos os argumentos exarados pelas partes, mormente se resultam implicitamente repelidos por incompatibilidade com os fundamentos contidos na decisão hostilizada, tidos por suficientes para solução da *quaestio*.”⁷¹ Ao magistrado, basta que aponte argumentos suficientes ao seu convencimento; nada mais.

Em decisão em sede de embargos declaratórios na vigência do Código de Processo Civil de 1973⁷² (com finalidade única de pré-questionamento, diga-se), tal foi um trecho da decisão:

Sustenta a embargante omissão do acórdão por não ter apreciado determinados dispositivos legais e argumentos pertinentes à matéria. Todavia há muito que este Tribunal vem decidindo que não se faz necessário a análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes. Mister é que o acórdão traga, de forma fundamentada, a resposta à controvérsia típica da lide - a questão de fundo discutida nos autos. Isto porque a lei não exige o contrário, como se pode extrair da leitura e interpretação dos arts. 165 e 458 do CPC.⁷³

Em virtude do pai, o julgador está livre da responsabilidade, não só pelo que diz, mas por *quanto* e *se* o diz. Há uma instância superior, um fundamento último que *diz* o que deve e o que não deve ser dito, de forma definitiva: a Lei. Já não importa *quem* fala *em nome do pai*, vez que não o faz em nome próprio – o lugar de fala está vazio (o julgador é ‘neutro’ [sic]). Pouco caso se faz da necessidade de fundamentação frente ao Estado Democrático de Direito, ao Estado Constitucional, à Constituição que prevê a necessidade de fundamentação sob pena de

⁷⁰ Agravo Interno nº 70015300809, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁷¹ Recurso Especial e Extraordinário nº 70016493157, em sede de juízo de admissibilidade no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁷² Embora o Código de Processo Civil promulgado em 2015 tenha trazido grandes avanços para a temática da fundamentação das decisões judiciais, as quais serão analisadas em momento oportuno, penso que os argumentos centrais aqui expostos se mantêm. Se, por um lado, não se deve permitir que as fontes normativas – aí incluídos os precedentes – sejam escudos contra a efetiva responsabilidade pela tomada de uma decisão, por outro não se pode permitir que a assunção da responsabilidade autorize decisionismos e arbitrariedades.

⁷³ Embargo de declaração número nº 70015842677, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

nulidade da decisão. Uma discussão acerca do que é (o ser do ente) uma fundamentação adequada ou suficiente não é travada, pois não é nem mesmo necessária. Dela já se incumbiu a Lei – resta-nos a sujeição ou a violação última (objetivismos ou subjetivismos últimos, cujas conseqüências, como se referiu acima, são muitíssimo semelhantes).

O que passa entre o gozo e a interdição evoca sempre um reforço crescente dessa versão específica da Lei, identificada à injunção irresistível que incita o sujeito a violar todas as fronteiras estabelecidas para dissolver-se em um êxtase a qualquer custo. Eis o que representa, para *Lacan*, essa instância cega e repetitiva – o superego –, a um só tempo a Lei e a sua destruição.⁷⁴

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS II

O presente ensaio visou a desvelar esse modelo de argumentação enquanto dissimuladora da verdadeira necessidade de uma fundamentação adequada, frente ao Estado Democrático de Direito. Em vez de rechaçar o discurso do outro, em nome da minha verdade ou *em nome do pai*, a visão de mundo trazida pela alteridade deve ser ouvida e reconhecida. O discurso simplificador (dos casos fáceis) é mera fuga do caráter existencial da decisão.

Os casos fáceis são conforto à angústia causada pela ausência de um fundamento último. As decisões simples, as questões para as quais são atribuídas soluções ‘claras’ e ‘óbvias’ seguidamente mascaram a perversidade da imposição arbitrária. Não se sustenta aqui que não haja simplicidades na vida, mas, sim, que a distinção entre o que merece e o que não merece relevância não pode habitar somente o inconsciente (ou a pré-compreensão) do julgador. Nas palavras de Philippe:

Por isso, a psicanálise distingue uma nova sensibilidade ética ao denunciar que o mais estranho ao ser deve ser ouvido, acolhido, tornado próximo, para que o sujeito possa abandonar a posição de mártir – triste vítima do inconsciente – e, nessa via, fazer algo

⁷⁴ PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 402.

com o que dele foi feito, tornando-se responsável por aquilo que o causa – ou, em outros termos, perante aquilo que, no seu desejo, o interpela. A escolha, portanto, é essa: sujeição ou responsabilidade.⁷⁵

Enquanto nossa tradição mantém acesa a idéia do Outro, que está “habilitado por algo ou alguém que detém a verdade sobre os homens e o seu destino.” O sujeito é mero submetido e, por isso, lhe é retirada a responsabilidade. A permissividade infinita dessa sujeição foi amplamente denunciada por Hannah Arendt⁷⁶. Agora, resta saber o que queremos para o nosso judiciário e para o nosso Direito.

No momento, fica apenas a angústia causada pela falta de inúmeros outros aportes, autores, teorias e ideias que poderiam enriquecer o estudo. As reflexões aqui apresentadas não são fruto de qualquer conclusão definitiva, mas apenas de inquietações. Se há algo que tenciona a conclusões, é apenas a título de hipótese de uma pesquisa que, se for revelada fecunda, será aprofundada no devir de seu amadurecimento.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d’água Editores, 1995.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **A Vida do Espírito**: o pensar, o querer, o julgar. Tradução de Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

⁷⁵ PHILIPPI, *Op. Cit.*, p. 396.

⁷⁶ Cf. *Supra*.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Fávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005.

HYDE, Michael J. **The Call of Conscience: Heidegger and Levinas, rhetoric and the euthanasia debate**. University of South Carolina Press, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. United States: Oxford University Press, 1997.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. *In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RICHARDSON, John. **Existencial Epistemology: a heideggerian critique of the cartesian project**. Oxford: Claredon Press, 1986.

ROVIELLO Anne-Marie. **Senso Comum e Modernidade em Hannah Arendt**. Tradução de Bénédicte Houart e João Felipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987.

SOUKI, Nádia. **Hannah Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CAPÍTULO 4

O QUE É DECIDIR? DA DECISÃO JUDICIAL COMO “ATO DE CONHECIMENTO” À DECISÃO JUDICIAL COMO “ATO DE VONTADE”

Afonso Vinício Kirschner Fröhlich¹

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Especialista em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa "Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e JUSNANO, coordenado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, ambos vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado sócio do Escritório de Advocacia Afonso Fröhlich Advogados Associados. E-mail: afonsovinicio@afrohlich.adv.br e afonsovkf@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Poucos temas em Direito Processual, e mesmo em Teoria Geral do Direito¹, despertam tanto interesse como o da decisão judicial. Trata-se de temática de discussão em todas as fases históricas de desenvolvimento do Direito, tendo sido estudada tanto por Marco Túlio Cícero² há mais de dois mil anos, quanto pelos atuais pesquisadores em Direito e Novas Tecnologias e em Direito e Neurociência. Certo é que não é de hoje que se questiona como decidir, tema complexo cujas vicissitudes influenciam na própria prática jurídica.

Nesse cenário, o presente trabalho busca colocar a decisão judicial mais uma vez em debate, ressaltando seu papel de protagonista. A inspiração para sua centralidade foi encontrada em Eduardo Couture, para quem o tema da sentença (leia-se, aqui, da decisão judicial³), juntamente com os estudos da ação e da exceção, são a base sobre a qual se assenta a ciência do processo, uma vez que “el contenido y la función de la sentencia son el contenido y la función de la jurisdicción”⁴. É dizer, de forma simplificada, que não há Processo sem decisão judicial.

O problema de pesquisa aqui proposto é, portanto, esboçado nos seguintes termos: ao colocar a decisão judicial no foco, quais as perspectivas que mais se destacam acerca do problema do que é decidir? Como se verá, a partir de estudos bibliográficos, com análise

1 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por exemplo, estuda o tema da decisão judicial a partir da perspectiva da Ciência do Direito. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

2 Cícero, jurista, político e famoso orador, nascido em 106 a.C., criticava como as decisões judiciais eram tomadas pelo Império Romano, asseverando que as sentenças judiciais “que antes não se davam em parte alguma, que hoje não se dão em muitas partes e, quando se dão, são frequentemente [sic] errôneas”. CÍCERO, M. Túlio. *Das Leis*. Tradução, introdução e notas por Otávio T. de Brito. São Paulo: Editora Cultrix, 1967. p. 48.

3 Ao tratar da decisão judicial, este trabalho propõe englobar não apenas a sentença nos termos do artigo 203, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (isto é, o pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução), assim como as decisões interlocutórias proferidas no curso de um processo judicial e os acórdãos, julgamentos colegiados dos Tribunais.

4 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 251.

e comparação de conteúdos sobre o tema, este artigo apresenta duas perspectivas distintas para tratar da problemática pesquisada: a decisão judicial como ato de conhecimento e a decisão judicial como ato de vontade⁵.

O que se propõe é uma delimitação de pesquisa em (apenas) duas perspectivas distintas acerca da decisão judicial, não ingressando este trabalho no estudo de outras teorias consabidamente existentes acerca do tema. Além disso, tentar-se-á apontá-las em suas perspectivas estanques e em suas características marcantes, sem desconhecer a existência de meios-termos e aproximações entre elas. Ou seja, embora saiba-se existir zonas cinzentas entre ambas as teorias (e mesmo compreensões que estão fora ou que vão além delas), este trabalho delimita-se em pesquisá-las em suas extremidades e peculiaridades.

Sendo assim, os objetivos deste artigo, elencados como sub-capítulos, são (a) colocar a decisão judicial em debate, compreendendo sua evolução e a divisão em duas principais teorias; (b) destacar o papel que a interpretação exerce na decisão judicial; (c) entender a teoria da decisão judicial como ato de conhecimento; e (d) entender a teoria da decisão judicial como ato de vontade. Como base nestes objetivos, o presente artigo integra a obra “Teoria Crítica do Processo” buscando propor uma “Teoria Crítica” da decisão judicial.

2. A DECISÃO JUDICIAL EM DEBATE: O QUE É DECIDIR?

A resposta à pergunta “O que é decidir?” influencia e é influenciada pelo momento histórico do pensamento jurídico. A evolução da compreensão acerca deste questionamento acompanha, de certa

⁵ As diferenças entre tais teorias sobre a decisão judicial foram tratadas pelo autor deste artigo pela primeira vez em FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Inteligência Artificial**: uma resignificação ao direito processual atual e futuro. Londrina: Editora Thoth, 2023. Servindo de inspiração aquele texto, algumas passagens que lá constam foram aqui reproduzidas.

forma, a evolução do próprio Direito, diante da importância que possui no desenrolar do processo judicial e, no limite, na vida e nas relações dos próprios litigantes. O que se entendia por decidir à época de Marco Túlio Cícero, certamente, não é o que se entende por decidir na atualidade e, mais ainda, não será o entendimento do futuro.

Na mais antiga tradição, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶, o termo decisão sempre esteve relacionado com os processos deliberativos dos sujeitos. A decisão judicial, no passar dos anos, conforme Ferraz Júnior, deu-se no sentido de uma compreensão como estado psicológico de *suspensão de juízo* diante das várias opções possíveis a serem escolhidas, com opção por uma e rejeição das demais; para o “ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem”⁷. São duas perspectivas diversas para entender o que é decidir em Direito.

Já para Adalberto Narciso Hommerding, mesmo no Império Romano, berço do Direito Processual, se sucederam duas formas diversas de tomar decisões judiciais. Em um primeiro momento, em uma fase denominada de *legis actionis* (processo formulário), ao decidir, eram fortes a carga procedimental e a rigidez para que as ações se conformassem com as exatas palavras da lei⁸, resultando a decisão de um processo de adequação com a legislação. Em períodos subsequentes no mesmo Império, por outro lado, as decisões judiciais podiam ser tomadas por jurisconsultos ou por pretores, que tinham poder de império para preencher as lacunas do *ius civilis*. Ou seja, nesse segundo momento, decidir era formular teorizações ligadas à práxis, tendo como fonte a lei, porém com vistas sempre à escolha que melhor atendesse ao caso concreto⁹.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

7 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 88.

8 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *História do Direito*: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 207.

9 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *História do Direito*: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 208.

Essa alternância entre perspectivas distintas na tomada de decisão foi constante na história do Direito. No século 19, por exemplo, a balança pendeu novamente para o lado da observância rígida da legislação. Em um dos ramos mais exegéticos da compreensão do tema, a criação das normas jurídicas apenas incumbiria a um órgão, o Poder Legislativo, inclusive vedando-se qualquer interpretação da lei por parte dos magistrados. A este tempo de valorização da racionalidade rígida, está atribuída a compreensão de que decidir não passa de comparar premissas para alcançar-se resultados pelo método de subsunção, o chamado modelo lógico-dedutivo.

Mais tarde, como contraponto, o empirismo ocupou um lugar de crítica às atrocidades advindas do modelo que tentou superar. Nessa perspectiva, que culminou nos avanços do realismo jurídico, a decisão judicial passou a ser vista como fruto da realidade e do contexto social, influenciando questões subjetivas de quem decide. Essa visão, aliás, atualmente vem ganhando renovado fôlego e novas pesquisas que se apoiam nas conquistas na Neurociência, especialmente ressaltando as influências dos vieses cognitivos nas tomadas de decisões¹⁰.

Apenas pelos exemplos noticiados acima - sem aqui poder ingressar nas suas ricas peculiaridades¹¹ - é possível perceber que os entendimentos acerca do que é decidir variam conforme as circunstâncias específicas de cada momento histórico, muito embora evidenciem a existência de dois principais métodos comumente aceitos sobre a decisão judicial. Por um lado, a decisão judicial é tomada e entendida como um ato de conhecimento (natureza declaratória) e, por vezes, como um ato de vontade (natureza constitutiva).

¹⁰ Sobre este tema, consultar FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. *Inteligência Artificial, Decisão Judicial e Neurociência*. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; MOLLER, Guilherme Christen; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner [orgs.]. **Teoria Crítica do Processo**: segunda série. Belém: RFB, 2022. p. 17-29.

¹¹ Este panorama histórico, na perspectiva da fundamentação das decisões judiciais, é enfrentado de forma mais aprofundada em FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Inteligência Artificial**: uma ressignificação ao direito processual atual e futuro. Londrina: Editora Thoth, 2023.

A balança às vezes pende para um lado e, em outras, pende para o lado oposto. Independentemente do polo ao qual se aproxime, certo é que é indispensável entender e dialogar com as diferenças entre as duas perspectivas, principalmente pelo resultado prático advindo da escolha de um ou de outro caminhos para se compreender o que é decidir. Para isso, antes é preciso analisar o que aproxima as teorias: a indispensabilidade da interpretação.

3. UM PONTO DE CONVERGÊNCIA: PARA DECIDIR É PRECISO INTERPRETAR

Se ambas as teorias que este trabalho analisa diferenciam-se ao compreender o que é decidir, assemelham-se, ao dar destaque à interpretação, ao menos em uma perspectiva atual. Nenhuma delas permanece presa ao entendimento de que o Direito seria dado como algo totalmente determinado e contido integralmente legislação. Mesmo os defensores da decisão judicial como ato de conhecimento sabem que o processo de decidir não decorre simplesmente da aplicação da lei ao caso concreto, afastando definitivamente esta compreensão.

No Século XXI, parece não mais haver dúvidas de que texto de lei e norma jurídica não são sinônimos, sendo que aquele é indeterminado e demanda interpretação. Trata-se de mudança paradigmática que teve início com o denominado “giro linguístico” (*linguistic-turn*), pela valorização da linguagem como instrumento de comunicação necessário para constituir o sentido das coisas. Nas palavras de Hans-Georg Gadamer, “a interpretação, portanto, não é um meio para produzir a compreensão, mas adentrou no conteúdo do que se compreende ali”¹².

12 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 514.

Decidir e interpretar são indissociáveis. Isto quer dizer que a interpretação é tarefa permanente ou, ainda, que o sentido do texto invariavelmente depende da interpretação. Essa circunstância decorre do fato de que o Direito é indeterminado, os textos equívocos e as normas vagas, sendo certo que é o processo interpretativo e não o apuramento linguístico do texto legal que permitirá alcançar determinada decisão judicial¹³. Esse processo interpretativo é o que constrói a compreensão, uma vez que “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”¹⁴.

A norma nasce da interpretação, que atribui sentido ao texto da lei. O mesmo diga-se, aliás, com relação ao precedente, sendo que a norma do caso concreto nasce justamente da interpretação dos padrões decisórios, sejam vinculantes ou não. Guilherme Thofehrn Lessa, sobre o tema da interpretação dos precedentes, bem resume que “a reconstrução do conteúdo do precedente, por sua vez, é resultado de um processo interpretativo, que tem como objeto a decisão judicial”¹⁵.

A diferença entre as visões que entendem ser a decisão judicial um ato de conhecimento daquelas que entendem que seria um ato de vontade não está no papel indispensável que a interpretação ocupa. Sobre o tema, Daniel Mitidiero lembra que tanto aqueles que entendem que decidir é declarar um Direito pré-existente quanto os que defendem a decisão reconstrói a ordem jurídica vigente partem da teoria da interpretação¹⁶. Esclarecida a semelhança, passa-se, então,

13 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 53-66.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 515. p. 406-407.

15 LESSA, Guilherme Thofehrn. *Precedentes judiciais e raciocínio jurídico: aplicação, analogia e distinção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 159.

16 Nas palavras de Mitidiero: “Nesse arco teórico, que vai da prévia determinação – em que a interpretação era vista como estática declaração do direito preexistente – à indeterminação do direito – em que a interpretação é vista como uma dinâmica reconstrução da ordem jurídica vigente – é que se abrem as perspectivas apropriadas não só para o entrelaçamento das diferentes tradições jurídicas tendo como ponto de confluência a teoria da interpretação [...]”. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 59.

a analisar cada uma das teorias acerca da decisão judicial em suas diferenças.

4. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE CONHECIMENTO¹⁷

Entender a decisão judicial como ato de conhecimento é reconhecer existir respostas corretas no Direito, “constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia”¹⁸. No limite, o juiz deverá encontrar a melhor interpretação, que é aquela capaz de articular regras, princípios, precedentes, bem como todos os elementos para que a decisão particular se ajuste a sua razão de ser¹⁹. Isto é, alcance a melhor decisão com base na melhor justificação.

Nesta toada, a corrente teórica que defende ser a decisão judicial um ato de conhecimento opõe-se efusivamente à compreensão de que a sentença seria mera opção (*escolha*) entre uma ou mais teses²⁰. Ao contrário, tratar-se-ia de entendimento que pressupõe a necessidade de respostas corretas em Direito, já que a relação entre as proposições (lei e decisão) seria sintática. Com efeito, a interpretação como ato de conhecimento descreve as normas produzidas pelas autoridades jurídicas no plano de uma metalinguagem, produzindo “proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal²¹”.

17 Como já advertido, as considerações aqui (e no próximo subcapítulo) apresentadas foram inspiradas e reproduzidas (com modificações) de FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Inteligência Artificial**: uma ressignificação ao direito processual atual e futuro. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 103-108.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. *E-book* (não paginado – posição 380).

19 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. *E-book* (não paginado – posição 385).

20 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. *E-book* (não paginado – posição 447).

21 STRECK, Lenio Luiz. A pureza do direito kelseniana. In: **Estado da Arte**: revista de cultura, artes e ideias. São Paulo: 26 nov. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

Um dos principais expoentes que tratou do assunto foi Ronald Dworkin, o qual sustentou a existência de uma única resposta correta em Direito, que é fruto da atividade interpretativa. Para Dworkin, a integridade impõe que os juízes admitam que o Direito é estruturado por um conjunto coerentes de princípios (que tratam de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo), os quais devem ser aplicados nos novos casos a eles apresentados, de modo que “a situação de cada pessoa seja justa e equitativa [sic] segundo as mesmas normas”²². Ao diferirem das regras que são rígidas e aplicadas pelo modelo do *tudo ou nada*, os princípios são maleáveis e conferem coerência e justificativa a todo o sistema jurídico.

Como decorrência, para Dworkin, a tarefa do Magistrado ao decidir é de “encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável”²³. No limite, deverá encontrar a melhor interpretação, que é aquela capaz de articular regras, princípios, precedentes, bem como todos os elementos para que a decisão particular se ajuste a sua razão de ser. Isto é, alcance a melhor decisão com base na melhor justificação.

Não haveria possibilidade de escolha pelo magistrado porque a discricionariedade não teria espaço na decisão judicial, conforme Ronald Dworkin. Ao criticar Herbet Hart²⁴, apontou Dworkin que a discricionariedade corresponderia a “inventar novos direitos retroativamente”²⁵, o que não é dado ao juiz fazer. Independentemente de

22 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 290-291.

23 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 290-291

24 Sobre as discussões entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, consultar SHAPIRO, Scott J. O debate ‘Hart versus Dworkin’: um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 254-289

25 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

tratar-se os casos em difíceis ou fáceis (terminologia adotada por Hart), não haveria margem para escolha do magistrado ao decidir.

Lenio Luiz Streck, partindo da teoria de Ronald Dworkin, sustenta que a sentença não é uma mera opção por uma ou mais teses²⁶. Sua teoria estabelece a necessidade de respostas corretas em Direito, que são aquelas constitucionalmente adequadas, o que somente seria factível a partir de uma crítica hermenêutica do Direito. Em suas palavras, Streck estabelece que a resposta correta é aquela “hermeneuticamente correta em relação à coerência e à integridade do Direito, que tem na Constituição o seu alfa e o ômega”²⁷.

Por isso, nesta perspectiva defendida por Streck, não caberia ao julgador a realização de escolha. A escolha é suplantada pela necessidade de o Direito alcançar, em cada caso, a resposta correta. Isso evitaria, nas palavras de Streck, decisões *ad hoc*, permitindo a coerência na aplicação dos mesmos princípios aos casos idênticos e assegurando a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição²⁸, aplicando-se os mesmos conceitos de coerência e integridade de Dworkin.

Outro autor que adota essa compreensão é Leonard Ziesemer Schmitz²⁹, em obra sobre o tema da fundamentação das decisões. Para Schmitz, cabe ao Poder Judiciário buscar a resposta correta, isto é, a solução mais adequada dentre as possíveis³⁰. Mais do que isso, entende Schmitz que a resposta adequada é um direito fundamental decorrente do próprio art. 93, IX, da Constituição Federal, pois “o dever

26 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. *E-book* (não paginado – posição 447).

27 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. *E-book* (não paginado – posição 4531).

28 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 109.

29 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 143.

30 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 170.

de fundamentar é exatamente o que justifica a obtenção da resposta”³¹. E, ainda, é um compromisso sócio-político advindo diretamente da Constituição, pelo qual o julgador demonstra que aquela solução não deriva de atos de vontade ou de subjetivismos³².

Certo é que a teoria da decisão judicial como ato de conhecimento entende não existir escolha pelo julgador, o qual possui um único caminho a seguir, o da decisão (constitucionalmente) correta. É justamente nesse âmbito que difere mais substancialmente da teoria da decisão judicial como ato de vontade, cujas circunstâncias que lhe são características, em uma visão geral, são apontadas abaixo.

5. A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE

Em perspectiva totalmente oposta à visão anteriormente apresentada, a compreensão de que decidir em Direito é realizar um ato de vontade reconhece que a decisão judicial é o momento de produção normativa. Este entendimento parte da premissa de que as normas produzidas pelo legislador (também como ato de vontade) sempre possuem espaço de mobilidade e de movimentação pelo intérprete, que deriva do problema semântico na aplicação do signo linguístico³³. É dizer: o sentido da norma não é (e jamais pode ser) unívoco, contendo em si a totalidade do sentido.

Nessa toada, o jurista alemão Robert Alexy bem representa essa compressão, sustentando que decisão judicial, por sua essência, não pode ser resumida a declarada do Direito pré-existente. O autor destaca quatro razões: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflito entre as normas, (3) a possibilidade de

31 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 170.

32 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 173-174.

33 STRECK, Lenio Luiz. A pureza do direito kelseniano. In: **Estado da Arte**: revista de cultura, artes e ideias. São Paulo: 26 nov. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

existirem casos que não cabem em nenhuma norma válida existente e, por isso, requerem regulamentação jurídica; e (4) a possibilidade de casos especiais, de decisão que contraria a literatura da norma³⁴.

Ao expor estes motivos, Alexy evidencia que não são poucas as hipóteses em que a decisão de um caso singular não é encontrada nas normas pressupostas ou nos enunciados empíricos fundados no sistema, não podendo ser fundamentadas com base nas regras da metodologia jurídica. Nesses casos, para Alexy, “resta ao intérprete um campo de ação em que tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente”³⁵.

Hans Kelsen é outro autor de relevância indiscutível que segue pelo caminho que compreende a decisão judicial como um ato de vontade. Nesse sentido, o jurista e filósofo austríaco reconhece ser impensável propor um critério único pelo qual apenas uma das possibilidades que cabem dentro da moldura possa ser preferida a qualquer outra. Para Kelsen, a teoria tradicional da interpretação, no sentido de que a determinação do ato jurídico poderia ser obtida por uma espécie de conhecimento do Direito preexistente, seria, para ele, uma autoilusão contraditória, já que “vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação”³⁶.

Nesta concepção, então, a sentença não poderia apresentar *a* resposta ao caso concreto, mas apenas *uma* das respostas possíveis³⁷. Quer dizer, dentro da referida moldura proposta por Hans Kelsen, há uma multiplicidade de respostas possíveis, não havendo justificativa

34 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

35 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 37.

36 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

37 LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 49.

para *a priori* preferir-se uma em detrimento das outras. Com efeito, a busca pela única resposta correta não interessa a Kelsen, já que essa questão nem mesmo estaria circunscrita à teoria do Direito, sendo um problema de política do Direito.

Por isso, para Kelsen, “É um esforço inútil querer fundamentar ‘juridicamente’ uma, com exclusão da outra”³⁸. Isso, porque, o órgão jurídico necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, uma vez que a relação de determinação entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior (Constituição e lei; lei e sentença) jamais poderá vincular em todas as direções (sob todos os aspectos)³⁹. Deve deixar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação. Um critério único de interpretação não pode ser retirado da norma interpretada, justamente porque a necessidade de uma interpretação resulta justamente no fato da norma a aplicar deixar várias possibilidades em aberto.

Tomando-se a decisão judicial como ato de vontade, identifica-se um conceito que valoriza a natureza operativa da decisão, isto é, em que há a escolha entre várias alternativas possíveis⁴⁰⁻⁴¹. A opção entre alternativas válidas está no centro do raciocínio do juiz ou, nas palavras de Michele Taruffo⁴²:

O juiz decide na medida em que escolhe uma entre as diversas soluções teoricamente possíveis da controvérsia, consistindo a decisão essencialmente na individualização da solução que, no

38 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 392.

39 De acordo com Hans Kelsen, “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, ou seja, existem sempre “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem podia prever” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

40 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 198.

41 Taruffo não se refere apenas a uma escolha (a decisão final a ser proferida no feito), porém em um “sistema orgânico de escolhas, concatenado segundo certa ordem e direcionado à escolha final [já que] cada escolha condiciona a sucessiva”. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 199.

42 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 199.

suporte fático e na situação na qual o juiz se depara, parece ‘mais justa’ ou ‘mais correta’”.

A crítica que se apresenta às teorias que defendem a existência de apenas uma resposta correta aponta para uma confusão quanto à clássica diferenciação entre lei (*lex*) e direito (*ius*). Enquanto o primeiro (*lex*) representa os enunciados normativos, os textos, as disposições; o segundo (*ius*) trata-se do conteúdo de significado, a norma⁴³. Desse entendimento decorre que o Direito não se constitui como um conjunto de disposições legislativas e, sim, como um conjunto de normas; e mais, que o Direito não nasce da legislação, mas da interpretação das leis, dos padrões decisórios e de todas as fontes do Direito⁴⁴. Por isso, nessa perspectiva, é indispensável a interpretação da *lex* para, no caso concreto, criar o *ius*.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior afilia-se a este entendimento, dizendo que a existência de uma única decisão correta pressuporia um campo minuciosamente especificado e nitidamente definido, que não há no âmbito da decisão judicial⁴⁵. Apesar disso, adverte que a escolha não pode ser uma “mera opção entre alternativas, mediante a qual o decididor [*sic*] elege uma solução ótima”⁴⁶. Se assim o fosse, diz Ferraz Júnior, então, poder-se-ia entender a discricionariedade, tão temida pelos defensores da decisão judicial como ato de conhecimento, como absurda e injustificável⁴⁷. Sobre isso, bem explica o prestigiado autor paulista⁴⁸:

Na verdade, porém, a decisão jurídica ocorre em situações onde não há aquela simetria entre alternativas e consequências, sendo a decisão não um ato de escolha da solução ótima, mas uma opção pela alternativa que satisfaz os requisitos mínimos de aceitabilidade.

43 CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021. p. 64.

44 CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021. p. 64.

45 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 97.

46 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 97.

47 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 97.

48 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 97.

As precisas palavras de Ferraz Júnior bem explicam que entender que a decisão judicial possa ser uma escolha em nada implica a institucionalização da possibilidade de o julgador possa dizer decidir de qualquer forma. Muito pelo contrário, é (e deve ser) uma preocupação constante do jurista o problema “do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”⁴⁹⁻⁵⁰.

Essa mesma ponderação é feita por Eduardo Couture⁵¹. Para o jurista uruguaio, a visão moderna acerca do papel que a vontade possui no âmbito da decisão judicial não é mais aquela em que a vontade reina soberana. Pelo contrário, a lógica exerce um papel preponderante em toda atividade intelectual, da qual a de decidir reside; contudo a sua função não é exclusiva. Em outras palavras, a admissão do elemento volitivo significa reconhecer que a decisão judicial é uma operação intelectual que decorre de um processo crítico no que a lógica ocupa papel altamente significativo, porém que culmina necessariamente em atos de vontade do magistrado⁵².

Quer dizer, mesmo que a teoria ora analisada admita inexistir uma única resposta a ser alcançada pelo magistrado, jamais se pode admitir que este não possua qualquer parâmetro para chegar a essa resposta. Pelo contrário, são estes parâmetros (ou esta moldura, como

49 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 21.

50 Sobre o tema da criação do direito pelos tribunais, veja-se a obra “Juízes Legisladores”, de Mauro Cappelletti, para quem a criatividade é fator inevitável da função jurisdicional. Porém, para o autor italiano, isso não torna o juiz um legislador, igualando a função jurisdicional à legislativa, já que “o bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador”, uma vez que “se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 73.

51 Couture defende que a sentença é, em si mesma, um juízo realizado pelo magistrado, uma operação de caráter crítico pela qual escolhe (no original, “elige”), entre a tese do demandante e a tese do demandado, qual a solução que parece mais ajustada ao direito e à justiça. Por suas palavras, “la sentencia es, por excelencia, un hecho voluntario y, en consecuencia, un acto jurídico”. COUTURE, Eduardo j. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 253.

52 COUTURE, Eduardo j. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 261.

quer Hans Kelsen⁵³) que irão guiar a criação do Direito no caso concreto, garantindo a legitimidade da decisão. Quais são e onde estão esses parâmetros? Esses são questionamentos para um próximo artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entender o que é uma decisão judicial é tarefa indispensável a qualquer jurista. Tanto é assim que diversos autores se dedicaram à temática, tentando identificar que lugar ocupa (ou deve ocupar) a decisão judicial no Estado Democrático de Direito. Em especial, os estudiosos do tema cindem-se, em linhas gerais, entre, por um lado, aqueles que entendem ser a decisão judicial um ato de conhecimento e, por outro lado, os que tomam a decisão judicial como ato de vontade.

Sobre essas duas perspectivas, vistas de maneira estanque e, por vezes, com uma simplificação dogmática, que tratou o presente artigo, reconhecendo ser este debate que há muito anima o pensamento jurídico. Inspirou-se em Eduardo Couture⁵⁴, não apenas pela valorização da decisão judicial em suas pesquisas, porém por entender que nessa dicotomia reside tema com grande influência nos escritos de Teoria Geral e de Filosofia do Direito. Mas, afinal, é a decisão judicial um ato de conhecimento ou um ato de vontade?

Antes de se entrar no tema principal do artigo, todavia, caminhou-se por dois dos seus pressupostos. Primeiro, contextualizou-se o que se entende ao perguntar “O que é decidir?”, percorrendo sobre a influência que cada momento histórico possui no pensamento jurídico acerca da decisão judicial. Na sequência, afirmou-se que ambas as perspectivas aqui estudadas convergem quanto ao papel in-

53 Para Hans Kelsen “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente [sic] o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

54 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução: Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

dispensável que a interpretação ocupa no âmbito da decisão judicial. Como visto, a norma nasce da interpretação, que atribui sentido ao texto da lei ou mesmo do precedente.

Ao ingressar nas duas correntes que se propôs a estudar, verificou-se que a primeira entende que a interpretação no Direito somente pode conduzir a uma única resposta correta. Essa resposta é resultado da coerência e da integridade do Direito, principalmente defendidas por Ronald Dworkin, que permite ao magistrado encontrar as regras e princípios que se ajustem suficientemente bem a cada situação. A Crítica Hermenêutica do Direito, principalmente pela doutrina de Lenio Luiz Streck, foi além, apontando existir a decisão constitucionalmente adequada, aquela que possibilitará que o julgador se afaste do caminho da discricionariedade e da arbitrariedade.

Em uma perspectiva totalmente oposta reside a compreensão de que o juiz, ao julgar, escolhe entre alternativas igualmente válidas para criar a norma jurídica (reconstruir o direito) para o caso concreto. Assim o faz porque existe uma multiplicidade de respostas possíveis, não se podendo afirmar existir qualquer justificativa para *a priori* preferir-se uma em detrimento das outras. A solução para cada caso, dada como ato de vontade, porém, deve obedecer a certos parâmetros (uma moldura, segundo Kelsen) que a permitem ser reconhecida como legítima e jurídica.

É com essas breves considerações com relação a duas importantes teorias da interpretação judicial que este artigo buscou corresponder aos objetivos da obra “Teoria Crítica do Processo”. Entender tais teorias e analisá-las criticamente é fundamental, especialmente pela importância prática que a decisão judicial possui para o Processo e, como consequência, para vida e para as relações dos litigantes. E, concordando-se ou não com alguma das teorias acima

apresentadas, fato é que contribuem para aquilo que se entende por Direito, o qual se constrói diariamente por intermédio de decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CÍCERO, M. Túlio. **Das Leis**. Tradução, introdução e notas por Otávio T. de Brito. São Paulo: Editora Cultrix, 1967.

COUTURE, Eduardo j. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**: a sincronia entre fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes. Londrina: Thoth, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Inteligência Artificial**: uma resignificação ao direito processual atual e futuro. Londrina: Editora Thoth, 2023.

FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. Inteligência Artificial, Decisão Judicial e Neurociência. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; MOLLER, Guilherme Christen; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner [orgs.]. **Teoria Crítica do Processo**: segunda série. Belém: RFB, 2022. p. 17-29.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **História do Direito**: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LESSA, Guilherme Thofehrn. **Precedentes judiciais e raciocínio jurídico**: aplicação, analogia e distinção. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SHAPIRO, Scott J. O debate 'Hart versus Dworkin': um pequeno guia para os perplexos. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. Interpretando o império do direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 254-289

SILVA, Beclaute de Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 60.

STRECK, Lenio Luiz. A pureza do direito kelseniana. **Estado da Arte**: revista de cultura, artes e ideias. São Paulo: 26 nov. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. E-book.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CAPÍTULO 5

REFLEXÕES SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO E PROCESSO CIVIL

Éverton Luís Marcolan Zandoná¹

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS (Bolsa PROEX/CAPES). Graduado em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pelo IDP/DF. Membro da Escola de Processo UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa 'Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder' (CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Advogado. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2169510617466527>. E-mail: evertonz21@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico sempre esteve entrelaçado ao conceito e ideia de Direito, ao menos nas suas expressões mais modernas. Mesmo que se discuta as condições e realidade de um momento histórico pós-positivista, fato é que seus traços ainda permanecem no meio jurídico, seja na aplicação ou interpretação legislativa.

A hermenêutica busca desnudar (limpar) tais resquícios, porém o ideário positivista foi responsável por conduzir o Direito por parte significativa do século XX, o que inegavelmente deixou marcas e reflexo que, ainda hoje, assolam os institutos jurídicos.

O Processo Civil, em si, pelo seu caráter eminentemente instrumental e dogmática recebe é influenciado diretamente pela racionalidade positivista, à medida que o formalismo é característica fundante em sua condição.

Nesta perspectiva, o presente estudo busca caracterizar a influência do positivismo jurídico sobre o Processo Civil, passando, primeiramente, pelas principais características da do fenômeno, sob o ponto de vista conceitual e evolutivo. Na sequência, busca-se compreender os principais pontos do conceito de processo e jurisdição pela doutrina clássica.

Ainda, delineia-se como objetivos específicos caracterizar o positivismo que se vincula ao tema estudado, bem como compreender as atuais vinculações que o Processo Civil detém com o fenômeno positivista.

O problema, o qual foi utilizado como norte para a construção deste trabalho, pode ser definido da seguinte forma: De qual forma

os influxos do positivismo que afetam o processo judicial civil na atualidade?

A pesquisa foi desenvolvida, majoritariamente, através do método hermenêutico-fenomenológico, à medida que a vivência humana estruturada sobre fatos, processos e acontecimentos será o ponto central de análise.

A elaboração deste estudo consistiu no levantamento bibliográfico, pátrio e estrangeiro, com pesquisa em livros de doutrina jurídica, revistas e artigos científicos, a fim de traçar o panorama, mesmo que parcial, da relação entre execução fiscal e o dever fundamental de pagar tributos, proposta como problema a ser respondido.

2. NOTAS SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico, sob um olhar fenomênico, estende sua influência não apenas para além de suas características básicas, mas também estabelece relevante influência na formação do paradigma filosófico da linguagem. Lenio Luiz Streck¹ assevera que o positivismo jurídico tem suas raízes no positivismo científico, que sustenta a existência apenas de fatos objetivos. Essa visão positivista se manifesta na questão do “fato social”, que é entendido como uma construção humana. O papel do jurista, nessa perspectiva, é simplesmente descrever o fato social, sem emitir juízos de valor. Esse enfoque busca alcançar uma certeza objetiva na aplicação do Direito, e essa busca por objetividade sempre esteve presente no positivismo jurídico, tanto na prática como na teoria em suas diversas formas.

Nesta linha, O positivismo jurídico clássico pode ser definido como a doutrina que entende o direito como um conjunto de normas estabelecidas pelo Estado para regular as relações sociais, sem depender

1 STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017. p. 159-160.

da validade de valores morais pré-existentes.² Seu foco está na reflexão sobre a interpretação e aplicação dessas normas. De acordo com essa visão, o direito é resultado da ação e vontade humana (direito posto e positivo), e não tem sua origem em Deus, na natureza ou na razão, como defendido pelo jusnaturalismo. Portanto, o positivismo jurídico rejeita os valores morais e de justiça preconizados pelo jusnaturalismo e limita a concepção do direito ao conjunto de normas criadas pelos seres humanos para regular o comportamento do homem e da sociedade.³

Em semelhante perspectiva, Leilane Serratine Grubba e Alexandre Marques Silveira⁴ ponderam que o positivismo jurídico considera que o direito positivo e o direito natural são distintos, sendo o primeiro responsável por estabelecer normas jurídicas que geram efeitos somente no âmbito em que foram instituídas, enquanto o segundo se refere a ações que têm valor universal e independente do julgamento humano. De acordo com a visão do positivismo clássico, o Direito é compreendido como algo estabelecido pelas autoridades

2 GAIA, Fausto Siqueira. Pós-positivismo jurídico e norma jurídica: uma análise sobre a legitimação judicial no processo construtivo do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 9, p. 576, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5554/3259>. Acesso em: 02 fev. 2023. Dentro da análise do cenário global pós-guerra, Fausto Siqueira Gaia considera que “a divisão entre as esferas do “ser” e do “dever-ser”, entre o direito positivado e as normas de ordem moral e a confiança de que o silogismo na aplicação da norma jurídica ensinaria a segurança jurídica necessária ao ordenamento jurídico, mostraram sua ineficácia para pacificar os conflitos existentes na sociedade global, principalmente se levar em consideração o sistema de elaboração das normas jurídicas observado desde o modelo do Estado liberal e que de certo modo se manteve até o advento do Estado democrático de Direito, passando pelo Estado social de Direito. O processo de elaboração das normas jurídicas no positivismo jurídico tem o objetivo de regular, sem lacunas, a inteireza das relações individuais em sentido amplo, donde se inserem aquelas existentes entre o Poder Público e os particulares, secundarizando a outro nível a regulamentação de conflitos de natureza metaindividual ou coletiva. A interpretação no modelo do positivismo jurídico é marcada pela ausência de valorização na atividade hermenêutica, assentada em elementos filológicos da língua e da completude do sistema jurídico, por meio das interpretações gramatical e sistemática. Esse modelo interpretativo do direito positivado colocou em um segundo plano de importância temas como a justiça e a legitimidade das decisões judiciais, em razão da compreensão de identidade entre o conteúdo do texto de lei e da norma jurídica em si e da pretensão formalista pura do direito, despidas de elementos de ordem moral.

3 CARNEIRO, Daniel Dix. O positivismo jurídico e sua evolução como pensamento: um histórico de sucesso ou de fracasso?. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 9, p. 108-109, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/105/96>. Acesso em: 02 fev. 2023.

4 GRUBBA, Leilane Serratine; SILVEIRA, Alexandre Marques. Teoria pura do direito e positivismo jurídico: a influência do normativismo em Hans Kelsen e seus impactos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 456, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10159/6816>. Acesso em: 02 fev. 2023.

de forma legal, com poder político para impor normas jurídicas que devem ser obrigatoriamente seguidas pelos indivíduos.⁵

Para Norberto Bobbio,⁶ no mesmo sentido, o positivismo jurídico é uma teoria que surge quando a distinção entre “direito positivo” e “direito natural” passa a ser considerada significativa. Nessa concepção, apenas o direito positivo é considerado como direito propriamente dito, enquanto o direito natural é excluído da categoria do direito. Isso resulta na redução de todo o direito ao direito positivo. Portanto, o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se redundante. Em resumo, o positivismo jurídico afirma que só existe direito positivo.

Em uma análise, a partir de Bentham (positivismo utilitarista) e, posteriormente, de Austin (Positivismo analíticos), Fabricio Carlos Zanin e Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa⁷ lecionam que:

A fonte do direito é o poder estatal legislativo que, através de um comando mandamental soberano, coloca a norma de forma estadista e imperativista. A lei é a forma e o fundamento do direito. A fonte estatal do direito garante-lhe autonomia e cientificidade. O sistema jurídico é incompleto, pois a ordem direta do soberano não pode prever tudo, o que, indiretamente, acaba resultando, quanto à interpretação, na discricionariedade criativa e complementar dos juízes. Seja direta ou indiretamente, o

5 Os autores afirmam que, de maneira simplificada, o Direito positivo é entendido como um conjunto de regras que se comunicam entre si de forma hierarquizada. No entanto, é necessário uma análise precisa sobre os requisitos que tornam uma regra considerada Direito, de forma a tornar o assunto plenamente compreensível. O positivismo jurídico clássico considera que os requisitos fundamentais para verificar se uma norma jurídica pertence a um determinado ordenamento jurídico são de natureza estritamente formal, baseando-se em elementos empíricos que mudam ao longo do tempo. Para o positivismo, direitos e obrigações são criados para os sujeitos quando uma regra pertence efetivamente ao sistema jurídico no qual ela é imposta, emanando de uma autoridade competente que segue um procedimento legal positivo para a edição de novas normas. GRUBBA, Leilane Serratine; SILVEIRA, Alexandre Marques. Teoria pura do direito e positivismo jurídico: a influência do normativismo em Hans Kelsen e seus impactos. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 21, n. 2, p. 456, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10159/6816>. Acesso em: 02 fev. 2023.

6 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

7 ZANIN, Fabricio Carlos; COSTA, Paulo Sergio Weyl Albuquerque. Da discricionariedade à teoria da decisão: a crítica hermenêutica do direito e os limites do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 74-94, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/8262/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023. p. 80.

direito é tido como um instrumento utilitarista e reformista governamental, capaz de gerar progresso social.⁸

Eduardo Cambi e José Eduardo Ribeiro Balera,⁹ ao retomarem as ideias dworkianas sobre o positivismo, refletem que a sua concepção teórica compreende o Direito constituído por um conjunto de regras emitidas por autoridade competente que estabelecem as condutas permitidas e proibidas e são executadas pelo poder público. A obrigação jurídica surge a partir do enquadramento a uma regra válida e a ausência de regra significa a ausência de obrigação jurídica. Em suma, de acordo com o positivismo, há uma total autonomia entre o sistema jurídico e a moral, uma vez que o direito é determinado por fatos históricos, como costumes e práticas aceitas pela comunidade. Sendo assim, se uma lei considerada injusta for promulgada e, ainda assim, for aceita pela sociedade e aprovada pelo poder legislativo, com o reconhecimento de que os juízes estão subordinados ao poder legislativo, então, de fato, essa lei injusta seria considerada como direito.

O positivismo jurídico preconiza uma abordagem desprovida de valores e avaliações subjetivas do contexto social, buscando uma compreensão objetiva da realidade. Assim, sua postura é científica, entendendo o Direito como um fato e não como um valor. Nesse sentido, os positivistas afirmam que validade e valor nem sempre se encontram no mesmo contexto, sendo a validade uma qualidade da norma que indica sua existência no ordenamento jurídico real e efetivamente existente. Por outro lado, o valor de uma norma jurídica

8 Em semelhante perspectiva, Lenio Luiz Streck conceitua o positivismo como “[...] uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação ‘empirismo lógico’). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34-35.

9 CAMBI, Eduardo; BALERA, José Eduardo Ribeiro. Traços do positivismo jurídico no pensamento hobbesiano: uma leitura a partir de pensadores contemporâneos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, nov. 2020. Disponível em: <https://go-gale.ez101.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?p=AONE&u=capes&id=GALE|A627070135&v=2.1&it=r>. Acesso em: 03 fev. 2023.

indica sua validade conforme o Direito ideal. Para o positivismo, é importante distinguir e separar os conceitos de validade e valor, considerando que a possibilidade de formular juízos de valor sobre o Direito é uma questão que extrapola o campo da ciência jurídica.¹⁰⁻¹¹

Para Albert Calsamiglia,¹² o positivismo conceitual está associado a duas importantes teses. Em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do direito e, em segundo lugar, a tese da separação entre direito, moral e política. Segundo o positivismo, o direito é uma questão de normas ditadas por autoridades humanas que se manifestam em fontes sociais específicas. Um dos problemas mais importantes é identificar essas fontes do direito e distingui-las de outros sistemas normativos. A teoria das fontes sociais do direito nos mostra os limites do direito.¹³

10 SPENGLER, Fabiana Marion. A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 51, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5135/2387>. Acesso em: 04 fev. 2023.

11 Sob uma perspectiva kelseniana, Fabiana Marion Spengler sustenta “[...] para que o projeto positivista seja exitoso, é necessário que a validade e a norma suprema cumpram o papel a que foram destinadas, que é o de possibilitar a autofundamentação do Direito, isolando-o de qualquer valoração moral e do poder político. Todavia, a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que formam o sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado por meio de atos das autoridades a quem a norma fundamental confere competência e às outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecendo as normas positivas deste sistema. Do mesmo modo, uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, ou seja, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental.” SPENGLER, Fabiana Marion. A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 51, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5135/2387>. Acesso em: 04 fev. 2023.

12 CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 21, n. 1, p. 210, 1998. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10389/1/doxa21_11.pdf. Acesso em: 03 fev. 2023.

13 Importante compreender que o próprio Autor reflete “por otra parte, la autonomía del derecho supone que no hay una conexión necesaria entre el derecho. la moral y la política. Esa tesis puede entenderse y se ha entendido de maneras diversas. Una de las más relevantes es la que exige una distinción estricta entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto. Para conocer el derecho no es necesaria la evaluación moral. Von Wright expresó una de las consecuencias de esta idea con claridad cuando afirmó que ‘la moralidad trasciende la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón nunca puede ser incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del estado.’ En la agenda postpositivista ésta es una de las tesis más discutidas pues autores como Fuller y Dworkin sostienen que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho.” CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 21, n. 1, p. 210, 1998. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10389/1/doxa21_11.pdf. Acesso em: 03 fev. 2023.

Norberto Bobbio¹⁴ explica que, antes da formação da concepção moderna de Estado, a definição de direito como normas estabelecidas pelo Estado não é uma definição universal, mas sim uma definição contextualizada em uma situação histórica específica. No passado, em sociedades primitivas, o Estado nomeava juízes para resolver disputas entre indivíduos, que se baseavam em costumes e princípios de equidade para chegar a uma decisão. Com o surgimento do Estado moderno, o juiz perdeu a capacidade de recorrer a normas sociais e passou a ser obrigado a aplicar apenas as normas estabelecidas pelo Estado, que se tornou o único criador de Direito.¹⁵

Nessa seara, dentro de uma análise sobre positivismo, relevante apontar e explicitar as distinções entre o exegetismo e o normativismo. Lenio Luiz Streck¹⁶ leciona que o positivismo não pode ser considerado como “a aplicação fria da lei”, como se viu na Escola da Exegese Francesa, em que se poderia considerar como lei o Código Napoleônico, tendo em vista que a evolução dos sistemas de justiça

14 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

15 Bobbio prossegue explicando que “encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalistas que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. Nessa sociedade, os homens cultivavam a terra e escambavam os produtos, constituíam famílias e o chefe de família tinha servos à sua disposição, com a morte do pai os seus haveres se transmitiam a seus descendentes. Todas estas relações sociais eram reguladas por normas jurídicas (tinha-se, assim, os direitos reais, o direito das obrigações, o direito de família e aquele das sucessões). Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas. Por exemplo, segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política, afirmando que no primeiro momento tem-se um “direito provisório” (isto é, precário) e no segundo momento um “direito peremptório” (isto é, definitivamente afirmado graças ao poder do Estado).” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

16 STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. E-book. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018. p. 129-130.

e da própria compreensão do Direito não permitem tal aproximação atualmente.¹⁷

Já o positivismo normativista de Kelsen adota o modelo da discricionariedade e considera que o direito só pode ser estatal. Para isso, utiliza o método da pureza lógica e seus dualismos (ser e dever ser, descrição e prescrição). A norma jurídica é o principal conceito da ciência jurídica e forma um sistema hierárquico, unitário e completo, garantido pela norma fundamental hipotética e transcendental. Embora o sistema não contenha lacunas e antinomias, a discricionariedade é permitida dentro dos limites (moldura) da norma jurídica.¹⁸

Nesse trilha, o ambiente acadêmico e intelectual em que Kelsen desenvolveu sua teoria era marcado pela valorização da busca por verdades universais e comprováveis, seguindo o modelo das revoluções científicas. Sua abordagem se baseia na metodologia científica, que busca demonstrar a importância da estrutura analítica do objeto de estudo e utiliza a repetição de processos para alcançar resultados idênticos.¹⁹

Kelsen enfatizou a importância do sistema normativo e buscou descrever objetivamente o Direito, separando as concepções axiológicas e sociológicas e focando na norma jurídica positiva. Sua teoria pura do Direito buscou identificar uma ciência específica do Direito, preocupada em descrever como ele é, e não como ele deve ser. Posteriormente, em 1960, ele adicionou um capítulo sobre interpreta-

17 O Autor assevera que "Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo (seja ele manifestado através do exegetismo francês, da jurisprudência dos conceitos na Alemanha, ou através da jurisprudência analítica inglesa - inaugurada, em certa medida, por Jeremy Bentham, em sua *expository jurisprudence*, que, somada ao todo, levava à campanha pela codificação do Direito em substituição ao *common law*)." STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. *E-book*. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018. p. 130.

18 ZANIN, Fabricio Carlos; COSTA, Paulo Sergio Weyl Albuquerque. Da discricionariedade à teoria da decisão: a crítica hermenêutica do direito e os limites do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 81, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/8262/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

19 CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira; ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 77, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/952/947>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ção para preencher uma lacuna em sua teoria, descrevendo de forma objetiva o processo pelo qual a norma é aplicada no mundo jurídico.²⁰

De certo modo, Hans Kelsen busca sistematizar o ato interpretativo, esvaziando sua complexidade e nuances atreladas ao intérprete. Frente a isso, Lenio Luiz Streck²¹ reflete que:

Deste modo, abstendo-se do conteúdo concreto das normas ou das concepções de justiça, a Teoria Pura do Direito se erige como se fosse uma geometria jurídica, em que se delineiam as formas, as estruturas, em que os preceitos deontológicos se dariam, como condições necessárias. [...] Para Kelsen, a interpretação científica seria um ato de conhecimento, pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. No âmbito da *Rechtswissenschaft*, ao intérprete caberia apenas apresentar, aprioristicamente, com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis. Este é, pois, o nível da Ciência do Direito (uma metalinguagem sobre a linguagem objeto - o Direito), do conhecimento puro que produziria seu próprio objeto. Entretanto, ao lado desta, também existiria a interpretação enquanto um ato de vontade. Este é o lado pessimista da *Teoria Pura do Direito*. (grifo do autor).

Nesta linha, Kelsen²² entende como sendo equivocado que “as obrigações e os direitos das partes disputantes” sejam a baliza da função judiciária, visto que a questão chave discutida está relacionada à decisão que afirma o delito e determina a sanção, “a corte estabelece primariamente que um delito (civil ou criminal) foi cometido e

20 CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira; ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 77, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/952/947>. Acesso em: 02 fev. 2023.

21 STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017. p. 176-177.

22 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 391.

pronuncia uma sanção. Apenas secundariamente as obrigações e os direitos das partes são determinados desse modo.”²³

No caso do positivismo segundo Herbert Hart, para entender o Direito, é necessário uma abordagem linguística e sociológica. Dessa forma, a norma jurídica é caracterizada por sua textura aberta, vagueza, ambiguidade e zonas de penumbra. No aspecto sociológico, a norma fundamental kelseniana é substituída pela regra de reconhecimento, embora mantenha os critérios dualistas de análise (ser e dever ser e descrição e prescrição). No modelo interpretativo proposto por Hart, é utilizado um meio-termo entre o dedutivo e o decisionista, aplicando a dedução nos casos fáceis e a discricionariedade nos casos difíceis, permitindo a utilização de recursos extrajurídicos.²⁴

Em relação à dualidade, o próprio Hart²⁵ considera que para lidar com a incerteza no regime das regras primárias, pode-se introduzir uma regra de reconhecimento que especifica um ou mais aspectos que indicam de forma conclusiva que uma regra é apoiada pela pressão social do grupo. Essa regra pode ter várias formas simples ou complexas, como ser listada em um documento escrito ou gravada em um monumento público, como ocorre no direito primitivo de muitas sociedades. Historicamente, a transição do pré-jurídico para o jurídico pode ser realizada em estágios distintos, sendo o primeiro a simples redução a escrito das regras anteriormente não escritas. No

23 Sobre a relação do poder executivo e judiciário, Reinhold Zippelius afirma que “a diferença entre administração executiva das leis e jurisdição é, por vezes, ilustrada pela imagem de que a jurisdição lançaria o seu olhar retrospectivo para uma situação jurídica já criada, enquanto a administração teria, pelo contrário, uma perspectiva de futuro porque cumpre tarefas públicas, conforma e regula situações jurídicas e fácticas concretas com fundamento e no âmbito do direito existente. A seguinte delimitação parece ser mais precisa: a tarefa típica da jurisdição é a função de garantia do direito. A jurisdição diz, em nome da própria realização do direito, o que é justo. Diferentemente, a administração, incluindo a administração ‘executiva’ estritamente vinculada à lei, faz um uso ‘instrumental’ do direito na medida em que, para cumprir as tarefas públicas, conforma e regula as situações jurídicas e fácticas com critérios de adequação material.” ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 413.

24 ZANIN, Fabrício Carlos; COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. Da discricionariedade à teoria da decisão: a crítica hermenêutica do direito e os limites do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 81, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/8262/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

25 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104.

entanto, o passo crucial é o reconhecimento da referência escrita como autoritária, ou seja, como o meio adequado para eliminar dúvidas sobre a existência da regra. Quando há esse reconhecimento, uma regra secundária simples é criada para identificar conclusivamente as regras primárias de obrigação.²⁶

Ao analisar a relevância teórica de Herbert Hart como positivista pós-kelseniano, Lenio Luiz Streck ressalta a construção temática à separação entre Direito e Moral, abordando, também a discricionariedade sob aspectos mais sociológicos. Nessa linha o Autor²⁷ aduz que o Direito é uma prática social complexa que é identificada pela regra de reconhecimento, portanto sua validade não depende da aceitação moral.

Além disso, devido à indeterminação semântica das regras em relação a um caso específico, o juiz tem a discricionariedade de decidir. Essas teses estão relacionadas e concordam com o relativismo moral, pois, segundo Hart, não existem fatos morais que possam determinar a identificação, validade ou conteúdo do Direito. Assim, as fontes sociais do Direito deveriam excluir a dimensão moral. Isso significa que fora dos limites do Direito, não haveria critérios públicos para avaliar a correção de uma decisão judicial ou para limitá-la. Em

26 O Autor explica que “num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são, claro, mais complexas; em vez de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Tal pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais. Além disso, quando mais do que uma de tais características gerais são tratadas como critérios de identificação, pode decidir-se o conflito possível entre elas através da ordenação das mesmas por um critério de superioridade, tal como a subordinação comum do costume ou do precedente à lei, sendo a última uma ‘fonte superior’ do direito.” HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104-105.

27 STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017. p. 178-179.

casos difíceis (*hard cases*), o julgador teria discricionariedade em sua decisão.²⁸

Deste modo, o positivismo jurídico é parte indissociável da construção dogmático do Direito, à medida que, desde a dicotomia com o jusnaturalismo, influência na forma de interpretação e a aplicação do que se considera jurídico, incluindo o Processo Civil que, em sua estruturação conceitual, também revela sobrecarga positivista.

3. A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DE JURISDIÇÃO E PROCESSO CIVIL

Frente a proposta do trabalho, não há como dissociar a ideia de jurisdição do próprio conceito de Processo, porquanto a prestação jurisdicional estatal faz seu uso para garantir o cumprimento da função constitucionalmente estabelecida.

Nessa linha, Giuseppe Chiovenda,²⁹ processualista italiano que influenciou fortemente a formação doutrinária processual, definia a jurisdição como “[...] a *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.*” (grifo do autor).

No mesmo caminho, o Processo Civil, para o Autor,³⁰ é compreendido como “[...] o *complexo dos atos coordenados ao objetivo da*

28 Mesmo assim, Streck analisa as escolhas teóricas de Hart, pois “Aqui transparece o preço a ser pago à filosofia da consciência. O ato discricionário depende de um subjetivismo. Assim, Hart possui uma ambiguidade: de um lado, consegue superar o exegetismo a partir da analítica (filosofia da linguagem ordinária), apostando, para além dos critérios da sintaxe e da semântica, na pragmática, que é a relação do signo com o seu usuário. Aqui entra o papel do sujeito que define o sentido (no caso, o juiz que, discricionariamente, resolve *hard cases*). Mas ao mesmo tempo continua apostando no plano descritivo. Afinal, ele é um positivista. Inclusivo ou *soft* positivista. Mas positivista. Há um fato a ser descrito.” STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017. p. 178-179.

29 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2. p. 4.

30 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1. p. 36.

atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.” (grifo do autor).

Percebe-se, de certo modo, a vinculação do conceito com a ideia de lei e substituição, a qual reverbera na sua própria concepção de interpretação, pois considera que interpretar a vontade da lei é um trabalho muito difícil que exige investigação. É responsabilidade do juiz usar critérios gramaticais, lógicos e históricos para determinar o verdadeiro significado da lei. Embora os trabalhos preparatórios sejam úteis nessa investigação, devem ser usados com cautela, pois sua importância reside apenas no fato de que a opinião dos compiladores pode ter algum grau de probabilidade de estar de acordo com a vontade da lei. No entanto, essa probabilidade varia de caso para caso e deve ser avaliada individualmente.³¹

Em semelhante trilha, ao analisar a independência e subordinação do Judiciário, José Maria Rosa Tesheiner³² afirma que “subordinado à lei, exerce o Poder Judiciário uma atividade de segunda categoria, pois é a lei que fixa os fins que os juízes precisam afanosamente descobrir e buscar.”³³

Para Francesco Carnelutti,³⁴ ao seu turno, o processo é “[...] um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas

31 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1. p. 42-43.

32 TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22.

33 O Autor ainda reflete “e se a lei é injusta? Põe-se, aqui, um problema que não admite resposta simplista. Há muito que se assentou que a lei não contém todo o direito e que o direito não se resume à lei. Há normas não escritas. A sociedade, ela própria, segrega diretamente normas jurídicas. O juiz é órgão do Estado, mas é também voz da sociedade. O Legislativo, que é representação do povo, pode falsear a sua vontade, fazendo prevalecer os interesses de uns poucos sobre os da imensa maioria da população. Não se pense num Judiciário c go a tudo isso. A primeira qualidade que se exige de qualquer juiz é a inteligência, capacidade de ver e de pensar. Num sistema complexo há lugar para algumas rebeldias. Todavia, seria aberrante imaginar-se que o Judiciário pudesse contrapor-se à legislação como um todo, em nome de um princípio superior de justiça. Ao destruir os outros Poderes, estaria o Judiciário a destruir a si próprio.” TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22-23.

34 CARNELÚTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 71-72.

interessadas (partes) com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes; ofício judicial)." (grifo do autor).

Seguindo pelo mesmo caminho que seu predecessor, o Autor³⁵ sustenta que o termo “processo” é utilizado para descrever um método que visa garantir um resultado eficiente e justo na aplicação do direito, regulando conflitos de interesse e promovendo a paz. A justiça é considerada a qualidade principal ou substancial desse processo, enquanto a certeza é sua qualidade exterior ou formal. Se o direito não é considerado certo, os envolvidos não saberão o que fazer, e se não é justo, eles não se sentirão obrigados a obedecer.³⁶

No caso de Enrico Tullio Liebman,³⁷ em sua compreensão sobre jurisdição, leciona que o juiz, apesar de ser livre de influências externas em sua função, é obrigado a seguir a lei e atua como um intérprete qualificado dela. A interpretação é um momento crucial da função jurisdicional, uma vez que a norma jurídica é abstrata e estática, enquanto a vida social é dinâmica e apresenta casos sempre diferentes. O juiz deve entender completamente o significado da norma, não só no contexto do ordenamento jurídico, mas também preencher as lacunas da lei e repensá-la em relação à realidade social em constante evolução, considerando novas exigências e valores. No entanto, o juiz não pode atribuir sua preferência subjetiva e arbitrária à norma, e sim se esforçar para expressar as demandas e valores da sociedade de seu

35 CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 72.

36 Prossegue aduzindo que “Assim como para o objetivo de alcançar a regulamentação justa e certa é necessária uma experiência para conhecer os termos do conflito, uma sabedoria para encontrar seu ponto de equilíbrio, uma técnica para aquilatar a fórmula idónea que represente esse equilíbrio, a colaboração das pessoas interessadas com pessoas desinteressadas está demonstrada para tal finalidade como um método particularmente eficaz. Por outra parte, tal colaboração, sobretudo em razão da heterogeneidade das pessoas que a ela concorrem, determina necessariamente uma seqüela de atos que devem ser estritamente regulados e evocam a idéia de processo como mutação da realidade que se concretiza por uma sucessão de fatos causalmente vinculados” CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 72.

37 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intellectos, 2003. v. 1. p. 24.

tempo. O objetivo final de sua atividade é a justiça e, por meio dela, a paz social.³⁸

Para iniciar o estudo do direito processual, conforme Piero Calamandrei,³⁹ é importante considerar, primeiramente, os problemas sob a perspectiva do Estado responsável por administrar a justiça e começar com a compreensão do conceito de jurisdição. Isso significa entender o poder ou função exercidos pelo Estado - chamado de poder jurisdicional ou judicial - no processo por meio de seus órgãos judiciais. Reflete que os principais sistemas legais da Europa continental, a função da justiça só pode ser entendida dentro do sistema de legalidade. O objetivo da legislação processual é reafirmar a jurisdição como um complemento e uma ferramenta da legalidade.⁴⁰

Dentro da análise proposta, deve-se abrir espaço à instrumentalidade processual defendida por Cândido Rangel Dinamarco. O Processualista⁴¹ entende que a ideia de centralizar a ação como um instituto principal no direito processual é individualista e limitada ao processo civil, e, portanto, não merece apoio. Da mesma forma, o processo em si não deve ser colocado no centro do direito processual, pois não é a fonte substancial de ideias, princípios e estruturas que integram o conjunto da disciplina, pois “dentro de um sistema que em

38 Em relação ao processo, o Autor assim o entende como “a atividade com a qual se desenvolve em concreto a função jurisdicional se chama processo. Dita função não se cumpre num só momento ou num só ato, mas com uma série coordenada de atos que se desenvolvem no tempo e tendem à formação de um ato final [...]. Em seu conjunto, o conteúdo desta atividade variada ordena-se no esquema de uma demanda que uma parte dirige ao órgão jurisdicional em confronto com a parte contrária, à qual o órgão jurisdicional responde com uma decisão; entre estes dois atos, um que abre e outro que encerra o processo, se desenvolve uma atividade intermediária mais ou menos complexa, dirigida a preparar e tornar possível a pronúncia do ato final, atividade que se realiza no contraditório efetivo ou ao menos virtual da parte contrária. Todas estas atividades são minuciosamente regulamentadas pela lei.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1. p. 45.

39 CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 96.

40 Ainda, pondera que “o Estado, cujo fim fundamental é a preservação da ordem na sociedade, regulamenta para tal objeto a convivência dos co-associados estabelecendo o direito objetivo, isto é, as normas às quais os particulares devem, em suas relações sociais, ajustar sua conduta. Os co-associados encontram, então, já formulada exteriormente esta superior vontade do Estado, que lhes ordena manter uma certa conduta, exigindo que seja obedecida a qualquer custo.” CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 96.

41 DÍNAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: JusPodivm, 2022. p. 73.

si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)."⁴²

Visão diametralmente oposta a Ovídio Baptista, o qual buscou em sua cátedra denunciar os abusos da redução do Processo (e do Direito) às ciências exatas. Conforme reflete o Autor:⁴³

[...] hoje ninguém mais tem dúvida de que o Direito é urna construção humana, não havendo urna ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas; e a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na medida em que se alterem as variantes necessidades e contingências históricas.

Desta forma, é possível visualizar, suscintamente, como se deu a formação conceitual de jurisdição e processo, através dos principais processualistas que influenciaram tanto no ensino jurídico como na construção dos institutos processuais utilizados pelo Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira do artigo, verificou-se as origens do pensamento positivista, o qual alicerçou suas ideias sob a exatidão científica e trouxe para o Direito a rigor do método, em evidente busca para se desvincular do pensamento jusnaturalista. Com isso, nasce a ideia de regramento (lei), que será estabelecida pela autoridade competente, sendo que condutas serão autorizadas ou negadas, levando-se em consideração a validade legislativa dentro do sistema normativo.

42 O Autor complementa dizendo que "a ideia de procedimento é inseparável do conceito de processo. Colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual). Não fosse assim, chegaria a própria teoria geral do processo até à disciplina dos negócios jurídicos, o que não seria capaz de enriquecer conhecimentos ou aprimorar soluções. Não-obstante se diga teoria geral do processo e se continue sempre a dizer direito processual, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do poder e do seu exercício e esse é o fator de unidade que reúne em uma teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si." DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: JusPodivm, 2022. p. 73.

43 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-2.

Pode-se verificar que o positivismo se desenvolveu ao longo dos anos, tendo grande influência na formação do pensamento jurídico, principalmente com Kelsen e Hart. Superado a dicotomia com o jus-naturalismo, a ideia de vinculação com a lei ainda é bastante presente no ambiente jurídico.

No caso do Processo Civil, mostra-se evidente a enorme influência causada pelo positivismo, à medida que os conceitos clássicos de processo e jurisdição se vinculam com a observância irrestrita da lei, sem considerar uma correta interpretação ou vinculação ao caso concreto. Além disso, a instrumentalidade ainda se mostra fortemente presente, pois considera-se o processo como simples meio.

Menção para Ovídio Baptista que, em seus escritos, já apontava, mesmo que de forma implícita, o positivismo como uma das causas do paradigma racionalista presente na dinâmica processual pátria. As dificuldades enfrentadas para que o caso concreto seja levado em consideração no momento da aplicação da lei processual evidencia a forte vinculação com o caráter pragmático que a norma escrita acaba estabelecendo no ordenamento jurídico sem que haja oportunidade de interpretá-la para melhor aplicação do Direito.

Deste modo, frente aos pontos teóricos enfrentados e explicitados, é possível afirmar que, hodiernamente, ainda é possível se verificar a presença do positivismo jurídico sobre o Processo Civil, não havendo condições de se mensurar qual o impacto (negativo) causado no desenvolvimento da ciência processual e da correta aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 21, n. 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10389/1/doxa21_11.pdf. Acesso em: 03 fev. 2023.

CAMBI, Eduardo; BALERA, José Eduardo Ribeiro. Traços do positivismo jurídico no pensamento hobbesiano: uma leitura a partir de pensadores contemporâneos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, nov. 2020. Disponível em: <https://go-gale.ez101.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?p=AONE&u=capes&id=GALE|A627070135&v=2.1&it=r>. Acesso em: 03 fev. 2023.

CARNEIRO, Daniel Dix. O positivismo jurídico e sua evolução como pensamento: um histórico de sucesso ou de fracasso?. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 9, p. 105-141, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/105/96>. Acesso em: 02 fev. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira; ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 73-90, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/952/947>. Acesso em: 02 fev. 2023.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: JusPodivm, 2022.

GAIA, Fausto Siqueira. Pós-positivismo jurídico e norma jurídica: uma análise sobre a legitimação judicial no processo construtivo do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 9, p. 573-598, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5554/3259>. Acesso em: 02 fev. 2023.

GRUBBA, Leilane Serratine; SILVEIRA, Alexandre Marques. Teoria pura do direito e positivismo jurídico: a influência do normativismo em Hans Kelsen e seus impactos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 451-465, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10159/6816>. Acesso em: 02 fev. 2023.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdi-

ção. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 42-55, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5135/2387>. Acesso em: 04 fev. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. E-book**. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZANIN, Fabricio Carlos; COSTA, Paulo Sergio Weyl Albuquerque. Da discricionariedade à teoria da decisão: a crítica hermenêutica do direito e os limites do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 74-94, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/8262/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAPÍTULO 6

PROCESSO JUDICIAL E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A CONSOLIDAÇÃO DA AMBIÊNCIA DEMOCRÁTICA A PARTIR DAS ESTRUTURAS PROCESSUAIS

Aloisio Cansian Segundo¹

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – Centro Universitário Curitiba (UNICURI-TIBA). Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do CAPES/ProEx. E-mail: aloisio.segundo@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria e história dos regimes políticos, a democracia é o paradigma de legitimidade de um Estado e do poder político. Suas raízes, contudo, estão profundamente lançadas em uma concepção específica do indivíduo político: a entidade singular que, na condição de partícipe direto dos processos políticos, fundamenta a existência mesma destes processos e o concretiza em seu exercício prático. A democracia inegavelmente favorece a formação contínua de uma comunidade política, justamente por ser maleável às contingências do caminhar histórico e social – e, em tal medida, viabilizar a adaptabilidade do regime político através da constituição de um espaço público de deliberação, no qual os bens sociais e sua distribuição serão definidos a partir de critérios racionalmente justificáveis¹.

Ocorre, porém, que o exercício real da democracia apresenta um abismo intransponível entre a subjetividade e a coletividade. Na prática, uma democracia somente é exequível mediante a representação política; e esta, em virtude das vicissitudes intrínsecas aos processos políticos em geral e das instituições democráticas em particular, é incapaz de traduzir a subjetividade cuja essência fundamenta o próprio conceito de democracia. Assim, o indivíduo (fonte, origem e finalidade de todo poder político) acaba tolhido da esfera pública.

O acesso ao processo jurisdicional pode ser visto como uma possibilidade de suprir a clivagem entre o cidadão e as instâncias da democracia representativa. Atribui-se à função jurisdicional estatal a importância fundamental de fomentar a aplicação concreta e individual

1 Nesse sentido, KEANE, John. **Vida e morte da democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 14: “Todo governo é naturalmente ‘humano’, no sentido simples de que ele é criado, formado e operado por seres humanos. Excepcional em relação ao tipo de governo chamando democracia é o fato de requerer que as pessoas vejam que nada humano é esculpido em pedra, que tudo é construído sobre as areias movediças do tempo e do lugar e que, por esse motivo, elas seriam sensatas em construir e manter, aberta e flexivelmente, modos de vida conjuntos, como iguais.”

do direito dado abstratamente pela Lei (cuja formação, em termos de procedimentalidade institucional, ocorre sem que haja qualquer participação efetiva do cidadão). O papel de exequibilidade concreta da norma pode vir a ser exercido pelo processo judicial – como resgate da participação individual nos processos democráticos e forma de concretização da democracia participativa no âmbito individual.

O presente trabalho objetiva analisar a eficácia das formas processuais como estímulo à ambiência democrática e à percepção individual de pertença a uma sociedade efetivamente pautada pela democracia e favorável ao exercício de direitos. Para tanto, abordará as limitações do exercício da democracia participativa no contexto da contemporaneidade, e tratará do processo jurisdicional como forma de recondução do cidadão ao centro dos processos políticos – com ênfase em três instrumentos específicos da processualística brasileira: o controle difuso de constitucionalidade, a ação popular e a figura do *amicus curiae*. O escopo do presente texto é demonstrar que, por meio de tais instrumentos processuais, o cidadão é reconduzido ao centro do debate público, constituindo-se, assim, em uma forma de efetivação democrática.

2. AS FRONTEIRAS DA DEMOCRACIA

O vértice radical da democracia é o povo – mas o povo como conceito, como ideia; em uma acepção lata, compreendendo a hipótese de uma sociedade plúrima e composta por inúmeros valores e concepções entrecruzados (e por vezes conflitantes). A democracia é um espaço público e deliberativo, constituído pela multiplicidade de atores-agentes políticos, cujos interesses são acomodados por meio de processos jurídico-políticos constantes. Uma sociedade é tão mais democrática quanto seja capaz de distribuir tais interesses concedendo aos indivíduos a prerrogativa de evocá-los publicamente e, a partir de

um procedimento que tenha tais interesses por referentes, constituir as normas sociais. Norberto Bobbio define a democracia em termos de *legitimidade e procedimentalidade*:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta 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*.²

Ora, a constância destes procedimentos tem duas condições necessárias: por um lado, a viabilização concreta por meio de processos políticos efetivos; por outro, um permanente impulso participativo dos cidadãos. Exigem-se, portanto, dois valores estruturantes fundamentais: *viabilidade e perenidade*. Na experiência brasileira, em que a democracia e o constitucionalismo não estão ainda integralmente consolidados, os processos políticos acabam resultando em procedimentos incapazes de estabelecer o necessário vínculo entre representantes e representados (vínculo que é, também, intrínseco à legitimação do regime).

Mesmo a noção de “espaço público”, tão cara ao exercício da democracia desde seu surgimento, vem sendo esvaziada na contemporaneidade. É impossível afirmar que hipercomunicação de massa trouxe a possibilidade de uma “ágora digital”³: a utopia da democracia virtual naufraga pela pura e simples impossibilidade da criação de um senso de comunidade, identificação e pertença. Especialmente acurada e atual a análise de Byung-Chul Han: o indivíduo que age no ambiente digital não é capaz de estabelecer relações identitárias nas interações

2 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18.

3 Neste sentido, em uma visão bastante pragmática: “A hipótese de que a futura *computadorcracia*, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril. A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir seu próprio voto ao menos uma vez por dia” BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 26.

que promove. Falta, portanto, à *pólis* virtual a noção mais basilar da ideia de democracia: a alteridade.

A sociedade da indignação é uma sociedade do escândalo. Ela não tem *contenance*, não tem compostura. A desobediência, a histeria e a rebeldia – que são características das ondas de indignação – não permitem nenhuma comunicação discreta e factual, nenhum diálogo, nenhum discurso. [...] As ondas de indignação indicam, além disso, uma identificação fraca com a comunidade. Desse modo, elas não formariam nenhum *Nós* estável, que apresentasse uma estrutura de zelo pela sociedade como um todo. [...] O cidadão eletrônico é um ser humano cuja identidade privada foi psiquicamente dissolvida por meio da solicitação excessiva.⁴

Em paralelo, é possível afirmar que o modelo constitucional atual de democracia representativa não possui correlação com o efetivo interesse dos representados⁵ – vez que não está estruturalmente submetida a nenhum mecanismo prático de vinculação à vontade dos indivíduos ao longo do exercício dos processos políticos, ou revogação do mandatário caso este viole o interesse do mandante (pressupondo-se, claro está, que o interesse do mandante é o que confere legitimidade ao próprio conceito de representação política). Neste problema específico, mesmo Kelsen⁶ refere-se à democracia representativa como uma “ficção” quando observada através do prisma do vínculo jurídico entre os cidadãos e os seus representantes eleitos:

4 HAN, Byung-Chul. **No enxame**. Perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 22.

5 Vale dizer, este problema é em realidade um problema de identificação conceitual da noção de “representado”. O que é, efetivamente, “o povo” a que o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal alude, referindo ser a fonte de onde emana todo poder político? Muito mais do que uma noção sociológica no enfrentamento da questão, uma perspectiva jusfilosófica e constitucional demanda situar a noção de “povo” como um conceito-limite, pilar de sustentação do Estado e legitimador da existência mesma do governo organizado no âmbito da democracia. Neste sentido, o povo está na origem dos atos políticos (vez que o voto se exerce por ele) – mas também em sua finalidade, uma vez que todos os atos governamentais devem, em tese, orientar-se em benefício da sociedade. A noção de “bem comum”, presente no ideário filosófico-político clássico desde Platão e consagrada no contratualismo com Rousseau (através da fórmula “vontade geral”), muito embora abstrata, apresenta justamente esta concepção finalística da atuação governamental; Aristóteles inclusive a utiliza como critério para a definição das formas puras e corrompidas de governo. A legitimação da atuação dos órgãos políticos, ainda que *a posteriori*, acaba sendo invariavelmente o povo – este povo indefinido, impessoal, símbolo ou unidade mística ideal, mas que constitui a base e o fundamento do exercício do poder. A digressão pode parecer pueril ou despidienciada por auto-evidente, porém ressaltamos que os regimes políticos mais desastrosos nos últimos dois séculos, tanto no Oriente quanto no Ocidente, se fundamentaram justamente em concepções distorcidas da noção de “povo” – e acabaram por resultar em regimes totalitários que solaparam por completo qualquer ideia de democracia nos Estados em que se instauraram (levando consigo milhões de vidas humanas).

6 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 415.

A independência jurídica dos eleitos perante os eleitores é incompatível com a representação jurídica. A afirmação de que o povo é representado pelo parlamento significa que, embora o povo não possa exercer o poder legislativo direta ou imediatamente, ele o exerce por procuração. Mas se não houver nenhuma garantia jurídica de que a vontade dos eleitores será executada pelos eleitos, se os eleitos são juridicamente independentes dos eleitores, não existe nenhuma relação jurídica de procuração ou representação. O fato de que um corpo eleito não tem chance, ou tem apenas uma chance reduzida, de ser reeleito caso a sua atividade não seja considerada satisfatória pelos seus eleitores, constitui, é verdade, uma espécie de responsabilidade política; mas essa responsabilidade é diferente de uma responsabilidade jurídica e não justifica a suposição de que um órgão eleito apenas por uma parte do povo seja o representante jurídico de um Estado inteiro.⁷

As considerações de Kelsen são precipuamente factuais (o que guarda estreita relação com sua Teoria Pura do Direito), e não implicam em nenhum juízo valorativo a respeito da legitimidade ou ilegitimidade de uma tal perspectiva sobre a representação política. Para ele, a representatividade dissociada da responsabilidade jurídica é suficiente para fundamentar a validade dos atos estatais como atos jurídicos; Bobbio, na mesma linha, expõe tal situação como inerente à condição dos Estados democráticos modernos:

A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado. O princípio sobre o qual se funda a representação política é a antítese exata do princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses, no qual o representante, devendo perseguir os interesses particulares do representado, está sujeito a um mandato vinculado (típico do contrato de direito privado que prevê a revogação por excesso de mandato).⁸

⁷ Ibid., p. 416.

⁸ BOBBIO, 1986, p. 24. O autor prossegue afirmando, ainda, que a desvinculação dos representantes para com os eleitores foi objeto de intenso debate na Assembleia Constituinte francesa de 1791, o que derivou no fato de que o mandato livre se tornou regra nas constituições desde então.

A dissociação com relação ao conceito de representação do Direito privado, porém, lança reflexos profundos na forma como a representação política se legitima. Uma coisa é assumir a impossibilidade prática de fiscalização minuciosa dos atos do representante eleito (especialmente tendo em conta a impossibilidade de definição precisa e definitiva da vontade popular); outra bem diferente é desvincular por completo o ato público do interesse do indivíduo, que constitui justamente o fundamento do próprio Estado. É evidente que a categoria da representação no Direito privado não pode ser transposta *ipsis literis* para o exercício da função política; porém a sociedade não conhecerá democracia efetiva enquanto alguns de seus caracteres não forem institucionalizados no âmbito dos mandatos eletivos – notadamente, algum nível concreto de vinculação entre vontades, programas de atuação e os atos específicos, bem como a prestação de contas e a possibilidade factível de revogação de um tal mandato.

É nesse sentido que Gofredo Telles Junior⁹ apresenta a necessidade de reconstrução da ideia de representação como motivo deontológico: um *dever-ser* da prática política, em que a representação efetiva é instaurada e constantemente aspirada pelo sistema político como um todo. Propõe, como esboço de uma Reforma Política, um regime que privilegiaria o alinhamento de vontades e atos de eleitores e eleitos, desde o início da relação política¹⁰. A consequência é antecipada pelo autor: “entre o eleitor e seu candidato, haveria um

9 TELLES JUNIOR, Gofredo. A democracia participativa. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 100. jan.2005. p. 174.

10 *Ibid.*, p. 178/179. Destaca-se: “[...] parece prudente rejeitar *in limine* os requerimentos de registro [de partidos] que não venham acompanhados de um rol de adesões em número igual ou superior a uma fixada porcentagem do total de eleitores nas circunscrições respectivas. E claro que, em regime de partidos verdadeiros, o princípio da fidelidade partidária constitui mandamento soberano, impondo obrigação de honra e de direito. Sua violação terá que acarretar, para o parlamentar, a perda do “mandato”. [...] Para dificultar a proliferação abusiva dos partidos; para assegurar o vínculo do eleito com seus eleitores; para garantir a vigência da fidelidade partidária, talvez o melhor, para o Brasil, seria um regime de cinco ou seis importantes partidos nacionais, com suas respectivas vocações ideológicas bem definidas, bem reveladas em seus programas. [...] Nesse esquema, todos os partidos seriam falanges a serviço de um pensamento. Seriam portadores de definidas mensagens.”

vínculo espiritual – vínculo que permaneceria, entre o congressista e o cidadão que o elegeu, por todo o tempo do mandato”^{11, 12}.

O modelo político da democracia representativa está, portanto, esgotado. As evidências de tal afirmação são apresentadas por Bobbio: o autor utiliza a expressão “promessas não cumpridas” para destacar o imenso descompasso entre o que o conceito teórico de democracia representativa propõe e o que a implantação de um tal regime alcançou na prática: a utopia da “vontade geral”; a não-persecução de interesses da coletividade; a manutenção das oligarquias; os entraves à instituição da democracia em todos os espaços possíveis; a manutenção de “poderes invisíveis” e a cidadania não-educada para a democracia¹³.

O novo paradigma da democracia, ante as características dos Estados contemporâneos, é a democracia *participativa* – na qual os componentes do tecido social de fato a exercem diretamente (ou o mais diretamente possível, guardadas as contingências da concretude política). A democracia como sinônimo de participação é, portanto, um ideal, um conceito-limite, que deve ser constantemente perseguido pelas instituições jurídico-constitucionais: transcende, com isso, o mero requisito procedimental de participação formal nos processos políticos, e deste modo se desdobra em diversas facetas:

a. *Como radical estruturante das instituições políticas*, sendo um critério pelo qual se orientam as práticas institucionais e se afere seu grau de legitimidade. Em tal estágio, as instituições políticas

11 Ibid., p. 180.

12 Igualmente cabível é considerar o aspecto procedimental do voto enquanto o suposto ato democrático por excelência. Na prática, a experiência brasileira acaba por esgotar a relação representante-representado no simples exercício do voto periódico (o qual se revela um procedimento insuficiente, dada a vergonhosa qualidade do processo eleitoral e ao total alheamento do cidadão nos quatro anos que se seguirão). Neste sentido, o filósofo inglês John Stuart Mill, teórico do utilitarismo do séc. XIX, já denunciava o contrassenso lógico que é reduzir o sistema representativo do voto a uma mera equação de unidades idênticas entre si: “Até que tenha sido elaborado e aceito pela opinião pública um sistema de voto plural que confira à educação o grau de influência superior suficiente para contrabalançar o peso numérico da classe menos instruída, os benefícios do sufrágio universal estarão sempre acompanhados, assim me parece, de uma fonte de males mais que equivalentes”. MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 95.

13 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 22/33.

devem, cada vez mais, possibilitar e estimular a participação direta dos indivíduos enquanto cidadãos e dos grupos enquanto vetores de interesses gerais veiculáveis no âmbito de uma sociedade plural.

b. *Como legitimação teórica das instituições políticas*: desde a ideia de Constituição em geral até os mais tangenciais funcionamentos do aparato estatal; tudo se orienta pelo e para o povo (compreendido em seu sentido ampliado, e não mais como massa unívoca).

c. *Como forma geral de governo*: orientando, portanto, a conformação das instituições e estimulando seu funcionamento regular para a preservação das formas democráticas.

d. *Como valor e práxis*: o estímulo de uma consciência democrática da parte dos cidadãos é parte integrante de sua preservação e condição de seu funcionamento. Enquanto os cidadãos não desenvolverem confiança nas instituições democráticas e não guardarem a crença de que é preciso solucionar os problemas sociais por meio de procedimentos democráticos, não há solo possível para o desenvolvimento de uma sociedade efetivamente democrática¹⁴.

Logo, uma das formas de reinserção da vontade individual nos processos políticos é expressa por meio da jurisdição e do processo. Mais do que a simples persecução de interesses individuais, o direito fundamental de acesso ao processo judicial é uma forma de reconduzir o povo à titularidade do poder, por meio do exercício direto de sua vontade – e, ao cabo, uma maneira de fazê-la presente como fulcro dos processos políticos.

3. MECANISMOS PROCESSUAIS DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Ante a insuficiência da representação, o Judiciário faz as vezes de um mecanismo de subjetivação da democracia, por meio do escalonamento e da hierarquização dos interesses conflitantes dos indivíduos,

¹⁴ Acerca do tema: “Percebe-se que uma coisa é a democratização do estado [ocorrida com a instituição dos parlamentos], outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte das suas instituições [...] não são governadas democraticamente. Daí a pergunta que melhor do que qualquer outra caracteriza a atual fase de desenvolvimento da democracia nos países politicamente já democráticos: é possível a sobrevivência de um estado democrático numa sociedade não democrática?”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 56.

valendo-se para isso de critérios técnicos, filosóficos, econômicos, jurídicos, éticos, políticos, morais e sociais¹⁵. A resultante desta complexa atividade é a configuração da sociedade e de seus valores fundamentais (vez que a coordenação dos conflitos de interesses opera a partir das premissas histórico-culturais que compõem o ideário de um povo, e assim orienta a composição e aplicação das normas jurídicas e demais atos estatais)¹⁶. Uma tal dinâmica depende de uma postura ativa do Estado para a acomodação de interesses conflitantes, mesmo *a posteriori* – mas, também e principalmente, da postura ativa do indivíduo que postula, põe, apresenta seu pleito e invoca o seu interesse para compor a esfera do debate público¹⁷. Acomodar os interesses, nesse sentido, não é silenciar uns em detrimento de outros, mas sim hierarquizá-los¹⁸ segundo critérios deliberativos justificáveis racional e politicamente, sempre com a participação dos interessados tanto quanto possível. Vale dizer, à postura ativa do Estado para a hierarquização dos interesses da esfera pública corresponde uma postura ativa *dos indivíduos* para resguardar e exercer os próprios interesses na moldura trazida pelo ordenamento jurídico-social. Uma tal dinâmica, em que o cidadão é o referencial¹⁹, significa a *ambiência democrática*: a perenidade e persistência das instâncias de participação com vistas a compor os interesses conflitantes no espaço público.

15 CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960. p. 66.

16 Neste sentido, adverte Marinoni que a atuação jurisdicional tem intrinsecamente o dever e a prerrogativa de incorporar elementos jurídicos e sociais cuja análise seria impossível ao legislador, inclusive no que concerne à evolução dos valores sociais submetidos ao crivo do processo jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 78.

17 A materialidade das normas e princípios do ordenamento jurídico principia quando o conflito que as contrapõe é submetido diretamente por alguém para solução por parte do Estado: “Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 359.

18 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26-34.

19 Esta dinâmica é reproduzida na instituição do processo judicial como expressão do poder estatal atinente diretamente ao indivíduo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 25.

Tal procedimento está na base da noção de democracia, muito embora ele tenha sido *adiado*: a impossibilidade de participação direta dos cidadãos no processo deliberativo legiferante posterga tal participação para o exercício das normas democráticas *a posteriori*.

Nesse sentido, o direito abstrato de acesso à jurisdição é uma maneira de solucionar os conflitos de interesses por intermédio de sua hierarquização, a pedido do jurisdicionado e mediante sua intensa e ativa participação direta. Imbricada no conceito de jurisdicionalidade há uma perspectiva de protagonismo do cidadão (agora efetivamente *parte, partícipe*), em detrimento de um processo legiferante com relação ao qual o mesmo cidadão foi completamente alheio. É preciso destacar que esta perspectiva da judicialidade não está atrelada unicamente ao processo como invocação de direitos individuais em face de outrem, de objeção, ou de persecução litigiosa de bens jurídicos, mas sobretudo em um espectro mais amplo da função jurisdicional – ou seja, em situações processuais que trazem em seu bojo matérias fundamentalmente político-constitucionais e que viabilizam proceduralmente a participação ativa do indivíduo²⁰. Tal é o caso dos institutos processuais mencionados a seguir.

3.1. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM DEMANDAS INDIVIDUAIS

Uma Constituição de tipo rígido implica na distinção entre o poder *constituente* e os poderes *constituídos*²¹ – e “disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior,

²⁰ Nesse contexto, quanto ao protagonismo da parte como fulcro do processo e a correspectiva dialeticidade processual. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 159.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 918. Também: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10; 26-28.

limitado pela Constituição mesma”²². A hierarquia das normas e a superlegalidade constitucional resultam na possibilidade de questionamento das normas infraconstitucionais perante qualquer juízo, mesmo em demandas individuais nas quais as questões constitucionais são postas de maneira indireta ou são meramente correlatas ao objeto da lide²³. Tal controle de constitucionalidade, dito “incidental”, é por definição colocado perante o magistrado por iniciativa da parte, e a ela é limitada:

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. [...] A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou do sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutro feito, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa do formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada.²⁴

A composição normativa da Constituição é, por natureza, fortemente axiológica e deontológica; o conteúdo de suas normas é precipuamente afeito à composição estrutural da sociedade, ao funcionamento da ordem institucional e à garantia dos direitos fundamentais. Seus princípios podem ser derivados em diversos matizes concretos, e neste procedimento hermenêutico as circunstâncias sociais, políticas, filosóficas e econômicas se entrecruzam no sopesamento da matéria constitucional em debate na lide individual. Isso resulta em um processo interpretativo complexo, fluido e dinâmico, cujo pressuposto é a consideração da condição individual da parte perante o problema

22 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 296.

23 Resume Ivo Dantas: “Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser arguida em qualquer grau ou juízo”. DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 177.

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 302/303.

jurídico-constitucional específico, e que, por isso, desdobra a *quaestio juris* por sobre o interesse pessoal concreto do litigante²⁵.

Necessário destaque deve ser dado ao procedimento de declaração de inconstitucionalidade por parte dos Tribunais a partir de incidente específico arguido em sede de controle difuso – incidente que foi procedimentalizado pelos arts. 948 e seguintes do Código de Processo Civil, sempre mediante a Cláusula de Reserva de Plenário preconizada pelo art. 97 da Constituição. Acerca disso, José Afonso da Silva salienta a solenidade conferida à declaração de inconstitucionalidade pelas Cortes a partir de dois valores implícitos no procedimento:

Por um lado, o valor da *supremacia constitucional*, que exige seja respeitado pela lei, e, quando não respeitado, deve ser prestigiado com a declaração da inconstitucionalidade da lei infratora. O outro é o valor da *estabilidade da ordem jurídica*, que requer que a declaração, no caso, tenha o significado de um pronunciamento do tribunal na sua expressão maior, que é o seu Plenário, não de uma simples fração dele; e que este o faça representativamente, pela maioria absoluta de seus membros.²⁶

Este procedimento ocorre, evidentemente, no contexto de uma lide judicial, orientada segundo os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais²⁷. Isto resulta em um ambiente de deliberação jurídico-política intensa, em que a racionalidade comu-

25 BELAUNDE defende, inclusive, a autonomização do processo constitucional a partir do controle difuso de constitucionalidade em lides individuais: “*Tratándose de infracciones a la Constitución por parte de leyes y demás normas, estamos sin lugar a dudas frente a un típico caso de violación constitucional, que amerita la existencia de un proceso constitucional. No obstante, podría no ser lo en el caso del llamado ‘control difuso’, que no constituye un proceso, sino una técnica de inaplicación como consecuencia de una violación a la jerarquía norma tiva y que realiza un juez debidamente investido con facultad jurisdiccional, en cualquier tipo de proceso*”. BELAUNDE, Domingo Garcia. Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2008. Pp. 345-369. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039015>>. Acesso em 22.maio.2023.

26 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 516.

27 As modalidades de controle constitucional difuso ou incidental são herança do *judicial review* estadunidense – construído sobretudo a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos. No caso, estabeleceu-se a prerrogativa ao Judiciário à revisão material dos atos normativos promulgados pelo Legislativo (muito embora este seja apenas um dos pilares do modelo híbrido adotado pela Carta Magna de 1988 – sobre a relevância do *judicial review* e a indelével incorporação de seus elementos no controle abstrato. Cf. ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133>. Acesso em 24.maio.2023).

nicativa pode se manifestar de forma ampla e aberta²⁸. Em tais termos, a possibilidade de questionamento judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos significa acima de tudo dar voz ao cidadão para discutir as questões fundamentais da sociedade e da política, de cujo debate foi tolhido pelas vicissitudes e falibilidades da ficcional democracia representativa.

3.2. AÇÃO POPULAR

A ação popular, remédio jurisdicional trazido pelo LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, é um mecanismo judicial de ampla legitimação ativa e definida finalidade: “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Sua expressa gratuidade tem por escopo facilitar sua propositura, viabilizando o controle popular (e jurisdicional) sobre os atos administrativos e valores não exclusivamente individuais, mas da coletividade.

O escopo de tal ação é perceptivelmente conferir ao cidadão uma via de pleitear a preservação de direitos meta-individuais, atinentes a esferas essencialmente políticas – a gestão do patrimônio público e o resguardo do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural da sociedade. Destaca-se a feliz expressão utilizada pelo legislador constitucional: o amplo (e pleno de conteúdo²⁹) conceito de “moralidade administrativa”, que pode se referir a uma gama imensa de sentidos, conquanto todos eles apontando para a lúdima condução da atuação política por parte dos agentes públicos. Sua amplitude e importância democrática são evidentes:

28 A noção de racionalidade comunicativa pode ser encontrada no pensamento de Habermas, com indissociável referência à formação das sociedades através da democracia deliberativa. As implicações de tal conceito, apesar de úteis ao presente trabalho, lhe são meramente tangenciais.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89.

De fato, a ação popular pode ser considerada o primeiro instrumento de tutela de direitos meta-individuais no Brasil, qualificada como canal de participação social na administração da coisa pública. De origem romana, sempre teve a vocação de defender bens, valores ou interesses não exclusivamente individuais, mas coletivos ou sociais. Para tal intento, historicamente considerou-se o cidadão como legitimado a provocar o Estado, numa tarefa verdadeiramente altruística, admitindo-se exceção ao princípio *nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur*.³⁰

A mencionada *excepcionalidade* da legitimação individual para sua propositura, em realidade, oculta um elemento intrínseco ao próprio conceito da ação popular: seu cerne reside justamente na conclamação do cidadão para a participação direta na administração pública. Sua estrutura orbita em torno da voz pública conferida ao cidadão, que a exercerá em lide judicial pautada pela dialética processual – e, acima de tudo, demandará a tutela jurisdicional (obrigando, logo, o Estado a avaliar a atuação de seus agentes a partir das demandas levantadas diretamente pelo cidadão). Tal fato advém de sua regulamentação mesma, pela Lei 4.717/1965, a qual lhe conferiu um caráter essencialmente processualístico e um rito definido. É, portanto, um instrumento processual da democracia participativa, como salienta José Afonso da Silva:

Estará, pois, o autor popular em juízo por direito próprio e na defesa de direito próprio, qual seja esse de participação na vida pública do país. [...] Esse direito substancial entra na categoria dos direitos políticos e democráticos, e encontra-se reconhecido no princípio de que todo poder emana do povo. [...] Diretamente, é certo que o interesse defendido não é o do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade.³¹

30 VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 166.

31 SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. São Paulo: RT, 2007 *apud* VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 167.

A utilidade precípua da ação popular é, portanto, reconduzir o cidadão ao debate público, e sob o crivo da ordem do processo. Trata-se de uma alternativa processual para a discussão de assuntos essencialmente políticos; um instrumento de participação política cuja existência se justifica no suprimento da insuficiência da democracia representativa³².

3.3. A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO PARTÍCIPE DO PROCESSO

O mesmo pode ser dito da admissão expressa da figura do *amicus curiae* pelo art. 138 do Código de Processo Civil – o qual consolida a instituição já consagrada pela Lei 9.868/1999, referentemente ao controle concentrado de constitucionalidade, mas que também a implementa em ações judiciais de escopo reduzido ou individual, e a justifica a partir “da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. A intervenção de terceiro que, à primeira vista, é estranho à lide automaticamente implica no fato de sua atuação é necessariamente mais restrita que a das partes processuais – mas, ao mesmo tempo, confere maior representatividade e dimensão ao debate instaurado por meio da demanda judicial.

Usualmente, a figura do *amicus curiae* restou consagrada em ações ou recursos que tramitam perante a Corte Constitucional. Significativa inovação foi trazida pela possibilidade processual de sua participação em lides de outras naturezas ou instâncias; e é preciso destacar, ainda, que o art. 138 do Código de Processo Civil admite expressamente a participação de *pessoa natural* em tal papel, segundo critérios de relevância social ou política da matéria discutida. Nesse sentido, sua institucionalização é mais um instrumento processual democrático a serviço do cidadão:

32 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 429/430.

Em uma sociedade plural como a nossa, tal medida permite que indivíduos e grupos sociais participem, efetivamente, das discussões que, não raras vezes, mudam o curso do país, permeando a efetivação das Políticas Públicas. Por isso a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil à sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio, levando-se em conta a magnitude dos efeitos da decisão nos setores diretamente afetados e para a sociedade como um todo.³³

Destaca-se, por fim, que assim como os exemplos citados anteriormente a intervenção do *amicus curiae* se dá diretamente no bojo de um processo judicial, conduzido perante magistrado e necessariamente vinculado à dialética processual e aos princípios que regem a jurisdicionalidade. Amplia-se a discussão processual e o debate público, para suprir a lacuna deixada pela democracia representativa e potencializar a participação e a pluralidade discursiva na esfera público-processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: DEMOCRACIA E PROCESSUALIDADE INTEGRAL

O Estado constitucional, então, na medida em que fundado sobre o pilar da democracia participativa, depende de mecanismos processuais que tragam o indivíduo novamente para o centro de questões políticas fundamentais, com forte conteúdo material e largas implicações sociais e políticas. Não seria exagero afirmar que o Estado constitucional é um Estado essencialmente *processualizante* – posto que permite aos cidadãos socorrerem-se do Poder Judiciário para a persecução de seus legítimos interesses jurídico-políticos, e ao mesmo tempo confere poder ao Judiciário para interpretar as estruturas legais e supraleais sistemicamente no sentido de adequar a aplicabilidade

33 SANTANA, Viviane Nobre. A participação do *amicus curiae* em decisões judiciais e sua consequente contribuição para efetivação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 9, n. 1. pp. 428- 448, 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4731>>. Acesso em 11. ago. 2022.

do texto constitucional às contingências sociais. A possibilidade de contraposição da lei *in concreto* com os princípios constitucionais no contexto de relações processuais formalizadas mediante um procedimento regulamentar e legal resulta na possibilidade de apresentação de razões individuais pelas quais determinada lei é útil, adequada, justa ou conforme à Constituição – uma discussão que não é faticamente possível nos procedimentos regulares de representação política.

E seria equivocado falar apenas de um protagonismo do Judiciário neste processo de retomada da participação política efetiva dos indivíduos. O processo judicial, neste prisma de retomada da participação democrática, deve ser observado também a partir da ótica do puro e simples *acesso potencial ao processo* – ou seja, o processo observado pelo ponto de vista do cidadão que o busca e dele pode se valer, do advogado que o formaliza, do promotor de justiça que o acompanha. Trata-se de um processo observado “de baixo para cima”, como mecanismo disponível à vocalização dos interesses pessoais, como via de acesso possível à participação democrática ativa; e não unicamente pelo prisma do Estado judicial que surge em socorro do cidadão. Mormente quando se considera a estrutura do processo judicial brasileiro e o princípio da inércia jurisdicional: em tais circunstâncias, é preciso destacar a função dos órgãos que movimentam este mecanismo ligado à democracia participativa e ativa³⁴.

Na prática, as situações acima descritas ampliam a discussão processual para o âmbito político, e conferem voz ao cidadão para a manifestação legítima e concreta de seus interesses políticos. Mais do que a simples assecuração de direitos, tais possibilidades trazem para

34 Inescusável seria olvidar o papel da advocacia neste procedimento de consolidação da democracia participativa. O advogado que formula tecnicamente o pleito de declaração difusa de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em ações individuais carrega em sua atuação o múnus do exercício da democracia participativa. O mesmo ocorre com o advogado que subscreve a ação popular: é o veículo de concretização da moralidade administrativa invocada na lide. A contraface automática e elementar do consagrado direito fundamental de acesso ao Judiciário e do devido processo legal é justamente a possibilidade de re colocação adequada do debate público, o que somente ocorre mediante uma discussão judicial instaurada por meio da advocacia.

o âmbito das relações individuais concretas justamente a parcela do procedimento democrático que restou alijada do indivíduo pelas vicissitudes do modelo democrático representativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELAUNDE, Domingo Garcia. Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. 2008. pp. 345-369. Disponível em: <<https://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=42723039015>>. Acesso em 22.maio.2023.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**. Perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *In: Revista de Infor-*

mação Legislativa, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133>. Acesso em 24 maio 2023.

KEANE, John. **Vida e morte da democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTANA, Viviane Nobre. A participação do *amicus curiae* em decisões judiciais e sua consequente contribuição para efetivação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 9. n. 1. pp.

428- 448, 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4731>>. Acesso em 11.ago.2022.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**. São Paulo: RT, 2007 *apud* VENTURI, 2007.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TELLES JUNIOR, Gofredo. A democracia participativa. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 100. jan.2005.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPÍTULO 7

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ESTADO BRASILEIRO

Gizele Godinho dos Santos¹

¹ Doutoranda em Direito pela Unisinos; Mestre em Direito IMED; Especialista em Direito Civil e Processo Civil UPF; Especialista em Direito da Seguridade Social UCAM/RJ; Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A democracia é o regime de governo adotado no Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988¹. É uma democracia semidireta ou mista, pois há situações em que o governo é exercido diretamente pelo povo (democracia direta), nos casos, por exemplo, de plebiscito, referendo e iniciativa popular, conforme preceitua o artigo 14, incisos I, II e III, da Magna Carta.

Após a promulgação do texto constitucional pouco foi observado no quesito democracia direta ou democracia participativa, isso porque esse mecanismo foi utilizado em extrema eventualidade, bastando analisar a quantidade de vezes que ela foi empregada nestes mais de 34 anos.

O que se percebe, na maioria das vezes, é o governo sendo exercido exclusivamente pelos representantes do povo (democracia indireta). Isso retira, de certa forma, o poder que o povo tem sobre a governabilidade porque os representados são os principais destinatários das suas decisões, tornando-se inverídica a afirmação que todo o poder emana do povo, conforme preceitua o artigo primeiro da Constituição Federal.

É evidente que a democracia existente hoje é totalmente diferente daquela realizada na Grécia Antiga em que os cidadãos participavam ativamente nas decisões, ou seja, da governabilidade. Naquela época, os problemas eram outros, o número populacional era menor. Isso facilitava a governabilidade.

1 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

Hoje, porém, é inviável a realização de uma democracia direta, quase que diariamente, pois “é uma hipótese pueril”². Seria economicamente irrealizável eleições diárias, primeiramente em razão do número de eleitores brasileiros: é veemente exorbitante. Além disso, os problemas a serem resolvidos inviabilizaria a participação direta dos cidadãos.

É verdade, também, que o povo, como um todo, pouco se sente representado pelos representantes eleitos, tanto isso é verdade que em uma “pesquisa de opinião pública, 94% dos entrevistados afirmaram que não se sentem representados pelos políticos no poder; e 84% reconheceram que os políticos em que já votaram não os representam”³. Para saber o porquê desta falta de representatividade é necessário pesquisar quem os colocou no poder e o porquê os colocou.

Os representantes eleitos sempre dizem que tomam as suas decisões em nome do povo, além disso, a própria Constituição Federal de 1988, em vários de seus artigos, traz o elemento povo.

Mas, quem é, realmente, o povo? O doutrinador alemão Friedrich Müller traz, justamente, essa indagação em seu livro: “Quem é o povo: a questão fundamental da democracia”⁴. Segundo o doutrinador o povo é classificado em pelo menos quatro tipos: iniciando pelo povo ativo, povo como instância global de atribuição de legitimidade; povo ícone e, por fim, povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado.

Assim, este trabalho tem por objetivo principal analisar as diversas formas de democracia participativa, exceto aquelas constantes no texto constitucional. E, como objetivos específicos: classificar o povo nos parâmetros trazidos pelo doutrinador Friedrich Müller; avaliar a

2 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 48.

3 COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 235.

4 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

democracia representativa (indireta) e, por fim, estudar as formas de democracia mais participativa nos dias de hoje.

Uma das formas, de democracia participativa, que será estudado no decorrer da presente pesquisa é através das tecnologias, ou seja, a internet como mecanismo fundamental para a participação do cidadão nas decisões para o bem comum. Outro grande mecanismo de participação do cidadão é por meio de grupos de pressão sobre o governo, ou seja, por meio de instituições que juntas formam a vez e a voz de suas respectivas categorias. E, talvez, o mais utilizado é o Poder Judiciário em que o cidadão, não verificando a garantia de seus direitos, recorre a ele, justamente, para resguardar os seus direitos.

Por fim, será utilizado o método de abordagem dialético, pois será possível realizar a pesquisa com doutrinadores, bem como, a utilização de meios eletrônicos, para uma pesquisa mais crítica. Ao passo que, o método de pesquisa a ser utilizado será o bibliográfico, o qual tem a finalidade de análise em diversos meios, como livros, revistas, bem como, em sites.

2. O POVO

Antes de entrar no tema propriamente dito é extremamente necessário fazer alguns apontamentos, os quais são de fundamental importância para a efetiva classificação do povo. O Brasil, conforme dados coletados em fevereiro de 2023, através do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), possui uma população estimada em mais de 215.000.000 (duzentos e quinze milhões) de habitantes⁵. Inicialmente, pode-se afirmar que essas pessoas seriam o povo brasileiro. Ou seja, pessoas que possuem algum tipo de vínculo

5 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em 02 fev. 2023.

jurídico com o Estado brasileiro⁶. Somente existe povo quando há um vínculo jurídico “a partir do qual se produz o elemento subjetivo da instituição estatal. Logo, povo brasileiro é o conjunto formado pelos brasileiros natos e naturalizados, posto que estes são os reconhecidos como tais pela ordem jurídica nacional”⁷.

Ocorre que deste total, apenas 156.453.354 (cento e cinquenta e seis milhões, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e cinquenta e quatro) são eleitores, os quais estariam aptos a votar, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁸ em 2022. São pessoas detentoras de plenos direitos políticos, concedidos, tão somente ao cidadão, o direito e a prerrogativa de exercer o poder do voto, conforme disciplina o art. 14 § 1º da Constituição Federal de 1988, para a participação ativamente da organização do Estado⁹. Os eleitores, equivalem, portanto, a quase 73% (setenta e três por cento) da população estimada pelo IBGE.

O total dos votos válidos¹⁰, obtidos no último pleito, foram de 118.229.719 (cento e dezoito milhões, duzentos e vinte e nove mil, setecentos e dezenove). Deste total o candidato Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores – PT, obteve 57.259.504 (cinquenta e sete milhões, duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos e quatro) votos, o equivalente a 48,43% dos votos. Enquanto o candidato Jair Messias Bolsonaro, do Partido Liberal - PL, obteve 51.072.345 (cinquenta e um milhões, setenta e dois mil, trezentos e quarenta e cinco) votos, o equivalente a 43,20% dos votos¹¹. Uma diferença de

6 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 48-49.

7 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 172.

8 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Brasil tem mais de 156 milhões de eleitoras e eleitores aptos a votar em 2022**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/brasil-tem-mais-de-156-milhoes-de-eleitoras-e-eleitores-aptos-a-votar-em-2022-601043>. Acesso em 17 jan. 2023.

9 CHALITA, Savio. **Manual completo de direito eleitoral**. Indaiatuba: Foco jurídico, 2014. p. 41.

10 Retirando os votos brancos e nulos.

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Comparecimento e votação**. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/home-comparecimento-votacao?session=111967947582017>. Acesso em 17 jan. 2022.

apenas 6.187.159 (seis milhões, cento e oitenta e sete mil, cento e cinquenta e nove) votos, o que equivale a 5,23%.

Existe uma grande diferença entre os mais de duzentos e quinze milhões de habitantes e aqueles que votaram para a vitória de Lula (PT), no último pleito eleitoral (esta diferença corresponde a pouco mais de 26%). Neste sentido é viável perguntar se esse governo eleito é legítimo, tendo em vista os mais de duzentos milhões de brasileiros¹²?

É evidente que o atual governo foi eleito com base nas regras eleitorais. Quanto a isso não há o que se questionar. É verdade que essa situação não ocorre somente no Brasil: isso ocorre em países que se dizem democráticos, visto que o número de eleitores é, sempre, menor que o número de habitantes. Da mesma forma, é o número de votos, que o candidato vencedor obteve, é sempre menor que o número de eleitores e, conseqüentemente, menor que o número de habitantes. Pode-se afirmar, dadas essas circunstâncias, que o regime político é efetivamente democrático? Como este regime político tem legitimidade frente a população, ou seja, legitimidade perante o povo? Esses questionamentos são trazidos por Friedrich Müller¹³.

Durante o processo eleitoral e até mesmo posteriormente a este evento muitos representantes (caso forem eleitos, obviamente), se dizem verdadeiros representantes do povo, porém, a prática vivenciada pelos representados evidencia um processo totalmente inverso, visto que há a necessidade de transparecer, pelo próprio texto constitucional, que quem estaria, efetivamente, governando seria o povo, trazendo a ideia de legitimidade¹⁴.

12 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 97. O referido autor traz como exemplo os Estados Unidos, porém, na presente pesquisa optou-se por exemplificar o Estado brasileiro.

13 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 107-115.

14 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 98.

Tanto isso é verdade que a Constituição Federal de 1988, muito fala em povo, mas em nenhum momento ela o conceitua: 09 (nove) são as passagens no texto mandamental, incluindo o Preâmbulo, em que é descrito o respectivo termo¹⁵, porém em nenhum deles a Magna Carta esclarece o seu real significado, estando mais para um caráter simbólico, do que real¹⁶. A partir deste viés, Friedrich Müller analisa em sua obra: “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”, a classificação dos tipos de povo.

Müller classifica em quatro tipos o povo: a primeira é o povo ativo; a segunda é o povo como instância global de atribuição de legitimidade; a penúltima classificação é o povo ícone e, por fim, povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado.

O povo ativo é considerado aquele em que detém o poder de voto, ou seja, são aquelas pessoas em que a constituição de uma determinada nação legitima a sua titularidade para votação¹⁷. No caso brasileiro, são todas aquelas estipuladas no artigo 14, § 1, I da Constituição Federal de 1988. O povo ativo, é, portanto, aquele que é o titular de direitos políticos e que automaticamente possibilitam o governo do povo¹⁸.

15 1. Nós, representantes do POVO brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, [...], promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 2. Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do POVO, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. 3. Art. 4º [...] III - autodeterminação dos POVOS; [...] IX - cooperação entre os POVOS para o progresso da humanidade; [...] Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos POVOS da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. 4. Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do POVO, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. 5. Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do POVO brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. 6. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do POVO e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 7. Art. 242. [...] § 1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do POVO brasileiro. (Grifo nosso).

16 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 37.

17 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 56.

18 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13, p. 158. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

No dia da escolha dos futuros governantes existe, somente, a figura do povo ativo e mais ninguém. Passado este evento, todas aquelas pessoas que residem naquele território (eleitores ou não) serão de alguma forma influenciadas pelos representantes escolhidos tão somente pelo povo ativo. Este, portanto, seria o povo como instância global de atribuição de legitimidade¹⁹.

A terceira classificação de povo trazida por Müller, talvez, seja a que mais traz relações com a comunidade brasileira, isso porque é aquele em que não existe relação jurídica entre o representante e o representado. É aquele tipo de povo que é invocado, mas que em nenhum momento é visualizado, pois a sua legitimidade não é apresentada perante o sistema. A imagem deste povo é verbalizada pelos representantes, mas as decisões não se encaixam ao povo. A palavra povo é utilizada, nesta modalidade, em vão - com o intuito de falsa legitimidade²⁰, pois o “ícone é intocável”²¹. Existe por parte do representante uma espécie de manipulação ideológica²².

O povo ideal, na visão de Müller, é o povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, pois para o doutrinador seriam todas as pessoas que possuem, de alguma forma, vínculo jurídico com o Estado. Para esta modalidade, pouco importaria a questão de possuir, ou não, direitos políticos. O que importa é a condição de que todo o povo possui direitos humanos²³.

O que Müller pretende demonstrar com o povo destinatário das prestações civilizatórias do Estado é a inclusão de todas as pessoas

19 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 60.

20 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13, p. 158. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

21 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 75.

22 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 65-73.

23 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 75-77.

que residem naquele território, pouco importando se elas possuem direitos políticos ou não. O ponto central é que todos, absolutamente todos, são detentores de direitos humanos²⁴. Somente assim, aquela nação seria, efetivamente, legítima.

As constituições que se dizem modernas e, conseqüentemente, democráticas enfatizam o povo como pilar do Estado Democrático de Direito e isso tem por objetivo a busca da legitimação. Ou seja, o conceito de povo, portanto, consta na Lei Mandamental com finalidade de legitimar o seu governo. Logo, quanto mais legítimo for aquele governo mais democrático ele será. E, como resultado, a positividade democrática²⁵.

O doutrinador alemão enfatiza, também, que o regime da democracia exige (para funcionar bem) um vínculo do aspecto jurídico e o aspecto econômico, já que a própria democracia é uma política de igualdades universais. Ou seja, o objetivo é a luta pela igualdade de todos, já que a verdadeira legitimidade do regime político da democracia é encontrada, tão somente, junto ao povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado. Quanto mais legitimidade tem aquele povo, maior será a sua legitimidade democrática, pois todos eles são destinatários das prestações do Estado, visto que vivem dentro daquele determinado território²⁶.

No momento em que todos os representantes tivessem essa visão, a sociedade caminharia para uma democracia mais participativa e, conseqüentemente, o povo se aproximaria mais da vida política, levando consigo a verdadeira legitimidade democrática para todas as pessoas²⁷. Todavia, é importante esclarecer que esse processo não é

24 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 75-76.

25 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 115.

26 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 91-105.

27 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 107-115.

“da noite para o dia”. É um processo que leva tempo, devendo ocorrer de forma natural, quando os direitos daquele povo começarem a ser, efetivamente, garantidos pelo Estado²⁸.

É verdade, também, que quanto maior for a exclusão daquele povo, menos legítimo ele será. Ora, é verdade que os representantes do povo pedem o seu apoio, no entanto, o governo não garante, ou garante os mínimos direitos: há uma verdadeira manipulação por parte daqueles que se dizem representantes. Conseqüentemente, isso se tona um círculo vicioso porque deslegitima o governo e torna o cidadão desinteressado pela política, o que implica em uma queda da legitimidade democrática²⁹.

Constata-se, então, que a palavra povo está presente na definição de governo e é frequentemente utilizada esta expressão para dar sustentação à legitimidade do governante. Porém, a expressão povo nem sempre se concretiza, pois como coloca Müller ela pode ser entendida em quatro formas diferentes, sendo que uma é em sentido abstrato “povo ícone”, simplesmente para atribuir uma legitimidade que em muitos casos não existe. Agora, a partir do entendimento de quem é o povo, nos próximos tópicos será analisada a democracia desde o seu surgimento até os dias de hoje.

3. DEMOCRACIA

Em termos iniciais, a sua origem deriva da Grécia Antiga, mais especificamente no século V a.C.³⁰. Ela deriva da palavra *demokratia*, em que tem “*demo*” significa povo e “*kracia*” possui o sentido de governo, ou seja, democracia é o governo do povo. Porém, a ideia de

28 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 42.

29 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 91-105.

30 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 17.

democracia, na antiguidade, difere da ideia de democracia contemporânea, pois na Grécia antiga todas as pessoas eram chamadas a participar da administração da coisa pública, visto que, naquela época o número populacional era bem inferior do que o atual e, também, não havia tantos problemas que existem atualmente³¹.

De fato, neste regime político a autoridade é originada pelo povo, o poder é exercido pelo povo e em prol do povo³². Paulo Bonavides, inclusive, destaca que a democracia é forma pela qual o povo é o titular e o objeto decidindo, de forma direta ou indireta, as questões de governo³³. É um sistema político que tem por finalidade o bem comum do povo.

A realização de uma verdadeira democracia depende de meios do governo do povo e pelo povo. Nunca existirá uma boa democracia sem boas instituições, mas estas instituições dependem de vários fatores para o seu bom funcionamento, os quais vão desde plano histórico ao antropológico, do plano cultural ao ideológico e, por fim, do plano econômico ao social. Uma boa instituição, também, necessita de pessoas, de um lado, e de seus atos praticados, de outro. É verdade que o protagonista dos acontecimentos bons e ruins que ocorrem no planeta são em decorrência do ser humano. O seu agir está atrelado por vários fatores que vão desde o geográfico, religioso, político, econômico, jurídico, entre outros³⁴.

Ter boas instituições pressupõe uma democracia consolidada. Não basta, no entanto, um governo ser democrático se aquele povo não se sente amparado pelo poder público. O grande desafio está na construção de instituições sólidas que garantam o bem-estar daquela

31 GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 46.

32 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 17.

33 BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 13.

34 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil**. Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-37.

nação³⁵. O sinônimo de instituição é organização. É por meio da organização que as verdadeiras instituições operam. Essa organização é compreendida pelo pilar: corpo político, corpo econômico e, por fim, o corpo social³⁶. Através deste pilar tem-se uma verdadeira democracia desde que ele atue de forma organizada, com o objetivo principal de compromisso para com o povo.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal disciplina que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, ou seja, em uma primeira análise pressupõe-se que a forma de democracia estabelecida no Brasil é a mista ou a semidireta, que nada mais é do que a combinação da direta e da indireta.

4. DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À PARTICIPATIVA

É correto afirmar que a democracia brasileira é jovem? A resposta para esta afirmação é negativa. A democracia no Brasil não é jovem. O fato é que a democracia inicia ainda no Brasil Colônia. A fundação da Vila de São Vicente inaugurou as primeiras eleições da história. A comunidade realizou eleições periódicas durante 21 anos. Os representantes do povo eram modificados anualmente. Os vereadores da época criavam, aplicavam e julgavam as leis. Era o nascimento dos Três Poderes no Brasil. É verdade que o Brasil realiza eleições regulares desde 1.532, dia da fundação da vila de São Vicente e que elas são registradas há mais de 500 anos³⁷.

Portanto, a nossa democracia não é jovem, pois o funcionamento do parlamento brasileiro funciona há a mais tempo que o

35 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil. Revista dos Tribunais, 2017. p. 34.

36 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil. Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

37 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil. Revista dos Tribunais, 2017. p. 109-111.

próprio parlamento francês. É fato, também, que nas Américas o Brasil foi o país que mais realizou eleições, exceto nos Estados Unidos. Além disso, entre todos os países ocidentais o Brasil perdeu, apenas, para a Inglaterra e nos Estados Unidos, em termos de eleições. Há registros de que no Brasil Colonial a cidade de São Paulo registrou mais de 1.467 mandatos cumpridos³⁸.

Observa-se, portanto, que a democracia representativa vem desde o Brasil Colônia. Hoje, porém, com o texto constitucional tem-se a possibilidade de uma democracia direta e indireta (mista ou semidireta), nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1º da Magna Carta. Um Estado representativo é um Estado em que os debates e as decisões políticas são tomados, exclusivamente, pelos representantes eleitos, ou seja, pessoas que foram escolhidas diretamente pelo povo. É evidente, que nos tempos modernos é impraticável a democracia direta, ou seja, aquela em que todos os cidadãos decidem a administração da coisa pública.

É impraticável a democracia direta devido primeiramente ao imenso território, ao número da população e, também, em razão da complexidade dos problemas a serem resolvidos. Analisando, por este viés, a democracia indireta, parecer ser a melhor, pois em vez de todos os cidadãos votarem em uma assembleia é escolhido representantes por meio de uma eleição e estes, por sua vez, falarão em nome daqueles que o escolheram³⁹. Os cidadãos, então, por meio do voto escolhem os seus representantes – esses representantes são escolhidos em razão de afinidade de conceitos ou pré-conceitos, ou seja, em virtude de interesses semelhantes⁴⁰. É, na verdade, uma procuração assinada em branco, uma vez que, não se sabe o resultado daquela representação.

38 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil. Revista dos Tribunais, 2017. p. 109-112.

39 QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2014. p. 95.

40 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 103/104.

Em outras palavras, não se sabe se aquele representante irá fazer de acordo com as vontades do representado.

A democracia em que se convive, atualmente, provém dos ideários da Revolução Francesa. Isso porque, quando os poderes do rei foram rejeitados, a burguesia (nova classe dominante) necessitou buscar a sua legitimidade e conseguiu. Mas, somente conseguiu através do povo, visto que este detinha credibilidade e influência perante a sociedade. Portanto, não é em vão que a Revolução Francesa fez surgir o povo ícone⁴¹ – modalidade de povo trazida por Friedrich Müller. Neste sentido, surgiu, então, a ideia de representação que se conhece.

Inicialmente, a ideia parece ter sido um sucesso, mas a cisão dos aspectos econômico e político representada pela livre dominação de mercado e, também, pela mínima participação dos indivíduos levou o sistema a um desastre. Isso fez com que o Estado assumisse outras atividades revivendo, novamente, a cisão antes existente entre o político e o econômico⁴².

O Estado, a partir de então, se torna intervencionista adquirindo, inclusive, meios para a sua reestruturação que, naquele momento, se encontrava em crise. Era a possibilidade da criação de uma função social: ou seja, é a partir deste momento que nasce a ideia de função social e, conseqüentemente, a inclusão do indivíduo na questão dos poderes políticos⁴³. E, é exatamente a partir deste período que a democracia passa a ganhar suas características próprias⁴⁴.

41 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13. p. 161. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

42 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13. p. 162. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

43 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13. p. 162. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

44 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 157.

Observa-se que o período posterior ao Estado Social deveria haver uma maior inclusão do cidadão, no entanto, ocorreu exatamente o contrário. O que houve foi o aumento do povo ativo, e com o mínimo de sentimento de representatividade. Observa-se, então, que a democracia representativa teve a chance para demonstrar as suas qualidades, mas atualmente está em queda devido a sua ilegitimidade, pois poucos são os indivíduos que se sentem, verdadeiramente, representados por ela⁴⁵.

A democracia representativa deveria ser caracterizada pela representação política, ou seja, o representante quando é chamado para perseguir os interesses daquele Estado. Ela não poderia estar sujeita a um mandato vinculado, pois uma vez eleito torna-se o representante da nação e não dos seus eleitores. Além do mais, quem representa interesses particulares são, sempre, vinculados por um mandato imperativo. E esses mandatos certamente não são encontrados junto a sindicatos, em que depende da estipulação de acordos os quais têm grande valor político⁴⁶. É difícil, portanto, encontrá-los um local, pois o objetivo, geralmente, sempre será os interesses particulares e não os interesses do bem comum, do bem coletivo. O único receio certamente é a infidelidade partidária⁴⁷.

A democracia representativa se apresenta como uma espécie de ficção em razão de que ela a foi criada apenas para “legitimar as atitudes de um parlamento corrupto e servil do Executivo”⁴⁸, pois está cada vez mais divorciada da vontade e dos anseios da população, ou seja, na verdade a democracia representativa, como se encontra

45 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13. p. 162. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

46 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 44-45

47 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 46.

48 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13. p. 164. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 17 jan. 2023.

implica em uma ruptura entre o Estado e o próprio indivíduo, entre o representante e o cidadão, entre governantes e governados⁴⁹. Uma ruptura entre todos os envolvidos e, quem sai perdendo é o próprio povo, a parte mais frágil no processo. A atual democracia em que se convive exige a renúncia ao princípio da liberdade como autonomia⁵⁰

O Brasil adota o regime político da democracia. Essa democracia pode ser a representativa (indireta) que é aquela em que o cidadão escolhe, diretamente, por meio do voto o seu representante. Já, a democracia participativa (direta) é aquela em que o povo, de forma direta, administra a coisa pública, sem o envolvimento de terceiros (representantes).

As formas de uma democracia direta ou participativa são aqueles disciplinadas no artigo 14, incisos I, II e III, quais sejam: plebiscito, referendo e, por fim, a iniciativa popular. O plebiscito é a convocação do eleitorado para uma consulta prévia à edição de “ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”, nos termos do artigo 2º, § 1º da Lei n.º 9.709/98⁵¹. O referendo, por sua vez, é uma consulta posterior à edição do “ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”, conforme artigo 2º, § 2º da Lei n.º 9.709/98⁵². Já, a iniciativa popular é o poder atribuído ao eleitorado para que este possa apresentar projetos de lei junto à Câmara dos Deputados, o qual poderá, futuramente, culminar em uma lei, nos termos do artigo 13 da Lei n.º 9.709/98⁵³.

49 BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 25.

50 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 47/48.

51 BRASIL. **Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm#:~:text=1o%20A%20soberania%20popular,III%20%E2%80%93%20iniciativa%20popular. Acesso em: 20 jan. 2023.

52 BRASIL. **Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm#:~:text=1o%20A%20soberania%20popular,III%20%E2%80%93%20iniciativa%20popular. Acesso em: 20 jan. 2023.

53 Ibid.

Ocorre que passados mais de 34 anos da Constituição Cidadã poucas às vezes em que os mecanismos da democracia direta foram, efetivamente, utilizados. Em 1993, o instituto do plebiscito foi utilizado para a escolha do sistema de governo, pois após a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, ainda, não existia um sistema de governo definido. Somente cinco anos após a sua promulgação a população brasileira escolheu o seu sistema de governo⁵⁴, prevalecendo o plebiscito em relação ao parlamentarismo⁵⁵, com uma diferença de quase 56% (cinquenta e seis por cento) nos votos. Nesse mesmo plebiscito o Brasil escolheu a República como forma de governo. É certo, também, que em alguns estados da unidade da federação utilizaram o mecanismo do plebiscito em 2018, 2016 e 2011⁵⁶, mas não em âmbito nacional, apenas local.

Já, o referendo foi utilizado uma única vez em 2005 com “referendo do desarmamento”, em que se determinou a proibição e a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003)⁵⁷.

Por fim, quanto a Iniciativa Popular, apenas quatro projetos de lei foram devidamente aprovados⁵⁸: 1) a inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos, através da Lei n.º 8.930/94⁵⁹;

54 BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Plebiscito sobre forma e sistema de governo completa 20 anos. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Abril/plebiscito-sobre-forma-e-sistema-de-governo-completa-20-anos>. Acesso em: 20 jan. 2023.

55 BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Plebiscito. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/plebiscito>. Acesso em: 20 jan. 2023.

56 Brasil. **Tribunal Superior Eleitoral**. <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 20 jan. 2023.

57 BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Referendo de 2005. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>.

58 CALGARO, Fernanda. Em quase 30 anos, Congresso aprovou 4 projetos de iniciativa popular. **Portal G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/em-quase-30-anos-congresso-aprovou-4-projetos-de-iniciativa-popular.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2023.

59 BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%202006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 20 jan. 2023.

2) o combate à compra de votos, por meio da Lei 9.840/99⁶⁰; 3) moradia popular, por meio da Lei n.º 11.124/2005⁶¹ e 4) a Lei da Ficha Limpa, através da Lei complementar n.º 135/2010⁶².

A democracia como se encontra atualmente está se transformando em um regime autocrático⁶³. Se há democracia em um determinado território todo poder deve estar concentrado no povo. Mas, se existe dificuldade em exercer a democracia participativa, ou seja, a direta, os representantes eleitos devem, necessariamente, ser juridicamente responsáveis na tomada de suas decisões para com o povo⁶⁴.

É verdade, que uma nação que se diz democrática, somente, é legítima quando assegura a participação de todos os envolvidos nas decisões políticas. A base de uma democracia é o próprio povo, ou seja, esse povo deve, necessariamente, deixar de ser o ator coadjuvante e passar a integrar como ator principal. Democracia pressupõe participação de todos os envolvidos⁶⁵. Deixar de ser o povo ícone e passar a ser o povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado. Para reforçar essa afirmação Paulo Bonavides, inclusive, ensina que “não há democracia sem participação”⁶⁶. É verdade, também, que sem participação não há democracia: não existe o regime político.

60 BRASIL. **Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999**. Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19840.htm#:~:text=LEI%20No%209.840%2C%20DE,Art. Acesso em: 20 jan. 2023.

61 BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

62 BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

63 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 40.

64 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 275.

65 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, n.º 13. p. 160. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 20 jan. 2023.

66 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51.

Isso, porém, não quer dizer que o povo deve estar presente todas as horas, em todas as ocasiões⁶⁷. O que se pretende é uma democracia de um governo efetivamente verdadeiro e para que isso ocorra há a necessidade da diminuição dos mecanismos de representação e o fortalecimento da participação do povo como um todo.

Isso, porém, não quer dizer o fim da democracia representativa: até porque é inviável, atualmente, a reunião de todos para todo e qualquer problema. A democracia representativa deve ser utilizada apenas no que for, essencialmente, necessário para, justamente, não obstruir a máquina do poder e do governo.

O indivíduo deve estar engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para a sociedade, pois ele é o verdadeiro protagonista daquele território, daquela comunidade. Conseqüentemente, ele sabendo o que é melhor para si, será melhor, também, para todos. Aliás, é verdade que somente é transferido a legitimidade quando não existir a capacidade de concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária⁶⁸.

Quais, então, seriam as formas para garantir uma democracia mais participativa, sem obviamente, contrariar o texto constitucional? Além daqueles previstos na Constituição Federal de 1988, através do plebiscito, referendo e a iniciativa popular, existem outras formas da participação ativa da sociedade brasileira. O que falta, talvez, é a informação em vários meios de comunicação ao indivíduo.

Nos dias atuais esses meios não são apenas pelo rádio e televisão, mas também através da internet, por meio das redes sociais,

67 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29.

68 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, n.º 13. p. 165. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 20 jan. 2023.

entre outros. Essa seria mais uma das formas de democracia direta para o fortalecimento da participação do povo como um todo⁶⁹.

As mídias sociais permitem – ao mesmo tempo – a criação e o compartilhamento de diversos conteúdos de forma instantânea para toda a população, seja ela nacional ou não. E, atualmente, elas são as formas mais rápidas e eficazes para a verificação de notícias e acontecimentos, justamente por “estender de uma ponta a outra do mundo as possibilidades [...] de transmissão do saber, de trocas de conhecimentos, de descoberta pacífica das diferenças”⁷⁰. Sendo, portanto, um apropriado meio de socialização entre a população mundial, com um custo ínfimo. Isso, demonstra que a participação, por meio da internet, une as pessoas suprindo os monopólios de difusão⁷¹.

A internet, portanto, pode ser aliada à democracia visto que ela promove acesso em grande escala, com um custo mínimo e, além disso, ela desobstrui barreiras institucionais e geográficas. Talvez, por meio da internet poderia o cidadão brasileiro se tornar o verdadeiro povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, conforme Friedrich Müller trouxe em sua obra. O próprio processo político poderia se tornar cada vez mais transparente preparando o cidadão para o diálogo político na condução de uma democracia mais eficaz⁷².

Para tornar em prática esse mecanismo, em 2009 a Câmara dos Deputados criou o portal “E-democracia”, exatamente, para a discussão de projetos de lei. O principal objetivo do portal é a utilização das ferramentas disponíveis para incentivar a participação ativa da sociedade nos debates de assuntos consideráveis para a nação. Ainda, por meio da plataforma, foram discutidos com a sociedade os projetos

69 BONAVIDES, Paulo. **Os poderes desarmados**: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

70 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 42, 1999. p. 14.

71 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 42, 1999. p. 111.

72 LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 123-124.

sobre a política de mudança do clima e sobre o Estatuto da Juventude. Desde a sua criação houve um número significativo de participação por parte da sociedade e isso levou a criação de novas comunidades sobre diversos temas⁷³.

Além da tecnologia existe, também, a possibilidade de grupos de pressão sobre o governo através de reuniões de representantes de diversas categorias para o planejamento da política econômica do país. É através das mesas de entendimento, por iniciativa do próprio governo, que há a “tentativa de composição de interesses sociais conflitantes”⁷⁴. A legitimidade das decisões depende, basicamente, da adesão que é dada aos grupos sociais a que lhe são interessadas. Isso, ocorre, justamente, em razão da evolução do conceito de povo. Para Telles Júnior aquele conceito de povo uno e homogêneo vem evoluindo em razão de uma sociedade mais realista, através de grupos sociais diferenciados e, também, de diversas categorias profissionais. Ou seja, existe por parte destes grupos uma verdadeira pressão sobre os representantes escolhidos pelo povo⁷⁵. Através destes grupos de pressão há uma vontade organizada, ou seja, expressa a vontade dos governados por meio de órgãos legítimos de determinada categoria: “No caso, [...] de um projeto de lei sobre a carreira universitária, a expressão *vontade dos governados* significa, simplesmente, vontade dos grupos de governados aos quais a carreira universitária diz respeito”⁷⁶. A classificação destes grupos seria realizada por meio de categorias como, por exemplo, a categoria da indústria, das finanças, das pesquisas científicas, das letras, da saúde⁷⁷, e assim por diante.

Essas categorias seriam chamadas de “Instituições Representativas”, as quais seriam livremente regimentadas e custeadas através de

73 BRASIL. **E-democracia**. Uma plataforma inovadora de transparência e participação popular. Disponível em: <http://www.edemocracia.leg.br/>. Acesso em 25 jan. 2023.

74 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

75 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

76 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

77 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

seus próprios recursos não onerando, desta forma, os cofres públicos. Elas exerceriam uma espécie de comunidade de base, atribuindo-lhes uma verdadeira participação na sociedade. Para a apresentação dos projetos, essas instituições representativas nomeariam representantes das respectivas categorias, os quais atuariam como procuradores. Automaticamente, quando os trabalhos fossem findados, esses representantes seriam destituídos dos cargos⁷⁸.

É verdade que os partidos políticos, na maioria das vezes “não ficam em sintonia com as novas questões vigentes na sociedade”. Estaria aí a importância dos grupos de pressão, pois eles operariam de maneira mais eficaz e exclusiva. Podendo proporcionar, inclusive a participação mais ativa de seus integrantes. Portanto, a presença desses grupos já significa um elemento ineliminável dentro do processo político brasileiro⁷⁹.

Em 2001, foi criada a Comissão de Legislação Participativa (CLP). Ela tem por objetivo substituir a democracia do “faz de conta” pela Democracia Participativa e funciona por meio de qualquer entidade civil organizada, podendo ser por meio de: ONGs, sindicatos, associações, órgãos de classe. Essas entidades apresentam junto à Câmara dos Deputados as suas pretensões legislativas, as quais podem ser desde propostas de leis complementares e ordinárias até mesmo sugestões de emendas ao Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). É um portal de acesso para a produção das leis do país, ou seja, para chamar o cidadão a levar diretamente ao Parlamento demandas da vida cotidiana⁸⁰.

Infelizmente muitos cidadãos desconhecem esse mecanismo, o qual pode auxiliar no dia a dia das pessoas que desejam participar ativamente na realização de uma democracia forte e eficaz no país.

⁷⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto, et al. **Dicionário de política**. 11. ed. São Paulo: UNB, 1983. p. 570.

⁸⁰ BRASIL. **Comissão de legislação participativa**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/atribuicoes>. Acesso em 20 jan. 2023.

Poucas são as instituições cadastradas junto a CLP⁸¹. Instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselho Federal de Contabilidade (CRC), e instituições de ensino como um todo, não possuem qualquer cadastro.

Porém, esses grupos de pressão não são os verdadeiros protagonistas da vida política dentro de uma democracia. Não existe ali um povo como unidade. Existe ali um povo dividido em grupos que concordam e que discordam de determinada circunstância⁸² e isso é ruim para a democracia. E como já destacado anteriormente esses grupos, em sua maioria, discutem interesses particulares e não interesses difusos, coletivos. O que prejudica a vivência da democracia.

De fato, a democracia participativa não exige a eliminação da representativa. Pelo contrário: ela pede, tão somente, o reconhecimento da sua insuficiência com a institucionalização de corpos mais representativos e, conseqüentemente, mais próximos do cidadão⁸³.

Por fim, mas talvez, o mais importante e mais utilizado para uma democracia mais participativa é o Poder Judiciário, visto que é o mais “legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade”⁸⁴. O acesso à justiça representa vários eixos de produção e reprodução de relações sociais, além de garantir os mínimos direitos aos indivíduos⁸⁵. Além de que, entre os três poderes, é o que mais possui credibilidade, é o mais ético quando comparado ao Executivo e ao Legislativo⁸⁶.

81 BRASIL. **Duas décadas de atuação da comissão de legislação participativa: ideias para a democracia**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/duas-decadas-de-atuacao-da-comissao-de-legislacao-participativa-ideias-para-a-democracia>. Acesso em 20 jan. 2023.

82 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 18. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022. p. 42-43.

83 PASSOS, Jose Joaquim Calmon de. Democracia e participação. In: **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 93.

84 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, n.º 13. p. 165. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 20 jan. 2023.

85 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 504.

86 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, n.º 13. p. 165. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 20 jan. 2023.

É verdade que o Estado muito promete e pouco cumpre. Daí a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, ocorrendo, até mesmo, do próprio juiz fazer as vezes do sistema da administração pública por meio de sua decisão. Função essa que caberia tão somente ao chefe do Executivo. Maior exemplo destas atividades são as ações de medicamentos⁸⁷ em que o indivíduo necessita de remédios, mas que por inércia do Estado, acaba se socorrendo junto ao Poder Judiciário.

Porém, não é somente a ação de medicamentos que causa a lide entre o indivíduo e o Estado. Essa é a razão principal da intervenção do Judiciário para concretizar as ações não cumpridas seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Executivo⁸⁸.

A ação por parte do Poder Judiciário mostra como ele é eficaz na garantia dos direitos mínimos dos cidadãos. A sua presteza torna-se exemplo para os demais poderes que convivem em uma borbulha imprestável e adormecida.

Mas, onde estaria a legitimidade do poder judiciário, visto que o juiz não foi eleito pelo povo? A legitimidade democrática estaria, já que os juízes não são escolhidos por meio do sufrágio universal (voto), no irrestrito acesso à instituição, uma vez que é por meio do processo que o direito é criado, realmente, e não por meio da lei⁸⁹.

Diante das falhas que o Estado apresenta a única saída está no Poder Judiciário, pois o Estado não assegura mais o que prometeu. A justiça, portanto, é talvez o único caminho eficaz para a exigibilidade da democracia, pois ela oferece a todos os indivíduos meios para que os representantes cumpram a garantia dos direitos mínimos de

87 SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002. p. 22 a 25 e 43 a 50

88 RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, n.º 13, p. 165. Disponível em: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2009v13n0p155>. Acesso em 20 jan. 2023.

89 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

todos. Ela oferece “a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante”⁹⁰.

Além disso, o acesso ao Poder Judiciário exige apenas a lesão ou a simples ameaça a direito e isso cria para os indivíduos a possibilidade da concretização das promessas realizadas pelos representantes. Tais promessas seriam dificilmente concretizadas a depender dos demais poderes. Nesse diapasão o judiciário é um estimado mecanismo público a serviço dos cidadãos, com a finalidade de viabilizar a essência da democracia a qual está atrelada nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os grandes protagonistas da democracia brasileira sempre foram os representantes, pessoas escolhidas pelo povo. Os representantes após eleitos sempre ressaltam a ideia de que tomaram alguma decisão “em prol do povo”. Mas este povo é aquele manipulado, aquele que não tem vez e voz para decidir o seu próprio futuro. É, portanto, o povo ícone conforme a doutrina de Müller.

Totalmente diferente do povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, pois a verdadeira legitimidade do regime político da democracia é encontrada, justamente, neste tipo de povo. Quando houver a ideia deste povo, por parte dos representantes, a sociedade caminharia para uma democracia mais participativa e, conseqüentemente, o povo se aproximaria mais da vida política. Isso, no entanto, não é um processo que ocorre de hoje para amanhã. É um processo que leva um bom tempo.

⁹⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 49/50.

O regime político da democracia significa o governo do povo, ou seja, de início é o povo quem detém o poder de decidir sobre a governabilidade, sobre o futuro de seu país e não os seus representantes. Mas, em razão do número populacional e dos problemas diários a serem resolvidos, essa iniciativa se tornou inviável, insustentável. O que acarretou, justamente, na possibilidade de o povo eleger representantes, os quais teriam, em síntese, a mesma linha de pensamento, o que não é verdade.

É certo que a democracia vivenciada está atualmente separada dos anseios da sociedade. Há uma enorme ruptura entre o Estado e o próprio indivíduo. E o prejudicado é o elo mais fraco, o próprio povo, visto que após eleito o representante não luta pelo bem comum, pelos direitos de todos, mas apenas pelos seus próprios direitos e de suas respectivas categorias.

A Constituição Federal prevê algumas formas de participação por parte do povo como, por exemplo, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. No entanto, nestes mais de 34 anos de Constituição Cidadã, poucos foram os momentos em que se viu o povo, de fato, decidindo sobre a governabilidade da nação. É verdade, que uma nação que se diz democrática, somente, é legítima quando assegura a participação de todos os envolvidos nas decisões políticas.

A tecnologia é um mecanismo fundamental para o uso da democracia participativa. Através das redes sociais cada cidadão pode emitir o seu desejo e a sua vontade em decidir a governabilidade da nação. Isso geraria uma maior participação do cidadão e com um custo mínimo para os cofres públicos.

Os grupos sociais, também, seriam de uma fundamental importância se não houvesse ali o interesse de cada categoria, ou seja, os grupos sociais têm por fim defender os interesses específicos

daquele grupo - daquela categoria, e não os interesses de toda a coletividade, além daquele grupo específico.

O Poder Judiciário, porém, tem se tornado o mais eficaz entre as medidas de uma democracia mais participativa, isso porque basta existir a lesão ou a simples ameaça a direito, o que criaria para os indivíduos a possibilidade da concretização das promessas realizadas pelos representantes e não cumpridas.

Por fim, se o povo é o legítimo protagonista da democracia, deve ser dado a ele e tão somente a ele a possibilidade de decidir o futuro da nação, pois sem essa possibilidade não existe democracia. Sem a participação do povo o que existe é apenas uma democracia falsa, sem verdade, sem legitimidade.

REFERÊNCIA

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. São Paulo: Conceito, 2011.

BOBBIO, Norberto, et al. **Dicionário de política**. 11. ed. São Paulo: UNB, 1983.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 18 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Os poderes desarmados:** à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Comissão de legislação participativa.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/atribuicoes>. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Dois décadas de atuação da comissão de legislação participativa:** ideias para a democracia. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/duas-decadas-de-atuacao-da-comissao-de-legislacao-participativa-ideias-para-a-democracia>. acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. **E-democracia.** Uma plataforma inovadora de transparência e participação popular. Disponível em: <http://www.edemocracia.leg.br/>. Acesso em 25 jan. 2023.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administra-

tiva e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%202006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.** Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm#:~:text=1o%20A%20soberania%20popular,III%20%E2%80%93%20iniciativa%20popular. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei no 9.840, de 28 de setembro de 1999.** Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9840.htm#:~:text=LEI%20No%209.840%2C%20DE,Art. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Brasil tem mais de 156 milhões de eleitoras e eleitores aptos a votar em 2022.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/brasil-tem-mais-de-156-milhoes-de-eleitoras-e-eleitores-aptos-a-votar-em-2022-601043>. Acesso em 17 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Comparecimento e votação. Disponível em:** <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/home-comparecimento-votacao?session=111967947582017>. Acesso em 17 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscitos e referendos.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscito sobre forma e sistema de governo completa 20 anos.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Abril/plebiscito-sobre-forma-e-sistema-de-governo-completa-20-anos>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscito.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/plebiscito>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Referendo de 2005.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>.

CHALITA, Savio. **Manual completo de direito eleitoral.** Indaiatuba: Foco jurídico, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

CALGARO, Fernanda. **Em quase 30 anos, Congresso aprovou 4 projetos de iniciativa popular.** Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo>.

com/politica/noticia/em-quase-30-anos-congresso-aprovou-4-projetos-de-iniciativa-popular.ghml.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 42, 1999.

_____. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PASSOS, Jose Joaquim Calmon de. Democracia e participação. *In: Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2014.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diálogo e alternativas para o Brasil**. Revista dos Tribunais, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN Felipe André. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, n.º 13.

RIPERT, Georges. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

Darci Guimarães Ribeiro, Guilherme Christen Möller e Afonso Vinício Kirschner Fröhlich (Orgs.).

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPÍTULO 8

ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION) E O DIREITO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE AS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS ADVINDAS DA APLICAÇÃO DE SISTEMAS TECNOLÓGICOS DE ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)

Alana Gabriela Engelmann¹

¹ Mestranda em Direito Público, sob a linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), orientada pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Conselheira Subseccional de Sapiranga da OAB/RS. Presidente da Comissão Especial de Direito Processual Civil da Subseção de Sapiranga da OAB/RS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira “Élas no Processo” (ABEP). Advogada. E-mail: alanengelmann@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos hodiernos, houve a difusão de métodos alternativos de resolução de demandas. Principalmente nas demandas consumeristas, houve a ampliação da aplicação de métodos de ODRs (*Online Dispute Resolutions*) como uma ferramenta de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), através da adoção, pelas plataformas de *e-commerce*, de sistemas de resolução de conflitos.

Ainda, como uma alternativa para desafogar o Poder Judiciário, foi criada uma plataforma, pelo Procon, de ODR, com o objetivo de resolver, de forma alternativa, muitos conflitos que eram levados até o Poder Judiciário.

Diante do número astronômico de demandas em tramitação, o que gera um abarrotamento do Poder Judiciário, resta claro que métodos alternativos de resolução de demandas, como as ODRs, acabam ganhando força em virtude de sua celeridade na resolução do conflito apresentado.

Os métodos alternativos de resolução de demandas podem ser classificados como técnicas de mediação, conciliação, negociação e arbitragem. Em todos os casos, há técnicas diferentes empregadas para se chegar ao resultado satisfatório do conflito, podendo este ser alcançado de forma consensual ou através do arbitramento de uma decisão por um terceiro imparcial.

Assim, muitas dúvidas pairam sobre as plataformas de ODRs (*Online Dispute Resolution*), uma vez que, apesar de não haver, em regra, a intervenção de um terceiro imparcial para a resolução do conflito, há a intervenção de um sistema, que seria uma “quarta parte”, intermediando a resolução pela via consensual. A ausência de resolução por via consensual pode gerar prejuízos para a parte adversa.

Diante disso, mostra-se necessário averiguar qual o conceito de ODR, bem como qual o seu objetivo, a forma como funciona a plataforma e quais as implicações processuais acerca da ampliação da utilização de sistemas de ODR como um método de resolução de conflitos.

Ocorre que a grande parte das plataformas de ODRs possui o objetivo de alcançar a solução da controvérsia através de técnicas de ADR, ou seja, deixando que as partes cheguem a um consenso sobre a resolução do conflito, ou através da mediação, com técnicas que promovem o debate entre as partes e constroem a resolução do conflito de forma consensual, ou mediante a aplicação de arbitragem. Por outro lado, acha-se em crescimento o movimento pela ampliação da utilização de plataformas de ODR como forma de resolução dos demais tipos de demandas, expandindo a sua aplicação para além das demandas consumeristas.

Isso acaba gerando muitos impactos, principalmente para a parte adversa, uma vez que ela é, muitas vezes, coagida pelo sistema a aceitar uma forma de resolução da controvérsia de forma impositiva, pois o sistema já direciona uma solução para o conflito posto sem a dilação probatória e sem a correta análise dos fatos.

Com o objetivo de responder à pergunta proposta, o presente artigo é composto em duas partes, trabalhadas a partir do “método” fenomenológico-hermenêutico¹, as quais buscam analisar, de forma crítica, o que são e como são aplicadas as ODRs, bem como quais os impactos que a aplicação de referidas plataformas traz para o direito processual, através de uma análise pautada pela perspectiva da Crítica

¹ A palavra método, colocada entre aspas, justifica-se pelo fato de a hermenêutica, segundo Streck, ser antimetodológica. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Hermenêutica do Direito, conforme traçada por Lenio Luiz Streck² com base nos estudos de Heidegger, Gadamer e Dworkin³.

Ao final, serão referidos os impactos proporcionados ao direito processual com a implementação de tecnologias como as ODRs, como um método de resolução de conflitos, uma vez que, apesar de efetivarem o princípio do acesso à Justiça, não se pode falar num método que respeite o devido processo legal, ou seja, que esteja de acordo com o modelo constitucional de processo⁴, o que causa implicações diretas na própria ideia de Jurisdição e no seu irregular exercício praticado por plataformas similares.

2. ODRS (ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS) E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PROCESSUAL

Com o advento da Quarta Revolução Industrial,⁵ houve a expansão tecnológica através da implementação e da aplicação de novas tecnologias nas mais diversas áreas; no direito processual, não foi diferente. Várias foram as tentativas do Poder Judiciário para implementar tecnologias capazes de alcançar maior celeridade processual, com menor custo econômico e sem a necessidade de supervisionamento dos serventuários da justiça.

Não foi apenas com o implemento de novas tecnologias que houve uma tentativa de dar maior eficiência ao processo judicial. O legislador buscou trazer maior celeridade processual, culminando numa maior efetividade processual, com o advento do atual Código

2 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

3 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

4 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990. E não só de processo civil, mas também de um modelo constitucional de processo penal, de processo administrativo, de processo trabalhista etc. Assim, expressamente, BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e modelo constitucional de processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.), **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 245, que afirma ser legítimo expandir-se o modelo constitucional de processo para todos os tipos de processos, não só jurisdicionais, mas também ao processo legislativo, administrativo, arbitral e de mediação.

5 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 113

de Processo Civil, ao prever, no seu art. 3^o, a possibilidade de outros métodos de resolução de conflitos, tanto consensuais, como a conciliação e a mediação, como através da arbitragem.

Mesmo que a Jurisdição seja inafastável⁷, houve a valorização de métodos consensuais e extrajudiciais de resolução de conflitos, demonstrando que, em tempos em que todas as lesões ou ameaças ao direito são judicializadas, resultantes de um acesso à justiça descontrolado, o que acaba gerando um abarrotamento do Poder Judiciário, ainda há um movimento crescente de solução consensual de conflitos.

Assim, existem tecnologias aptas à resolução de conflitos de forma extrajudicial, que são as ODRs. Trata-se de uma forma alternativa de resolução de conflitos que ocorre por meio de tecnologias de informação e comunicação, utilizada principalmente em demandas consumeristas.

No Brasil, houve diversas iniciativas com o objetivo de implementação de *softwares* que usam sistemas de inteligência artificial para a promoção do acesso à Justiça. A Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs (AB2L) concentra um número significativo de *lawtechs* criadas com o objetivo de prestação de serviços *Online Dispute Resolution* (ODRs)⁸.

Os primeiros sistemas de ODR tiveram origem nos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias (*Alternative Dispute Resolution* – ADR). Consistiam em formas mais céleres e menos custosas para realizar um acesso à Justiça. Tais sistemas foram criados na década de 1970, nos Estados Unidos, apresentando um alto grau de desenvolvi-

6 Art. 3^o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1^o É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2^o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3^o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

7 Proveniente do Direito de Ação, possui previsão legal no art. 5^o, inciso XXXV, da Constituição Federal, que afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

8 WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. *O Advogado do Amanhã*: Estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 119.

mento. Isso possibilitou que, na década de 1990, já fossem amplamente difundidos⁹.

As ODRs possuíam, no início, uma finalidade extremamente parecida com a praticada pelas ADRs. Citam-se como exemplos o Virtual Magistrate, sistema que oferecia um serviço de arbitragem *on-line*, e o *On-line Ombudsman Office*, que ofertava um serviço de mediação *on-line*¹⁰.

Como exemplos de métodos típicos de ADR, citam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem, entre outros, que são caracterizadas por envolver um terceiro neutro, que possui conhecimento no gerenciamento das informações. A arbitragem consiste num processo muito similar ao processo judicial, uma vez que se chegará a um julgamento, o que não acontece na mediação e na conciliação, que consistem numa resolução consensual em que há uma interação do terceiro com cada parte, sendo analisada a informação fornecida pelas partes, o que resulta numa análise do fluxo de informações pelo mediador¹¹.

Com a difusão do comércio *on-line*, houve a necessidade de criação de métodos que buscassem e alcançassem um número maior de resolução de conflitos e que pudessem ser praticados a distância. Assim, criaram-se as ODRs com a ideia de aplicar os modelos já existentes de ADR, explicados acima, mediante a utilização de recursos tecnológicos e *expertise* que, por meio da Internet, podiam ser distribuídos a distância¹².

9 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 195.

10 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 195.

11 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 195.

12 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 195/196.

Através da coleta dos dados produzidos na solução dos primeiros conflitos *on-line*, e com o avanço e a criação de sistemas computacionais que possuem um maior poder de processamento, especialmente aqueles que utilizam sistemas de inteligência artificial, foi possível realizar um tratamento dos dados e analisar as informações adquiridas de uma forma nunca imaginada antes¹³.

A aplicação dos dados armazenados pode se dar de várias maneiras. Ethan Kasth, considerado o criador das ODRs, define a tecnologia como uma forma alternativa de resolução de conflitos mediante o emprego de tecnologias de informação e comunicação (*Information and Communication Technologies – ICT*). Acrescenta que os dados podem ser utilizados de forma mais efetiva mediante o emprego de ODR¹⁴.

Sua origem está diretamente ligada à expansão do comércio de consumo virtual, mediante a popularização da internet nos anos 1990, tendo em vista a necessidade de alteração na forma de resolução de conflitos. As distâncias, que agora são transfronteiriças, influenciaram diretamente na realização das transações comerciais. Os métodos existentes de resolução de conflitos, seja por meio do processo judicial, seja por meios alternativos, não eram mais suficientes para a resolução dos conflitos que surgiam¹⁵.

De acordo com Katsh, as tecnologias que transformaram as relações de consumo também podem ser utilizadas para a resolução dos conflitos provenientes deles, já que a tecnologia pode gerar maior rapidez de comunicação, bem como gerar maior processamento de informações da rede, possibilitando, assim, o uso de ODRs. Estas

13 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 196.

14 KATSH, Ethan. **ODR: a look at history. Online dispute resolution: theory and practice**. A treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012.

15 FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

surgiram em face da necessidade de se obter uma solução satisfatória para os conflitos oriundos do *e-commerce*, trazendo, assim, uma reprodução dos métodos de resolução consensual de controvérsias para o ambiente virtual¹⁶.

Ao contrário dos métodos tradicionais de ADR, nos quais há um terceiro imparcial, as tecnologias da comunicação e informação construíram a ideia de “quarta parte” na resolução do conflito, além daquela noção já preestabelecida de um terceiro neutro. O conceito de “quarta parte”, criado por Katsh e Rifkin, foi incorporado através da ideia de que a tecnologia acrescenta um novo elemento para a resolução do conflito, tendo em vista que restam alterados os ambientes e os procedimentos utilizados¹⁷.

De acordo com a ideia estabelecida pelos autores, a “quarta parte”, em regra, não substitui o terceiro neutro, o que não impede que altere seu papel, uma vez que traz novas habilidades, conhecimentos e estratégias a serem empregados no momento da sua intervenção para a resolução do conflito. Assim, pode assumir responsabilidades por várias comunicações com as partes, bem como pode alterar a forma como os terceiros e as partes interagem entre si, afetando as etapas do processo de resolução de disputas e alterando o seu papel, mas sem perder a sua essência¹⁸.

O emprego de novas tecnologias resulta em alguns benefícios, uma vez que, na prática, as plataformas de negociação não trazem um terceiro neutro, pois este tornaria o procedimento mais oneroso, porquanto será necessária a contratação de um sujeito para atuar como o terceiro na negociação, bem como não obriga as partes a realizarem um deslocamento desnecessário para a solução da controvérsia, o

16 KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**: Technology and the Internet of Disputes. Nova York: Oxford University Press, 2017. p. 33.

17 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 196/197.

18 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça**: construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 196/197.

que demonstra que a solução tradicional de um conflito consumerista mediante o emprego das ferramentas já disponibilizadas obsta o acesso à Justiça¹⁹.

A expansão das tecnologias empregadas para a solução de conflitos tem sido tão grande que, atualmente, as plataformas *on-line* de resolução de conflitos, no Brasil, empregam os quatro institutos. Desse modo, focam tanto na negociação automatizada e assistida, quanto na mediação *on-line*, na arbitragem *on-line* e no *ombudsman on-line* (terceiro imparcial para dirimir conflitos entre empresas e consumidores)²⁰.

Tem sido incentivada pelo Poder Judiciário a utilização de plataformas públicas de negociação e mediação *on-line* tanto em fases pré-processuais como no curso de processos judiciais. O Brasil dispõe de diversas plataformas, tanto públicas quanto privadas, que atuam na autocomposição das controvérsias, como a Mediação Digital do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a *consumidor.gov*, mantida e gerenciada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça²¹.

As plataformas digitais de ODR operam mediante o uso de algoritmos, com a realização de um questionário para todos os usuários, solicitando explicações para o usuário adverso. Buscam guiar todas as partes envolvidas, a fim de alcançar uma solução amigável, para alcançar, de forma automatizada, uma resolução consensual, sem a presença de um terceiro, mediante a indicação de uma possível

19 TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane. **Processo Civil 5.0: novas teses envolvendo processo e tecnologia**, Tomo II. Uberlândia: Marco Teórico, 2022. p. 360.

20 TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane. **Processo Civil 5.0: novas teses envolvendo processo e tecnologia**, Tomo II. Uberlândia: Marco Teórico, 2022. p. 362.

21 TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane. **Processo Civil 5.0: novas teses envolvendo processo e tecnologia**, Tomo II. Uberlândia: Marco Teórico, 2022. p. 362.

solução, que seria a mais adequada para a controvérsia trazida ao sistema²².

Houve a promoção de sistemas com o objetivo de obter a solução *on-line* para a resolução de conflitos diante da necessidade de fortalecer a relação entre os consumidores e o ambiente virtual, para uma maior promoção do comércio virtual. De acordo com Fernanda Suriani²³, não havia a confiança do consumidor na realização da transação comercial *on-line* em virtude da ausência de uma ferramenta que fomentasse o acesso à Justiça para as relações comerciais, uma vez que tais relações ocorriam num ambiente virtual onde não havia fronteiras geográficas. Isso dificultava o acesso às cortes por parte dos consumidores, o que gerava insegurança, pois os consumidores não vislumbravam alternativa para alcançar uma solução a seus conflitos.

Esse fenômeno de expansão do comércio *on-line* e a crescente busca pela satisfação da tutela dos direitos do consumidor são resultantes do fenômeno que Gilles Lipovetsky²⁴ chamou de sociedade de hiperconsumo, que é marcada, de forma exclusiva, pela ampliação da intensidade e pela velocidade das relações de consumo. Isso mostra a necessidade de que o jurista perceba e trabalhe a fragilidade e a vulnerabilidade em que se encontra o consumidor, tendo em vista que se encontra inserido num mercado cada vez mais global, que desconhece limites e que possibilita a realização de transações cada vez maiores, o que impõe uma urgência maior da proteção dos seus direitos²⁵.

22 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. In: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital**: Processual. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 102.

23 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. Access to justice and consumidor.gov.br.br case. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NAVARRO, Erik; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coord.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 239-241.

24 LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

25 FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

A partir desse cenário de comércio internacional, percebe-se a necessidade de expansão de formas de celebrar a autonomia da vontade formal, em que acordos são celebrados em virtude de relações de consumo efetivadas de forma virtual²⁶.

Deve-se ter em mente a necessidade de proteger o consumidor, conforme previsão do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal. A professora Claudia Lima Marques²⁷ esclarece que é papel do direito privado proteger a pessoa em relação aos desafios de uma sociedade massificada, globalizada e informatizada, demonstrando a necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana no papel de consumidor na sociedade atual.

Tal função carece de nova interpretação do direito privado, que valorize as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, buscando os ideais da modernidade de igualdade e liberdade com fraternidade, e que tenha consciência da necessidade de incluir as pessoas nos mercados²⁸.

A quarta revolução industrial, resultante da expansão de tecnologias aptas para a automação e o processamento de dados por meio de Inteligência Artificial, possui uma forte tendência de aumentar as disparidades constantes nas relações de consumo, dilatando a vulnerabilidade dos consumidores.

De início, a aplicação de ODRs se limitava à aplicação de técnicas de conciliação, mediação e negociação, de forma virtual. Atualmente, há o uso de dados provenientes de um banco de dados para o emprego das tecnologias de automação, a fim de estruturá-los e parametrizá-los, construindo uma avaliação comportamental dos con-

26 FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil** – Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

27 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

28 FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

sumidores na plataforma. Isso gera uma padronização e a presunção de seus interesses negociais para estruturar as propostas enunciadas²⁹.

Há uma série de exemplos de ferramentas de ODR criadas por empresas que celebram a efetividade e a eficiência das plataformas. O exemplo mais marcante é a plataforma Modria, ferramenta de resolução de conflitos *on-line* desenvolvida dentro do eBay e do Paypal, que pode ser considerada o maior exemplo internacional de sucesso em matéria de ODR.

Os esforços para o avanço das ODRs têm ressaltado as formas tradicionais de disputas, que acontecem fora da internet. Entende-se que os limites entre o mundo *on-line* e *off-line* não são mais necessários como já foram antes e que os mundos físico e digital se fundem, sem que possam ser de fato separados. Como resultado, o desafio da tecnologia estaria focado em buscar recursos e ferramentas para lidar com os conflitos de forma efetiva, sendo a origem do problema que o enseja insignificante.

Ultrapassando a realidade internacional das ODRs e passando para o exemplo brasileiro, o sistema estatal de proteção ao consumidor no Brasil dispõe de três principais canais para atender aos conflitos: o processo administrativo no âmbito do Procon, a tutela jurisdicional e a plataforma de ODR, criada em 2014, a “consumidor.gov.br”.

Apesar da sua relação com o Procon, a plataforma não substitui o processo administrativo gerido pelo presente órgão de proteção e defesa do consumidor, uma vez que, por mais que se trate de um serviço oferecido pelo próprio Estado, seu objetivo principal é realizar negociações privadas diretas, sem a intervenção do Estado como mediador ou conciliador, o que acaba afastando qualquer possi-

29 FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

bilidade de imposição de multa por alguma conduta ilícita praticada pelo fornecedor.

De acordo com a Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor), são quatro os objetivos principais da plataforma: expandir o atendimento ao consumidor, aumentar a competitividade do mercado com o objetivo de alcançar uma melhoria na qualidade dos produtos, serviços e relacionamento entre consumidores e empresas, melhorar as políticas públicas de prevenção de condutas que desobedeçam aos direitos do consumidor e fortalecer a promoção de transparência nas relações de consumo³⁰.

A busca pela transparência nas relações de consumo é o objetivo maior da plataforma, uma vez que há uma base de dados com todas as informações de reclamações realizadas junto ao sistema, com dados acerca de quais empresas são mais bem avaliadas quanto à solução de demandas, quais as que ofertam maior satisfação ao consumidor, as que possuem uma agilidade maior nas respostas etc.

Todas as respostas das empresas e os comentários finais dos consumidores que registraram o problema são armazenados no sistema com o objetivo de serem acessadas posteriormente através de pesquisa pública, mediante palavras-chave, segmento, nome da empresa, dados de localização geográfica, assuntos, reclamações e problemas, período, placar de demandas atendidas ou não, avaliação de satisfação e outros filtros³¹.

Apesar do otimismo vislumbrado com a utilização da presente ferramenta, não se pode esquecer que vários são os desafios existentes

30 SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. Access to justice and consumidor.gov.br.br case. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NAVARRO, Erik; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coord.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 248.

31 FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

para a difusão desta tecnologia³² em substituição ao processo judicial. Entretanto, no presente momento, ela é uma ótima alternativa de resolução de demandas, em virtude dos seus resultados rápidos e eficientes, e por ser uma ferramenta que soluciona um dos maiores tipos de demandas que abarrotam o Poder Judiciário como um todo: as demandas que versam sobre direitos do consumidor.

Sem aprofundar o debate acerca do acesso à Justiça³³, resta claro que as ODRs são um método de resolução de conflitos que pode ser enquadrado na ideia da Justiça Multiportas³⁴, uma vez que possibilita ao jurisdicionado alcançar um resultado satisfatório em tempo hábil e de forma eficiente, mormente em demandas consumeristas. É sim uma “nova porta” em comparação aos métodos tradicionais de resolução de conflitos.

As ODRs constituem um método alternativo de resolução de disputas com um poder de efetividade maior no tocante a demandas

32 Muito se debate acerca das desigualdades digitais. É preciso que o sistema seja de fácil acesso a todos, independentemente de situação socioeconômica, etária ou geográfica. Isso se vislumbra como sendo um grande desafio da contemporaneidade. As desigualdades materiais do mundo sensível encontram novo abismo nessa realidade. O acesso às tecnologias não se difunde de forma homogênea em nosso território. Os estudos sobre o tema reconhecem as disparidades geográficas no acesso e no uso da Internet desde meados da década de 1990, não somente entre as macrorregiões do país, mas também – dentro das mesmas regiões – entre áreas urbanas e rurais. As pesquisas da área de acesso à tecnologia dão ênfase às relações entre as desigualdades tradicionais e ao acesso, habilidades e uso das tecnologias da informação e comunicação. Mostra-se empiricamente que os indivíduos historicamente menos favorecidos em termos socioeconômicos e/ou socioculturais também apresentam chances menores de se engajarem com as Tecnologias de Informação e Comunicação. Hoje, trinta anos depois do estabelecimento do “.br” no Brasil, somente 44% dos domicílios em áreas rurais estão conectados à rede. O avanço da Internet no país também não equalizou os percentuais de acesso entre os domicílios localizados na região Sudeste (73%) e os das regiões Norte (63%) e Nordeste (57%). (SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. *Access to justice and consumidor.gov.br case*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NAVARRO, Erik; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (Coord.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 254.

33 Os professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth dividiram em três ondas o movimento de expansão do Acesso à Justiça em sua obra. As ODRs se encaixam na Terceira Onda, que diz respeito à criação dos órgãos jurisdicionais com o principal objetivo de analisar e processar ações simples, gerando, assim, uma propagação dos métodos adequados de resolução de conflitos (ADR), ocasionando uma diminuição do ingresso de demandas através da criação de uma cultura de evitabilidade de litígios, o que resultou na criação do movimento da advocacia colaborativa e da justiça restaurativa, sendo marcado, no Brasil, pela criação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, pela Lei da Arbitragem e, mais recentemente, pela Lei de Mediação e pelo Código de Processo Civil. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11/12.

34 De acordo com a ideia trazida por Leonardo Carneiro da Cunha, a Justiça Multiportas pode ser analisada mediante a aplicação de uma metáfora, que traz a ideia de que haveria várias portas que o jurisdicionado poderia acessar junto ao fórum, a depender do conflito existente. As partes seriam encaminhadas para a porta mais adequada para a solução da controvérsia, podendo ser direcionado para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

que versam sobre questões de direito do consumidor, principalmente nas relações que envolvem *e-commerce*, que ofertam resultados satisfatórios a partir da análise dos dados levantados através das transações realizadas.

3. A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DA APLICAÇÃO DE ODRs

Diante da análise acima realizada, resta claro que as ODRs são um método eficiente de resolução de conflitos, tendo em vista que, diante da possibilidade de uma análise e da resolução mais célere de um conflito gerado mediante uma relação de consumo, o sistema tecnológico alcança uma resolução satisfatória para as partes envolvidas, em tempo hábil em comparação com o processo judicial, alcançando, assim, uma finalidade mais efetiva, sem a necessidade de judicialização do conflito.

Ante o número excessivo de demandas em tramitação junto ao Poder Judiciário, o que acarreta a famosa “Crise da Jurisdição”³⁵, muito se fala em outros métodos para a resolução de conflitos, além

35 A “Crise da Jurisdição” é caracterizada pela ineficiência e morosidade da prestação jurisdicional. Muitos são os fatores que contribuíram para o presente cenário, podendo-se dizer que fatores que estimulam a litigância em massa, como a concessão desenfreada de benefícios de gratuidade da justiça, geram uma seleção adversa de demandas. Diante disso, os usuários do Poder Judiciário acabaram se tornando descrentes, muitos até afirmando que não haveria mais uma “segurança jurídica. O número de ações apreciadas pelo nosso Judiciário está muito acima dos padrões internacionais. O criterioso estudo confirma a sobrecarga dos juizes brasileiros. A quantidade de processos em trâmite, considerada exagerada pelo Banco Mundial, tem papel relevante na crise. No ano de referência para a pesquisa, foram ajuizadas ou sentenciadas, em média, 1.357 ações para cada juiz federal, trabalhista ou estadual do país. No mesmo período, a demanda foi de 875 ações para os juizes argentinos e de 377 para os venezuelanos. Paradoxalmente, o número de juizes brasileiros não acresceu na proporção necessária. Enquanto na Argentina são 10,9 juizes para cada 100 mil habitantes, aqui, temos 5,3 magistrados. Tudo isso considerando o fato da existência de milhões de processos, muitos de má qualidade, que congestionam os corredores empoeirados da Justiça sem perspectiva de obtenção da tutela de direitos justa, efetiva e em prazo razoável, o que resulta num cenário trágico de abarrotamento do Poder Judiciário, causado pelo esgotamento dos recursos públicos alocados ineficazmente para a solução de conflitos. Isso pode ser chamado de “Crise da Jurisdição”. MORAIS, Nelson Missias de. Quem são os responsáveis pela crise do Poder Judiciário? Coluna Avaliações.Subjetivas. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-21/quem_sao_responsaveis_crise_judiciario. Acesso em: 29 jan. 2023.

daqueles já existentes, para a obtenção de uma maior efetividade,³⁶ com o objetivo de lograr um resultado em tempo hábil, sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário.

Conforme exposto acima, os sistemas de ODRs possuem a finalidade de aplicar, de forma virtual, técnicas de ADR mediante a utilização dos dados fornecidos para o sistema; este, após a análise das informações repassadas, estabelecerá a melhor solução para o caso concreto. Não se quer dizer que os sistemas de ODRs não podem fazer uma análise mais profunda acerca dos conflitos postos, mas que, diante da sua finalidade, a análise factual e probatória acaba sendo extremamente superficial, motivo por que o seu uso é restrito às demandas consumeristas, necessitando que haja um desenvolvimento mais profundo do sistema com a finalidade de ampliar a sua aplicação.

Sobre a obrigatoriedade da aplicação, tanto se discute acerca do interesse de agir em demandas consumeristas que não se verifica a tentativa de resolução mediante plataformas de ODR. Houve a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, IRDR nº 1.0000.22.157099-7/002³⁷, com o objetivo de analisar a falta de interesse de agir na demanda ingressada por consumidor que não tentara a resolução do seu conflito através de solução extrajudicial.

A ideia de Justiça Multiportas é uma alternativa para o jurisdicionado que, optando por ter sua demanda resolvida de forma consensual e mais célere, busca a aplicação de outros métodos de solução de conflitos – como a conciliação, a mediação ou a arbitragem

36 Uma vez promulgada a Emenda Constitucional nº 45, houve a positivação da efetividade processual no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. O citado inciso diz 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”. Assim, quando se analisa a efetividade sob o viés pragmático, está se analisando a efetividade através do resultado do processo. LOPES, João Batista. Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 116. Jul.-Ago. 2004. p. 29-39.

37 O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais admitiu, em 30/05/2023, o IRDR nº 1.0000.22.157099-7/002, Tema 91 IRDR - TJMG, no qual busca definir a: “configuração do interesse de agir do consumidor e a exigência de prévia tentativa de solução extrajudicial”.

- para alcançar um resultado satisfatório. Assim, não pode haver a imposição de uma das portas para o jurisdicionado.

Tanto é verdade que, apesar de o Código de Processo Civil permitir a arbitragem e trazer a previsão legal acerca da promoção, pelo Estado, de métodos de solução consensual de conflitos, como a conciliação e a mediação, nos parágrafos do seu artigo 3º³⁸, o *caput* do referido artigo diz que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ou seja, que a jurisdição sempre será o método adequado de solução de controvérsias³⁹.

Não se busca trazer aqui uma abordagem legalista, ou garantista, acerca do presente instituto. O que se busca é demonstrar que, independentemente do tipo de litígio enfrentado, o jurisdicionado possui o direito de escolher qual “porta” da Justiça será aberta para a solução do seu conflito. O Estado, de acordo com a ideia clássica de Chiovenda⁴⁰, também defendida por Taruffo⁴¹, como detentor do monopólio da Jurisdição⁴², deve prover os meios para que o jurisdicionado alcance o resultado satisfatório através da porta escolhida.

Sem adentrar no mérito do Interesse de Agir, mostra-se totalmente equivocada, diante da análise do presente trabalho, a discussão acerca da necessidade de prévia discussão da controvérsia, pelo consumidor, em plano extrajudicial, através do uso de plataformas de ODRs, uma vez que configura uma violação aos preceitos constitu-

38 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

39 Havendo, também, previsão constitucional acerca da presente matéria, através da análise do artigo 5º, XXXV, da CF, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

40 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1943. vpll137.

41 TARUFFO, 1986 *apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 66.

42 Traz-se aqui a ideia posta por Chiovenda sobre o monopólio de exercício da jurisdição pelo Estado. Na concepção de jurisdição proposta por Chiovenda estão presentes os seguintes elementos: o primeiro diz que a soberania estatal pressupõe duas funções bem distintas, uma que seria destinada a produzir o direito, ou seja, legislar, e a segunda destinada a atuá-lo. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000. p. 63.

cionais, bem como aos princípios processuais, ao condicionar a análise de uma controvérsia a seu prévio debate em âmbito administrativo⁴³.

O consumidor, como destinatário final do serviço prestado pelo Poder Judiciário⁴⁴, deve ter a opção de qual porta será mais eficaz para a solução da sua controvérsia, já que, em certos casos, o sistema de ODR não terá como realizar uma análise mais aprofundada do seu caso, que necessita de uma maior dilação probatória, infringindo, assim, o contraditório⁴⁵, o que resulta numa violação ao Devido Processo Legal⁴⁶.

Um ponto que possui muitas implicações processuais concerne à produção probatória em ODR. Em demandas consideradas menos complexas, nas quais a mera análise documental consegue objetivar uma resolução da lide, ou em demandas em que a matéria discutida versa apenas sobre matéria de direito, não se vislumbra qualquer problema quanto à questão da produção probatória. Ressalvam-se os casos em que há a necessidade de perícia grafodocumentoscópica para a conferência da idoneidade do documento⁴⁷. O que causa maiores dilemas são as demandas que necessitam de uma produção de provas testemunhais e/ou periciais.

43 Condicionar o ajuizamento de qualquer ação a uma prévia solução administrativa, prévia conciliação ou ao cumprimento de qualquer outro requisito desproporcional como prévio requisito, contraria a lei processual, pelo que a própria “tese” proposta configura flagrante inconstitucionalidade, conforme decidido na ADI 2.139 do STF.

44 De acordo com os ensinamentos do professor Kazuo Watanabe, o acesso à Justiça deve ser analisado sob o prisma de que a sociedade, como destinatária das normas jurídicas, é a consumidora final. Diante disso, todos os esforços devem se dirigir ao objetivo de assegurar a realização desse direito fundamental, tendo como norte que ele não se resume ao acanhado limite do acesso aos órgãos jurisdicionais e meios alternativos de resolução de disputas. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 131.

45 O referido princípio caracteriza-se pelo fato de que o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não pode julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de exporem suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito. RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: presente e futuro. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. p. 25.

46 O devido processo legal, por ser o modelo constitucional de processo, consagrado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, exige um tratamento igualitário das partes, facultando a todos sua devida manifestação junto aos autos. Assim, resta claro que o princípio do contraditório é de suma importância no contexto apresentado; a falta de contraditório é uma violação grave num Estado democrático de direito.

47 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. In: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital**: Processual. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 114.

Quando se fala em produção de prova oral em ODR, independentemente de que ocorra de forma síncrona ou assíncrona, são grandes os obstáculos enfrentados para a obtenção de uma prova processualmente hábil a fim de comprovar as alegações das partes. Cumpre aprofundar a investigação do material probante⁴⁸. Assim, não parece aceitável que um sistema de ODR realize uma instrução probatória, limitando a sua aplicação a demandas menos complexas.

Grandes são os debates acerca da aplicabilidade de ODR em demandas que discutem Direito de Família. Tais demandas são complexas porquanto versam sobre várias questões sensíveis, entre as quais se acham os direitos de menores e os direitos patrimoniais. Operadores do direito que atuam nesta área sabem quão complexo é um litígio envolvendo tais questões. Como um sistema de ODR, apesar de trazer um acesso à Justiça mais célere, poderia, de forma a respeitar o devido processo legal, processar um conflito assim?

Independentemente do método de solução de conflito aplicado ao caso, há a necessidade de que todo processo respeite um mínimo constitucional, caracterizado pelo Devido Processo Legal. Por isso, via de regra, os métodos de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, baseiam-se na consensualidade: ambas as partes chegam à solução do conflito de forma consensual, estando ambas de acordo com a solução dada ao caso, como o fato de que o processo arbitral, apesar de exercido por árbitros, fora do Poder Judiciário, respeita o Devido Processo Legal, viabilizando um processo isonômico. O respeito ao Devido Processo Legal mostra-se imprescritível.

Outro ponto que merece destaque acerca das implicações processuais da utilização de ODR como um método de resolução de conflitos, diz respeito à questão da execução das soluções alcançadas

⁴⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. In: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital: Processual**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 114.

mediante procedimentos *on-line*⁴⁹. As partes deverão cumprir com exatidão os termos firmados na solução do litígio, uma vez que não existem meios aptos de executar a solução proferida pelo sistema⁵⁰.

O que causa maiores questionamentos concerne às situações em que há a necessidade de procurar o Poder Judiciário para a execução de referidos acordos – ou decisões –, caso haja a possibilidade de o sistema de ODR proferir decisões. Não há nenhuma previsão legal acerca da possibilidade de execução de decisões proferidas por ODR, o que desvela a necessidade de homologação pelo juízo de tal decisão, para que esta se torne executável mediante cumprimento de sentença.

Na hipótese de Desjudicialização da Execução – indo além do modelo executório atual –, os entraves seriam maiores. A parte alcançaria uma solução para seu conflito de forma extrajudicial, necessitando buscar o Poder Judiciário para a homologação da decisão, bem como recorrer ao extrajudicial, novamente, para a execução da sua decisão. A celeridade obtida mediante o uso do sistema de ODR acabaria sendo totalmente perdida na burocracia necessária à execução da decisão.

É imprescindível que a parte vencida cumpra com o determinado de forma espontânea, caso contrário, a parte vencedora encontrará inúmeras barreiras para que se cumpra o determinado, necessitando da provocação do Poder Judiciário para ver seu direito realizado e satisfeito.

Não há uma resposta concreta para as questões elencadas acima. O que se buscou demonstrar foi que, antes de haver uma discussão acerca da ampliação do uso de sistemas de ODR para os

49 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. In: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital: Processual**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 114.

50 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. In: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital: Processual**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 114.

demais tipos de demandas, além das demandas consumeristas, é imprescindível o debate sobre a forma como se dará o Devido Processo Legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que as plataformas de ODR constituem uma relevante ferramenta para a efetivação do acesso à Justiça, uma vez que, mediante a tecnologia empregada e os dados fornecidos ao sistema, alcançam um resultado satisfativo de forma mais célere para os jurisdicionados em demandas consumeristas, sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário. Assim, as ODRs são mais uma porta no sistema multiportas adotado pelo Código de Processo Civil.

Considerando todas as características das plataformas de ODR, os fornecedores têm se empenhado em obter resultados favoráveis para os consumidores, tendo em vista a publicidade do resultado dos conflitos levados aos referidos sistemas, gerando, assim, maior competitividade no mercado do *e-commerce*, bem como melhorando a relação das empresas com os consumidores.

Por outro lado, há um movimento com o objetivo de ampliar a aplicação do uso de ODRs para além das demandas consumeristas, aplicando os referidos sistemas nos conflitos de família. Ocorre que os sistemas de ODR, apesar do bom emprego que os algoritmos fazem dos dados a eles fornecidos, possuem a finalidade de aplicar técnicas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou seja, de conciliação, mediação, arbitragem e negociação, não se mostrando capazes de uma análise factual mais profunda.

Por ser uma porta, das diversas portas que o Sistema Multiportas disponibiliza para a solução das controvérsias, não pode haver uma imposição de utilização do sistema de ODR como pré-re-

quisito para que o consumidor busque o Poder Judiciário a fim de solucionar sua demanda, numa completa afronta à inafastabilidade da Jurisdição.

A produção probatória restaria prejudicada na aplicação de ODR em conflitos familiares, devido à complexidade das demandas que versam sobre tal matéria. Não apenas em demandas consumeristas, mas em qualquer tipo de demanda que necessite de uma maior dilação probatória. O sistema de ODR é uma alternativa viável apenas em demandas simples, cuja matéria é meramente de direito e a prova, restritivamente documental.

Na fase executiva, também são encontrados impactos causados pelo uso de ODR como um método de resolução de conflitos, tendo em vista a impossibilidade de execução de referidas determinações. Necessita-se da provocação do Poder Judiciário, de qualquer forma, para ver cumprida a realização e a satisfação do conflito.

Antes de se realizar uma discussão acerca da ampliação do uso de sistemas de ODR para os demais tipos de demandas, além das demandas consumeristas, é imprescindível o debate sobre a forma como conflitos postos perante as ODRs respeitará o modelo constitucional de processo, ou seja, o Devido Processo Legal.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e modelo constitucional de processo. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.), **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Direito do consumidor, novas tecnologias e inclusão digital. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 139. ano 31. p. 19-29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. *In*: PINHO, Anna. **Manual de Direito na Era Digital: Processual**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp/Vozes, 2012.

KATSH, Ethan. **ODR: a look at history**. Online dispute resolution: theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012.

_____; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**. Nova York: Oxford University Press, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, João Batista. Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 116. Jul-Ago 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O Novo Processo Civil Brasileiro: presente e futuro**. 2 ed. Londrina: Thoth, 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça: construindo o sistema de justiça digital**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

_____. Access to justice and consumidor.gov.br.br case. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; NAVARRO, Erik; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (Coord.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Ed. RT, 2021.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODR”) em tempos de Covid-19. *In*: CALAZA, Tales; TAVARES, Vi-

viane. **Processo Civil 5.0**: novas teses envolvendo processo e tecnologia, Tomo II. Uberlândia: Marco Teórico, 2022.

TARUFFO, 1986 *apud* GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Ed. RT, 1988.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. *In*: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O Advogado do Amanhã**: Estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAPÍTULO 9

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES: PROJETO VICTOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Higor Oliveira Fagundes¹

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Direito pela Universidade Paranaense, Advogado. Endereço eletrônico: higorfagundes@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços na área da ciência da computação transformaram radicalmente as interações sociais, econômicas e governamentais, especificamente no que se refere a disseminação de tecnologias disruptivas e ferramentas de inteligência artificial, como *machine learning*, *deep learning*, algoritmos, *big data*, *analytics*.

No campo do direito, a inteligência artificial é objeto de discussões e aplicações, dada a grave situação de crise do Poder Judiciário brasileiro, que se expressa no quadro de litigância em massa e acúmulo de processos.

Não fosse apenas o diagnóstico envolvido na própria prestação jurisdicional, toda a sociedade é impactada de modo consistente por novas tecnologias que impõem alterações na forma de comunicação e de relacionamentos humanos.

As transformações e mudanças tecnológicas se apresentam como mecanismos úteis ao aprimoramento da atividade jurisdicional. A inteligência artificial, por sua vez, se apresenta como ferramenta importante aos desafios estratégicos que são colocados ao direito como um todo e ao Poder Judiciário especificamente, especialmente em relação à automatização de atividades repetitivas, proporcionando maior agilidade e precisão em sua realização.

A transformação digital do Poder Judiciário brasileiro está em pauta. Teve início com a implementação do processo eletrônico e, atualmente, com a disseminação de tecnologias disruptivas visando a automatização dos processos e, conseqüentemente, uma prestação jurisdicional mais efetiva e adequada, aliada a celeridade e eficiência em prol dos jurisdicionados.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal anunciou em maio de 2018 a iniciativa quanto à pesquisa e desenvolvimento de uma ferramenta de inteligência artificial aplicada ao Poder Judiciário brasileiro, batizado de Victor, em homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal entre os anos de 1960 e 1969.

O projeto Victor é o desenvolvimento de um mecanismo de apoio as ações e tomada de decisões dentro dos fluxos de processamento do Supremo Tribunal Federal com a aplicação dos mais novos conceitos e técnicas de inteligência artificial e Aprendizado de Máquina, com o objetivo de otimizar a análise da Repercussão Geral, trazendo celeridade, precisão e acurácia, além de apoio aos recursos humanos envolvidos nas atividades judiciárias.

A transformação digital do Poder Judiciário brasileiro está em pauta. Teve início com a implementação do processo eletrônico e, atualmente, com a disseminação de tecnologias disruptivas visando a automatização dos processos e, conseqüentemente, uma prestação jurisdicional mais efetiva e adequada, aliada a celeridade e eficiência em prol dos jurisdicionados.

O presente artigo objetiva analisar o contexto e o desenvolvimento do Projeto Victor, parceria entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília, como mecanismo de apoio as ações e tomada de decisões dentro dos fluxos de processamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente na classificação de peças e temas de Repercussão Geral da Suprema Corte, bem como o impacto de sua utilização no sistema de precedentes judiciais brasileiro.

Pretende-se investigar a aplicação da inteligência artificial no direito a fim de buscar a compreensão das possibilidades para o sistema de precedentes no Brasil, bem como analisar o contexto e o desenvolvimento do Projeto Victor como mecanismo de apoio a tomada

de decisões dentro dos fluxos de processamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente na classificação de temas de Repercussão Geral.

O método de abordagem utilizado, para isso, é o analítico-descriptivo, consistente em investigação bibliográfica, de viés exploratório, com a finalidade de compreender e problematizar o estado da arte relativo ao tema proposto.

2. O DIREITO E A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

O desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da difusão da internet também atingiu extraordinariamente o campo do direito, emergindo uma nova fronteira da ciência jurídica face à nova dimensão da realidade, agora digital.

O império da lei sofreu diversas alterações nas últimas décadas, sobretudo se analisar a justiça criminal internacional, o direito global e a justiça restaurativa, mas o contexto disruptivo do digital é totalmente diverso, pois influencia os métodos de chegar à justiça.

A partir da inteligência artificial, é possível visualizar um novo caminho a ser percorrido pelo poder judiciário como forma de aprimoramento, em sentido *lato*, de sua sistemática de trabalho e de gestão. Esse novo rumo proporcionado pela tecnologia promete efetividade, celeridade, segurança jurídica, padronização de entendimentos, melhora na qualidade do serviço prestado e economia de recursos¹.

O direito e a justiça atravessam uma revolução radical causada pelas inovações tecnológicas e novas fronteiras de transformações sociais com implicações em diversos níveis na prática jurídica

¹ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. In: **Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões**/Henrique Alves Pinto, Jefferson Carús Guedes, Joaquim Portes de Cerqueira César (coord.). Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 465.

e exercício de direitos², implicando novos desafios e impactos, especialmente na Teoria do Direito.

A revolução digital no Direito possui três dimensões, a revolução simbólica, a revolução gráfica e a revolução política³.

A revolução simbólica é caracterizada pela transformação dos significados sociais até então construídos pela sociedade, modificando não apenas os meios de acesso as leis e o direito, mas, também, o próprio modo que o direito é realizado, que a justiça é efetivada.

A revolução gráfica é a dimensão de alteração profunda da forma de escritura do direito, pois a escritura digital passaria a concorrer com a escritura alfabética e com o modo discursivo e silogístico como se pratica o Direito, que não deixaria de ser texto, mas passaria a contar também com essa outra dimensão⁴.

E a dimensão da revolução política é em razão das máquinas representarem o humano e desempenharem funções antes só realizadas por seres humanos, consideradas como oraculares.

A justiça digital é uma realidade que fascina, mas ao mesmo tempo assusta, e que já foi introduzida no funcionamento da máquina judiciária com o desenvolvimento de mais planos para a adoção e aplicação de novas tecnologias.

Enquanto alguns juristas optam pela adoção de um pensamento cético em relação ao emprego das inovações tecnológicas no direito, outros reivindicam já a existência da juscibernética e cogitam, inclusive, da possibilidade de confiarem aos computadores, futuramente, as decisões judiciais:

A tecnologia chegou aos tribunais brasileiros e trouxe uma série de mudanças. Observando, por exemplo, uma Corte Superior, os juízes e advogados, embora vestidos de maneira tradicional,

2 GARAPON, Antoine; LASSEGUE, Jean. **Justice digitale**. Paris: PUF, 2018.

3 GARAPON, Antoine; LASSEGUE, Jean. **Justice digitale**. Paris: PUF, 2018.

4 GARAPON, Antoine; LASSEGUE, Jean. **Justice digitale**. Paris: PUF, 2018. p. 13-15.

estão consultando telas de vídeo controladas por teclados e *notebooks*, o processo já é eletrônico, tem-se julgamentos em plenários virtuais e o mais chocante: algumas das tarefas já estão sendo realizadas por máquinas, o que também teria assombrado o servidor mais capacitado daqueles tempos antigos⁵.

A justiça preditiva terá a capacidade de substituir a justiça *tout court*, o blockchain se apresentará como um terceiro muito mais confiável que qualquer outra instituição humana, os algoritmos vincularão proposições legislativas e farão contratos de forma muito mais precisa do que um advogado⁶.

A relação direito e matemática se relaciona em diversos níveis, o primeiro em razão da alteração de ponto de referência, que na justiça digital se dá a um recurso totalmente abstrato, que não possui nada mais de humano.

O segundo é que na abordagem direito e matemática ocorre a atuação direta da justiça digital em automatismos, previsões e correlações, que se impõem como verdadeiras regras de direitos, tão ocultas quanto as leis sociais.

O avanço tecnológico e a hiper judicialização no Brasil têm sido pontos importantes para o desenvolvimento e investimento na área de informática com crescimentos significativos na automação de tarefas processuais.

Há diversos benefícios do avanço e adoção de tecnologias e sistemas de inteligência artificial no Poder Judiciário. Dentre eles, a celeridade, eficiência, acesso mais direto à justiça, previsibilidade, uniformidade das decisões, “o fim da loteria judiciária”, dentre outros.

Os contributos que as inovações tecnológicas trazem ao direito e ao cumprimento da justiça devem ser observados sem

⁵ LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 26.

⁶ GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. **Justice digitale**. Paris: PUF, 2018.

perder de vista aos componentes que podem eliminar totalmente a intervenção humana, sob pena de substituir a discussão humana para uma discussão entre técnicos e programadores, sem os componentes de uma avaliação de valor.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO

A inteligência artificial é um ramo da ciência da computação que tem como objetivo a reprodução de habilidades cognitivas humanas, utilizando-se de “diversas técnicas como estratégia de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou consideradas delegáveis e roboticamente praticáveis”⁷.

Nesse sentido, a inteligência artificial, também, é definida como:

A capacidade de um computador digital ou aparelho robótico controlado por um computador a cumprir tarefas normalmente associadas com processos intelectuais superiores, características de seres humanos tais como capacidade de raciocinar, descobrir significados, generalizar ou aprender a partir de experiências do passado. Se usa a expressão para se referir aquele ramo da ciência da computação que cuida do desenvolvimento de sistemas dotados com tais capacidades⁸.

Os alcances que a inteligência artificial pode atingir ao ser aplicada no direito são distintos, tendo em vista a possibilidade de sua utilização com o objetivo de dar suporte para o humano desempenhar atividades mais estratégicas, com a delegação de atividades roboticamente praticáveis, que podem resultar em maior celeridade e eficiência à prestação jurisdicional.

⁷ HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência artificial e Direito: Convergência Ética e Estratégica**. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial. Curitiba: Alteridade, 2020. p. 17.

⁸ DWYER, Tom. **Inteligência artificial, tecnologias informacionais e seus possíveis impactos sobre as Ciências Sociais**. In: **SciELO: Sociologias**. 5. ed. Porto Alegre, jan./jun. 2001.

A aplicação da inteligência artificial no direito, especificamente no Poder Judiciário brasileiro se traduz na “busca pela associação da velocidade, celeridade, capacidade de processamento, com outras demandas que também são indispensáveis para nós do direito, que são as demandas substanciais de justiça”⁹.

Diante desse avanço, o Conselho Nacional da Justiça, através da Portaria nº 271/2020, passou a regular o uso da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro definindo como projetos de inteligência artificial os voltados para soluções de automação dos processos e rotinas de trabalho da atividade judiciária, que possibilitem a análise da massa de dados existentes e forneçam soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AUTOMAÇÃO DO JUDICIÁRIO

No campo jurídico as primeiras tentativas de resolução de problemas com o auxílio das máquinas ocorreram em meados de 1970, mas logo esbarrou em dois obstáculos, o primeiro, a enorme quantidade de dados a serem processados e formalizados, e o segundo, a dificuldade de traduzir a linguagem jurídica em enunciados matemáticos e lógicos¹⁰.

Se o primeiro obstáculo parece superado com o advento das inovações dos últimos anos e o surgimento do Big Data, que é definido como uma enorme massa de dados que há poucos anos não eram computáveis pelas máquinas da época, não havendo mais limite quantitativo, o segundo releva notória dificuldade em razão da impos-

9 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência Artificial**: estudos de inteligência artificial. Curitiba: Alteridade, 2021.

10 BASSOLI, Elena. **Algorimica giuridica**: Intelligenza artificiale e diritto. Itália: Amon, 2022.

sibilidade de tradução de um objeto tão complexo como o pensamento humano e sua linguagem.

Os primeiros sistemas especializados na cognição humana, desenvolvidos em 1980, eram baseados em símbolos, que representavam o conhecimento segundo estruturas lógicas, por meio de operadores lógicos, ou segundo estruturas semânticas, por meio de redes semânticas¹¹. Os estudos concluíram que esse tipo de sistema implicaria em regras muito específicas para a organização do conhecimento coletado e, em razão disso, seria muito difícil sua implementação.

No Brasil e no mundo, o avanço de tecnologias disruptivas, especialmente a adoção de sistemas de inteligência artificial, no campo do direito, é exponencial e incalculável, e as transformações ocorrem aceleradamente.

O direito e a justiça atravessam uma revolução radical causada pelas inovações tecnológicas e novas fronteiras de transformações sociais com implicações em diversos níveis na prática jurídica e exercício de direitos, implicando novos desafios e impactos.

Em 2014, nos Estados Unidos, pesquisadores criaram um sistema de inteligência artificial para a previsão da votação dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo de sessenta anos, entre 1953 e 2013¹².

O sistema identificou corretamente 69.7% das decisões da Suprema Corte e previu corretamente 70.9% dos votos individuais dos Juízes em sete mil e setecentos processos com um total de mais de seis mil e oitocentos votos¹³.

11 BASSOLI, Elena. **Algorimica giuridica**: Intelligenza artificiale e diritto. Itália: Amon, 2022.

12 KATZ, Daniel Martin and Bommarito, Michael James and Blackman, Josh, - **Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: A General Approach**. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1407.6333.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

13 KATZ, Daniel Martin and Bommarito, Michael James and Blackman, Josh, - **Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: A General Approach**. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1407.6333.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

Nos Estados Unidos, os juízes contam com avaliações obtidas por meio do Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), sistema que examina o risco de reincidência do crime com base em dados pessoais relativos ao réu. O COMPAS foi desenvolvido pela empresa *Equivant*¹⁴.

Através de um questionário com 107 respostas com perguntas que envolviam nível de educação, histórico familiar, ocupação, local que nasceu e reside, utilização de drogas, o sistema gerava uma pontuação de 01 a 10 pontos para a periculosidade do réu.

A University College London fez uma experiência com um sistema de inteligência artificial para análise de 584 casos submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 79% dos casos o resultado foi o mesmo do Tribunal¹⁵.

Na China, um sistema de inteligência artificial conhecida como “Mecanismo obrigatório de busca e relatório de casos semelhantes” foi introduzido nos Tribunais e tem como objetivo ler as peças processuais, extrair as informações mais relevantes e gerar automaticamente sentenças com base nos critérios de julgamento de casos semelhantes¹⁶.

O projeto de automação na Estônia tem como objetivo o julgamento completo de pequenos litígios contratuais por sistemas de inteligência artificial. O objetivo é a eficiência do Judiciário. Em tese, o projeto julgará ações judiciais abaixo de sete mil euros. Após as partes protocolarem os documentos, o sistema de inteligência artificial emitirá uma decisão, que posteriormente pode ser recorrida a um juiz humano.

Mais que um juiz robô, trata-se de um projeto de ODR-AI (*Online Dispute Resolution*, em português, Resolução On-line de

14 PROPUBLICA. New York, May 23 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em 16 de dezembro de 2022.

15 CARLEO, Alessandra. *Decisione robótica*. Bologna: il Mulino, 2019.

16 ZAVRSNIK, Ales, et al. *Big Data, Crime and Social Control*. New York: Routledge, 2018

Disputas). Tal sistema não implica em uma verdadeira aplicação da IA, mas sim de uma mera tramitação digital do litígio. Serão aportados documentos digitais para a resolução de conflitos civis de valor inferior a sete mil euros. Esses mecanismos de digitalização permitem a eliminação da burocracia e papelada, de modo que os objetivos de celeridade e redução de custos são evidentes. No entanto, trata-se uma aplicação experimental e limitada a questões de tramitação. Segue-se trabalhando para avançar do ODR puro ao ODR com IA, que se encarregaria não apenas da tramitação procedimental, mas também ofereceria uma solução às partes¹⁷.

A Universidade de Harvard desenvolveu o Projeto *Algorithms and justice* para estudar as maneiras pelas quais as instituições governamentais incorporam a inteligência artificial, os algoritmos e as tecnologias de aprendizado de máquina em suas tomadas de decisão¹⁸.

As Universidades de Direito de Duke e Stanford, em 2018, em conjunto com a LawGeex, desenvolveram um sistema de inteligência artificial para testar contra os vinte melhores advogados dos Estados Unidos sobre a revisão de acordos de não divulgação. O sistema de inteligência artificial levou 26 segundos para a conclusão da revisão, enquanto os advogados levaram em média 90 minutos para a resolução do problema.

A Universidade de Cambridge produziu um sistema nomeado como *Luminance* e com o objetivo de ler e entender milhares de páginas de documentos jurídicos complexos a cada minuto.

Na Europa, a utilização de soluções em inteligência artificial está em fase experimental. A Carta ética europeia sobre uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente lista as principais atribuições da inteligência artificial no Judiciário Europeu, dentre eles: mecanismos avançados de pesquisa de jurisprudência, resolução

17 BELLOSO MARTÍN, Nuria. A “**atuação judicial automatizada**” em exame: juiz robô versus juiz humano. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 557.

18 **The Algorithms and Justice project. Algorithms and Justice: Ethics and Governance of Artificial Intelligence Initiative**, 2019. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/projects/ai-algorithms-and-justice>>. Acesso em: 1 ago. 2022.

de disputas online, assistência na elaboração de escrituras, análise preditiva, categorização de contratos de acordo com critérios e detecção de cláusulas contratuais, *Chatbots* para informar os apoiadores ou para apoiar nos procedimentos legais.

No Brasil, o Poder Judiciário avança gradativamente no emprego de ferramentas de inteligência artificial buscando melhorar sua atuação, sobretudo diante da grave situação de crise, que se expressa no quadro de litigância em massa e acúmulo de processos.

Nesse sentido, “vários Tribunais brasileiros já implementaram sistemas que se utilizam de técnicas de inteligência artificial e automação e que estão direcionando o Judiciário a um inovador e promissor horizonte”¹⁹.

A tecnologia é utilizada em diversos tribunais como mecanismo de gestão processual em razão da litigiosidade de massa, com o cadastro, a digitalização de documentos, a classificação, previsões de resultados, a jurimetria, o agrupamento de dados, *analytics*, dentre outras ferramentas.

Novos anúncios são observados com frequência envolvendo a utilização de ferramentas de inteligência artificial aplicadas nas rotinas relacionadas ao processo eletrônico.

Dentre eles, o Projeto Victor do Supremo Tribunal Federal, o projeto Sócrates do Superior Tribunal de Justiça, o projeto *Mandamus* do Estado de Roraima, o Projeto Bem-te-vi do Tribunal Superior do Trabalho, o Projeto Leia que abrange diversos tribunais, o Projeto Tucujuris do Amapá, o Projeto Hórus do Distrito Federal, o Projeto Berna de Goiás, o Projeto Radar e Ágil de Minas Gerais, o Projeto Elis de Pernambuco, Projeto Piá do Paraná, Projeto PoC do Rio de Janeiro,

¹⁹ NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart – Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 98.

os Projetos Poti e Clara do Rio Grande do Norte, os Projetos Jerimum e Sinapse de Roraima e o Projeto IA Execução Fiscal do Rio Grande do Sul.

5. PROJETO VICTOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O projeto Victor, primeiro sistema de inteligência artificial utilizado pelo Poder Judiciário Brasileiro, teve início em 9 de abril de 2018 em parceria com Universidade de Brasília (UnB) e o Supremo Tribunal Federal, tendo como objetivo a pesquisa e desenvolvimento do aprendizado de máquina, também conhecido como *machine learning*, sobre dados relativos a temas de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal.

O projeto Victor é o desenvolvimento de um mecanismo de apoio às ações e tomada de decisões dentro dos fluxos de processamento do Supremo Tribunal Federal com a aplicação dos mais novos conceitos e técnicas de inteligência artificial e aprendizado de máquina, tendo o objetivo de otimizar a análise da Repercussão Geral, trazendo celeridade, precisão e acurácia, além de apoio aos recursos humanos envolvidos nas atividades judiciais.

O aprendizado de máquina, *machine learning*, tecnologia utilizada no projeto Victor, pode ser definida como uma área da ciência da computação em que os algoritmos aprendem por experiência, aperfeiçoando suas performances com o decorrer do tempo²⁰.

Essa técnica é utilizada para detecção de padrões em dados e visa a automatização de tarefas complexas ou a realização de previsões “machine learning ou aprendizado de máquina é ainda novidade no campo do Direito, embora seja discutido há décadas. O termo existe

²⁰ BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um Robô a Julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

desde 1959 e é usado para referir-se a algoritmos que podem aprender a partir de dados e fazer predições²¹.

Para o desenvolvimento adequado do *machine learning* é necessário a obtenção de um elevado número de dados e seu processamento para possibilitar a identificação de padrões que acabam por possibilitar a realização de projeções e o encaminhamento de ações características da habilidade cognitiva humana.

Pelo Termo de Execução Descentralizada (TED 01/2018), firmado pelo Diretor-Geral do Supremo Tribunal Federal e pela Reitoria da Universidade de Brasília, que marcou o início da pesquisa, foi definido que o objetivo da pesquisa e do projeto “é aplicar métodos de aprendizado computacional de máquina com o objetivo de usar seus potenciais no processo de reconhecimento de padrões nos processos jurídicos relativos a julgamento de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal – STF”²².

O objetivo inicial do projeto Victor era a realização de pesquisa e desenvolvimento com algoritmos de aprendizagem de máquina, a fim de viabilizar a automação de análises textuais dos processos, visando a criação de uma “arquitetura de Inteligência Artificial (IA) para classificação a ser feita em temas selecionados de Repercussão Geral”²³.

Em outras palavras, o projeto Victor pode ser definido como uma solução de apoio baseada em inteligência artificial para fluxos de processamento na gestão da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, visando o desenvolvimento de suporte a atividade humana

21 BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um Robô a Julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Termo de Execução Descentralizada 01/2018. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018.

23 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020. p. 1-20.

com a otimização de tarefas consideradas repetitivas e enfadonhas, que pela sua natureza “sujeitam os recursos humanos a maiores índices de equívocos, retrabalho, redução de métricas de desempenho e aumento de índices de doenças associadas ao trabalho”²⁴.

A justificativa apontada pelo Termo de Execução Descentralizada (TED 01/2018) para a pesquisa e desenvolvimento do projeto Victor foi de que:

A manutenção e ampliação do serviço judicial sem o uso de tecnologia inovadora escalável tende a manter o histórico do crescimento desarrastado de gastos públicos com o Judiciário [...]. Uma via para ajudar o sistema de justiça, especialmente em relação aos processos em tramitação no STF, é a utilização de inovação tecnológica – como aprendizado de máquina, análise de redes complexas, entre outras – para auxílio na realização de tarefas repetitivas²⁵.

É nesse desígnio que o projeto Victor vem se desenvolvendo junto ao Supremo Tribunal Federal, buscando continuamente o desenvolvimento de suporte à atividade humana que, aliado às ferramentas de inteligência artificial, orientam os recursos humanos a tarefas mais estratégicas e menos desgastantes ou repetitivas, sobretudo no cenário de volume de processos novos e do acervo existente no Supremo Tribunal Federal.

Os resultados iniciais esperados pelo projeto Victor são apontados por Fabiano Hartmann Peixoto, seu coordenador acadêmico:

A associação entre um recurso tecnológico com a atividade indispensável do servidor humano projetou para o Victor um cenário de maior efetividade e acurácia no desempenho de estratégias para enfrentamento de problemas da primeira parte da jornada (trabalhos repetitivos e enfadonhos) com maior celeridade, efetividade e redução de estoques de processos.

24 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020. p. 1-20.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Termo de Execução Descentralizada 01/2018. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018.

Portanto, o projeto se fundamenta em uma visão do papel estratégico do trabalho humano e na atuação complementar e de suporte da inteligência artificial ao ser humano²⁶.

Segundo o coordenador, para a concretização do projeto, inicialmente foi necessária uma visão estratégica para o bom uso da tecnologia, o desenvolvimento constante do conhecimento da tecnologia, a análise e proteção em termos de ameaça à cidadania e não concretização de direitos fundamentais e, por fim, a compreensão extensiva do universo tecnológico para definir de forma mais efetiva os riscos, desafios e oportunidades na pesquisa e desenvolvimento do projeto Victor²⁷.

O desenvolvimento inicial do projeto demonstrou alguns cenários e desafios, como o grande volume de processos – à época do início da pesquisa 400 novos processos ingressavam no Supremo Tribunal Federal diariamente –, bem como a necessária implementação de mecanismos de celeridade com responsabilidade visando a garantia das demandas substanciais de justiça²⁸.

Além disso, a identificação de um número muito elevado de dados e informações se apresentava como um grande desafio, sendo que parcela dos dados eram não estruturados, como no caso de processos digitalizados e de peças processuais inseridas no sistema em vários formatos de arquivos.

Nessa perspectiva: “O grande obstáculo é garantir que uma grande quantidade de informação complexa e vinda de fontes diversas, obtenha uma forma estruturada de análise, que seja possível obter

26 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020.

27 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020.

28 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020.

contextos, sentimentos, resumos textuais e categorização de conteúdo, dentre outros fatores de interesse”²⁹.

A primeira etapa da pesquisa foi direcionada para a compreensão de parâmetros para o desempenho, adequação e necessidade do aprendizado de máquina, aliado com fluxo de dados das repercussões gerais fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de possibilitar aplicações para o treinamento e aperfeiçoamento da máquina.

O banco de dados do projeto conta com 952 mil documentos oriundos de cerca de 45 mil processos, sendo esses arquivos submetidos a um fluxo de tratamento de documentos que reduz palavras muito parecidas ou que possuam o mesmo radical a símbolos comuns, atribui uma etiqueta a cada arquivo, classifica as peças mais relevantes, atribui ainda um rótulo com a Repercussão Geral do processo, transforma imagens em textos para posteriores buscas e, finalmente, classifica a peça, de maneira automática³⁰.

A partir desse processamento é que se realiza a aplicação de processamento natural de linguagem aos dados para determinar em qual Repercussão Geral do processo se encaixa:

O programa efetua primeiramente a conversão de imagens em textos. Na sequência ele separa o começo e o fim dos documentos, analisa e classifica as peças processuais, seleciona as peças processuais que são necessárias para a análise da Repercussão Geral, lê apenas o necessário de cada peça a fim de localizar o objeto tratado e procurar uma associação com um dos temas de Repercussão Geral³¹.

29 NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 107.

30 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020. p. 1-20.

31 NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 108.

Há 1.068 temas de Repercussão Geral na base de dados do Supremo Tribunal Federal atualmente. “Desses, em 338 casos foi definido não haver repercussão geral. Nos demais 730 casos em que a repercussão geral foi reconhecida, 418 já tiveram a sua temática julgada definitivamente, havendo 311 temas pendentes de julgamento”³².

Nesse sentido, o professor Fausto Santos de Moraes explicita o contexto legal processual do funcionamento do programa:

De uma forma geral, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir os temas de Repercussão Geral ou não, vinculando os recursos apresentados ao tribunal a esses temas. Assim, tem-se três resultados: sem repercussão, com repercussão ou ainda não definido. Quando o tema não possui repercussão, os recursos apresentados sobre aquela temática devem ter a sua admissibilidade negada. Se o tema possui repercussão geral surgem duas possibilidades: já julgado, os recursos apresentados devem reproduzir o mesmo entendimento; ainda não julgado, reúnem-se os recursos sobre a mesma matéria num grupo, aguardando o julgamento pelo caso representativo. No caso de a temática ainda não ter sido definida como de repercussão geral, os recursos sobre o mesmo assunto são reunidos em grupos e ficam aguardando essa definição³³.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do programa Victor, escolheu ao longo do tempo temas estratégicos para o escrutínio a partir do volume processual que eles envolviam. Em 2017, a corte selecionou três temas: a definição dos juros moratórios aplicados às condenações contra o Estado Brasileiro (Tema 810), a diferença salarial específica de 47,11% devida aos servidores federais (Tema 951) e a possibilidade de aplicação do tema constitucional à conversão de licença-prêmio em pecúnia (Tema 975).

No ano seguinte, em 2018, foram escolhidos dois temas: a não incidência de verba previdenciária sobre remunerações extraordinárias dos servidores públicos (Tema 163) e a falta de observação nos

32 MORAIS, Fausto Santos. *A inteligência artificial como apoio à decisão no sistema de precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2022.

33 MORAIS, Fausto Santos. *A inteligência artificial como apoio à decisão no sistema de precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 493.

tribunais inferiores do julgamento pela maioria de seus integrantes no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade de forma difusa (Tema 739).

Em 2019, os temas estratégicos envolviam questões como a violação do contraditório e da ampla defesa pelos tribunais de instância inferior (Tema 660), a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (Tema 339) e a impossibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal nos casos decorrentes dos Juizados Especiais Cíveis (Tema 800).

Embora todos os 1.068 temas de repercussão geral tenham sido registrados, nem todos foram objeto de escrutínio inicial pelo programa Victor. A escolha dos temas estratégicos foi feita com base no volume processual envolvido.

De modo geral, a pesquisa se fundamentou na procura de “meios de melhorar as condições de trabalho de modo que tarefas repetitivas e enfadonhas sejam progressivamente apoiadas por um sistema, liberando força e tempo de trabalho para execução de atividades consideradas estratégicas pelo STF”³⁴, voltando-se especificamente para a Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação de ferramentas de inteligência artificial no Supremo Tribunal Federal resultou um aumento de celeridade de processamento dos processos eletrônicos, incremento da precisão nas etapas envolvidas, com acurácia de 20% superior ao humano, apoio aos recursos humanos envolvidos nas atividades judiciárias, com a diminuição do retrabalho e melhoria na qualidade do trabalho, e apoio

³⁴ HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito*. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020. p. 1-20.

aos fluxos de processamento nos mais diversos níveis dos processos judiciais³⁵.

Os benefícios advindos da execução do projeto já estão sendo observados:

São analisados no STF aproximadamente 80 mil processos por ano, dos quais 50% são devolvidos à origem por estarem associados a algum tema de Repercussão Geral. Ocorre que a análise manual por um servidor leva, em média, 15 minutos para ser concluída. Victor reduziu o tempo médio de separação e classificação das peças processuais, de 15 minutos para 4 segundos, com acurácia de 94%. Reduziu o tempo de análise da Repercussão Geral de 11 minutos para 10 segundos, com acurácia de mais de 84%. Ainda eliminou a necessidade de investimento de 3 milhões de reais por semestre³⁶.

O objetivo atual do projeto Victor é a criação de sistemas inteligentes capazes de processar e compreender a fala e a escrita como os seres humanos, além da ampliação de suas habilidades e tarefas para atuar nos mais diversos níveis dos processos judiciais, sempre objetivando a busca por maior celeridade e eficiência no andamento dos processos do acervo do Supremo Tribunal Federal.

6. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

O sistema de precedentes é uma das principais ferramentas utilizadas pelo poder judiciário brasileiro para interpretar e aplicar a legislação. Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos Mello destaca que:

A evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, de atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, representando, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, tipicamente correspondente a um modelo de direito codificado-continental (civil *law*) ao sistema da

35 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito*. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020. p. 1-20.

36 NUNES, Dierle *et al.* *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 108.

common law, no qual a ideia de vinculação a precedentes possui papel central³⁷.

Esse sistema se baseia na ideia de que decisões judiciais anteriormente tomadas em casos similares devem servir de referência para o julgamento de casos futuros, garantindo a uniformidade e coerência na aplicação da lei “se um determinado caso já teve a sua questão de mérito jurídico definida pelos tribunais superiores e não havendo motivos pelos quais o juízo das instâncias inferiores reconheçam uma distinção (*distinguishing*), deve-se, por dever de consistência, manter o padrão decisório”³⁸.

O trabalho com precedentes vinculantes demanda o desenvolvimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias ao empreendimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias ao empreendimento de um raciocínio analógico, pelo qual se efetuará o confronto das peculiaridades do caso antecedente com as peculiaridades do caso em exame, de modo a se decidir pela aplicação (ou não) da regra oriunda do primeiro ao segundo³⁹.

A metodologia de precedentes é uma das mais importantes características do direito jurídico, tanto no Brasil como em outros países que adotam o *common law*.

É um sistema que se baseia no princípio da coletividade, na ideia que as decisões judiciais são válidas não somente para os casos específicos que foram julgados, mas também para questões semelhantes que possam surgir no futuro.

Com o advento do Código de Processo Civil, em 2015, o legislador abordou no próprio ordenamento a determinação de a jurisprudência se manter “estável, íntegra e coerente”, consoante ao que preconiza o artigo 926.

37 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, 2005.

38 MORAIS, Fausto Santos de. O uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 306-326, 2021.

39 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, 2005.

Alexandre Freitas Câmara aponta que os padrões decisórios vinculantes, dentre outros precedentes, como enunciados de súmula, que também recebem imputação legal ainda que indireta, possuem eficácia vinculativa.

A aplicação de precedentes pode ser resumida como uma hierarquia de decisões judiciais, na qual as decisões dos tribunais superiores são obrigatórias para os tribunais inferiores e servem como guia para a solução de questões similares:

Um caso se individualiza por seus *material facts* e pela *substantive reasoning* (fundamentação necessária que os liga à sua conclusão. É a partir de tais elementos que se extrai a regra vinculante do precedente. A aplicação de um precedente é afastada quando ser seus fatos, quer sua lógica e fundamentação são muito diversos ou inaplicáveis ao caso a decidir, em virtude as peculiaridades deste último, dando ensejo ao que se denomina *distinguish*⁴⁰.

Isso garante uma certa estabilidade e segurança jurídica, já que as decisões judiciais anteriores servem como base para a resolução de questões futuras, bem como permitem a evolução e adaptação do direito às mudanças sociais, já que as decisões judiciais mais recentes têm mais peso e influência sobre as questões futuras.

Os Tribunais brasileiros há alguns anos apresentam ferramentas de pesquisa de jurisprudência, em decorrência de ser extremamente denso o volume de material legislativo e jurisprudencial. Além disso, o grande número de processos judiciais e a ausência de uniformidade nas decisões são problemas que continuam presentes no cenário do judiciário brasileiro.

A quantidade exorbitante de material jurisprudencial acaba por dificultar a tarefa do Judiciário ao analisar o caso concreto e efetivamente vincular decisões, “os precedentes vinculantes representam o

40 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, 2005.

reconhecimento do papel construtivo da jurisprudência e se destinam a conferir maior eficiência, isonomia e segurança ao sistema”⁴¹.

As ferramentas eletrônicas e as novas tecnologias têm o condão de facilitar a identificação e filtro de todo esse material.

Para facilitar a aplicação do direito e tornar a decisão vinculada e a jurisprudência mais hegemônica, estudiosos da área de inteligência artificial aliada ao direito têm desenvolvido sistemas de inteligência artificial para apoio às decisões judiciais, como é o caso do Projeto Victor ao analisar temas de Repercussão Geral e efetuar sua vinculação aos casos concretos. Nesse sentido, é o contributo do Professor Fausto Santos Morais:

Para fins dessa reflexão, assume-se que a identificação dos recursos em temas agrupados bem como a associação desses grupos aos temas de repercussão geral definidos pelo Supremo Tribunal Federal são atos cognitivos. De outro lado, a definição do resultado deliberativo sobre os temas de repercussão geral, ou seja, qual o resultado jurídico para aquela situação, é um ato decisório-valorativo, próprio dos Ministros componentes do tribunal. Com isso, parece ser difícil negar que o programa Victor oferece maior agilidade organizacional ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que garante a otimização da consistência jurisprudencial entre os recursos interpostos junto ao STF e os temas de repercussão geral⁴².

O Projeto Victor não é utilizado no processo decisório. Não possui autoridade para decidir qual norma será aplicada a um caso específico. Ele só pode ser utilizado depois que o tribunal tomar uma decisão sobre qual norma será utilizada. A função do programa de inteligência artificial é classificar as demandas judiciais de acordo com os temas previamente definidos pelo tribunal:

[...] eles dependem de um ato decisório do tribunal para definir a norma que resolve a demanda repetitiva. Feito isso, os programas compartilham a característica de classificarem as demandas judiciais aos temas já definidos pelo tribunal. Esse

41 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, 2005.

42 MORAIS, Fausto Santos de. O uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 306-326, 2021.

procedimento que permite a identificação e classificação dos temas de demanda não possui o status jurídico de vinculação normativa. Todavia, do ponto de vista fático, consegue fazer uma vinculação tecnológica com o efeito normativo⁴³.

O cenário da inteligência artificial se apresenta muito promissor ao ser aplicado nos precedentes, tornando mais eficiente a aplicação das duas principais exigências do Direito: a capacidade de identificar o material jurídico precedente e manter as novas decisões o mais próximo daquilo já decidido.

Tal eficiência se dará em decorrência da alta capacidade da máquina em extrair informações de textos legais e, por meio de filtragem, identificar aquilo que mais se aproxima da coexistência de casos análogos.

O juízo de admissibilidade de recursos emana de uma comparação entre requisitos objetivos e significados precisos e bem determinados para que a inteligência artificial adquira condições de proceder avaliação de cada caso com maior precisão e celeridade.

Na modelação do direito, a compreensão da lei vai para além da simples premissa de conclusão de caso, “para além da modelação legislativa, deve-se pensar também sobre a modelação da jurisprudência como uma necessidade decorrente da ideia de consistência jurídica para a harmonização jurisprudencial”⁴⁴.

Por isso, um modelo de análise de decisões judiciais embasado no treino da máquina demandará menos esforço de pesquisa de busca e tornará a modelação jurídica mais eficiente para aplicação.

As regras do Código de Processo Civil permitem a adoção de sistemas de inteligência artificial capazes de associar processos

43 MORAIS, Fausto Santos de. O uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 306-326, 2021.

44 NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 492.

concretos a temas definidos. A adoção desses sistemas satisfaz a noção de prazo razoável do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas de inteligência artificial podem ser utilizados como ferramentas de apoio na tomada de decisões judiciais. Estes sistemas são programados para identificar regras, princípios, precedentes sobre uma determinada questão, proporcionando uma análise sistemática e objetiva das circunstâncias envolvidas.

Para que esses sistemas sejam eficazes, é fundamental que as informações que eles utilizam estejam corretas e atualizadas, demandando uma supervisão humana, curadoria cuidadosa de bases de dados legais, bem como a verificação dos dados e informações inseridas nessas bases de dados, pois, quando se fala em jurisprudência, não se analisa apenas a aplicação da lei, mas o caso concreto em si, e os novos casos continuariam a alimentar a base de dados da máquina.

Para evitar lacunas na qualidade e na precisão das informações utilizadas na fundamentação das decisões, o aplicador do direito utiliza o sistema de inteligência artificial como ferramenta de apoio, tornando mais identificável os precedentes aplicáveis ao caso concreto, evitando assim decisões equivocadas ou injustas.

Nesse cenário de oportunidades e mapeamento de riscos, a inteligência artificial se mostrou uma ferramenta importante nos desafios estratégicos que são colocados ao direito como um todo e ao Poder Judiciário especificamente.

Nesse sentido, pode-se concluir que o projeto Victor é o desenvolvimento de um mecanismo de apoio às ações e tomada de decisões dentro dos fluxos de processamento do Supremo Tribunal

Federal. Com destaque positivo para a parceria com a Universidade de Brasília, o sistema aplica os mais novos conceitos e técnicas de inteligência artificial e Aprendizado de Máquina, com o objetivo de otimizar a análise da Repercussão Geral, trazendo celeridade, precisão e acurácia, além de apoio aos recursos humanos envolvidos nas atividades judiciais.

REFERÊNCIAS

ALAMAGRO NOSETE, Jose. **Responsabilidad judicial**. Cordoba: El Almendro, 1984.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALDIN, Cleison Pinter et al. **A inteligência artificial na Automa-tização de Processos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inteligencia-artificial-na-automatizacao-de-processos>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

BASSOLI, Elena. **Algorimica giuridica: Intelligenza artificiale e diritto**. Itália: Amon, 2022.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **A “atuação judicial automatizada” em exame: juiz robô versus juiz humano**. Salvador: JusPodivm, 2022.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um Robô a Julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário**. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Termo de Execução Descentralizada 01/2018**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

- CARLEO, Alessandra. **Decisione robótica**. Bologna: il Mulino, 2019.
- CORVALÁN, Juan G. Inteligencia artificial GPT-3, PretorIA y oráculos algorítmicos en el Derecho. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-52, Jan./abr. 2020.
- DWYER, Tom. Inteligência artificial, tecnologias informacionais e seus possíveis impactos sobre as Ciências Sociais. *In: Scielo: Sociologias*. 5. ed. Porto Alegre, jan./jun. 2001.
- ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e Direito. *In: Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade/ coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2018.
- FERRARI, Isabela; PINTO, Daniel Becker Paes Barreto; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 995, p. 635-655, set. 2018.
- FERRARI, Isabela. O emprego de algoritmos para a tomada de decisões I – como funcionam os algoritmos não programados? *In: FERRARI, Isabela (coord.)*. **Justiça Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FREITAS, Juarez. **Direito e inteligência artificial: em defesa do humano**/Juarez Freitas, Thomas Bellini Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- GARAPON, Antoine; LASSÈGUE; Jean. *Justice digitale*. Paris: PUF, 2018.
- GALIMBERTI, Umberto. O Ser Humano na Idade da Técnica. **CADERNOS IHUideias**. Rio Grande do Sul, Ano 13, n. 218, 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A inteligência artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.26>.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência Artificial: estudos de inteligência artificial**. Curitiba: Alteridade, 2021.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial**. Curitiba: Alteridade, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência artificial e Direito: Convergência Ética e Estratégica**. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial. Curitiba: Alteridade, 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**. ISSN 2675-3156. v. 1, n. 1, Jan-abr., 2020, p. 1-20.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; ZUMBLICK, Roberta. *Methodology for the Project of research and development in law: machine learning and the general repercussion on Brazilian Supreme Court Methodology*. In: ACADEMIA. Disponível em: <https://www.academia.edu/38508976/Methodology_for_the_Project_of_research_and_development_in_law_machine_learning_and_the_general_repercussion_on_Brazilian_Supreme_Court>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

INAZAWA, Pedro; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; CAMPOS, Teófilo; SILVA, Nilton; BRAZ, Fabrício. **PROJETO VICTOR: Como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta Corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados**. Disponível em <<https://cic.unb.br/~teode->

campos/ViP/inazawa_etal_compBrasil2019.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

KATZ, Daniel Martin and Bommarito, Michael James and Blackman, Josh, - *Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: A General Approach*. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1407.6333.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

_____. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

LEAL, Rosemiro P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Rio de Janeiro, 241, p. 177-208, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, Fausto Santos de. O uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 306-326, 2021.

MORAIS, Fausto Santos de *et al.* Efeitos de uma Jurisprudência Artificial. **Revista Direito e Paz**, v. 2, p. 194-210, 2021.

MORAIS, Fausto Santos de *et al.* O Papel Emancipador do Direito em um contesto de linhas abissais e algoritmos. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 27, p. 1-14, 2022.

MORAIS, Fausto Santos. **A inteligência artificial como apoio à decisão no sistema de precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2022.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**: com comentários da virada tecnológica do direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**. Vol. 285/2018, nov. 2018, p. 421-447.

NUNES, Dierle et al. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual**/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

NUNES, Dierle et al. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no âmbito mundial**/coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Isadora Werneck. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Algoritmo: o risco da decisão das máquinas. **Revista Bonijuris**, ano 31, edição 659, ago/set 2019, p. 49.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? *In*: _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência Artificial e Direito Processual Civil**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

PEDRON, Flávio; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. **“Quis custodiet ipsos custodes?” Ou da necessária análise concreta humana supervisionada sobre o processo de automação judicial**. Salvador: JusPodivm, 2022.

PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. **A padronização decisória na era da inteligência artificial: uma possível leitura hermenêutica e da autonomia do direito**/organizado por Luiz Rodrigues Wambier, Fábio L. Quintas, Georges Abboud. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

PROPUBLICA. New York, May 23 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminalsentencing>. Acesso em 16 de dezembro de 2022.

REICHELDT, Luís Alberto. Reflexões sobre inteligência artificial aplicada ao Direito Processual Civil: o desafio da transparência dos algoritmos sob a ótica dos direitos fundamentais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 315, p. 377-393, mai. 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 4. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 53-64.

_____. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 5. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. p. 101-112.

_____. Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 1. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 187-200.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Presente e Futuro. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. 302p.

_____; CASSOL, Jéssica. *In: Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões/Henrique Alves Pinto, Jefferson Carús Guedes, Joaquim Portes de Cerqueira César (coord.)*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. 748 p.

ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v.6, n. 02, e259, jul./dez.2019.

_____; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. *In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Inteligência Artificial e Direito: ensinando um robô a julgar**. Consultor Jurídico. São Paulo, 04 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinandorobo-julgar>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; MENDES, Alexandre José. Entendimento jurídico inclusivo da inteligência artificial: respostas corretas por caminhos alternativos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 18, n. 27, p. 191-220, jan./jun. 2020.

_____; ROSA, Izaias Otacílio da. Testando a Methodology Multicriteria Decision Aid - Constructivism (MCDA-C) na construção de algoritmos de apoio à estabilidade das decisões judiciais. **Revista brasileira de direito**, Passo Fundo, Vol.15, n. 2, p. 281-305, mai-ago.2019.

ZAVRSNIK, Ales, et al. *Big Data, Crime and Social Control*. New York: Routledge, 2018.

CAPÍTULO 10

GOVERNANÇA DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O DESENVOLVIMENTO DE SMART CITIES A PARTIR DA GESTÃO DE INFORMAÇÕES PELO PODER PÚBLICO BRASILEIRO

Jéssica Cassol¹

¹ Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de São Vicente (Unibr). Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante pesquisadora do grupo de estudos e pesquisa (CNPq) intitulado Iudicium: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder, sob a coordenação do Dr. Prof. Darci Guimarães Ribeiro. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jee.cassol@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A inovação tecnológica desafia-nos constantemente a buscar o esgotamento dos potenciais de cada átomo, molécula, e ser humano, e a construir o impensável, o inimaginável, a partir de critérios que unem matemática, tecnologia da informação e comunicação (TIC), inteligência artificial, sustentabilidade, participação popular e, claro, criatividade.

A junção de tais elementos cria ferramentas que podem ser utilizadas nas mais diversas áreas, inclusive no campo da administração pública, como forma de aprimoramento da sistemática de trabalho e de gestão, viabilizando a construção de cidades inteligentes, e perfectibilizando o Princípio da Eficiência, o que permite a melhora da qualidade dos serviços públicos prestados e o aumento da qualidade de vida dos cidadãos.

Dentro do diálogo entre tecnologia e cidade, desvelaram-se os conceitos de cidades inteligentes e inteligência artificial. Na sequência, abordaram-se as ideias de governança, gestão e o desenvolvimento de cidades inteligentes. Por fim, foram expostos os desdobramentos práticos da implementação da tecnologia inteligente nos sistemas públicos.

Em sede de considerações finais, foi ressaltada a viabilidade da inserção de sistemas inteligentes para a construção de cidades capazes de tornar o serviço público mais célere, eficiente, e econômico, a partir da boa gestão de informações a que tem acesso à administração pública.

2. SMART CITIES E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O termo *smart city* possui variantes conceituais, sendo um rótulo difuso, e utilizado a partir de perspectivas muitas vezes diversas, já que não existe um único modelo de enquadramento para definir o que é uma cidade inteligente.

De forma simplória, as cidades inteligentes representam um emaranhado de dados, informações e conexões, que depois de analisadas por sistemas de inteligência artificial, viabilizam que a administração pública tome boas decisões, defina estratégias, rumos, e controle fluxos.

No âmbito nacional, a Carta Brasileira para Cidades Inteligentes¹ define *smart city* da seguinte forma:

CIDADES INTELIGENTES São cidades comprometidas com o desenvolvimento urbano e a transformação digital sustentáveis, em seus aspectos econômico, ambiental e sociocultural, que atuam de forma planejada, inovadora, inclusiva e em rede, promovem o letramento digital, a governança e a gestão colaborativas e utilizam tecnologias para solucionar problemas concretos, criar oportunidades, oferecer serviços com eficiência, reduzir desigualdades, aumentar a resiliência e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, garantindo o uso seguro e responsável de dados e das tecnologias da informação e comunicação.

Os estudiosos Komninos e Sefertzi² estabelecem cinco características para que uma cidade seja considerada inteligente:

These cities were characterized as 'intelligent communities' with respect to five criteria of excellence in information and

1 BRASIL. **Carta Brasileira Cidades Inteligentes**. Edição Revisada. S.d. Disponível em: bit.ly/45YAktI. Acesso em: 12 jun. 2023. p. 28

2 KOMNINOS N.; SEFERTZI, E. Intelligent Cities: R&D offshoring, web 2.0 product development and globalization of innovation systems. **Second Knowledge Cities Summit**. Shenzhen, China, 5-7 November, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/33Ylrws>. Acesso em: 12 jun. 2023. Tradução: "Essas cidades foram caracterizadas como "comunidades inteligentes" em relação a cinco critérios de excelência em tecnologia da informação e comunicação, conhecimento e inovação: infraestrutura de banda larga, que avalia a capacidade local de comunicação digital. Força de trabalho do conhecimento, que mede a capacidade da população por trabalho qualificado em atividades intensivas em conhecimento. Inovação, que avalia o quão longe as comunidades criaram um ambiente favorável à inovação que atrai pessoas criativas e negócios criativos. A democracia digital, que avalia os programas governamentais e do setor privado para superar o fosso digital. Marketing, avalia a atratividade de uma comunidade e suas ofertas competitivas com respeito a outras cidades e regiões."

communication technology, knowledge and innovation: Broadband infrastructure, which evaluates the local capacity for digital communication. Knowledge workforce, which measures the capacity of the population for qualified work in knowledge-intensive activities. Innovation, which assesses how far communities have gone in creating an innovationfriendly environment that attracts creative people and creative businesses. Digital democracy, which assesses the government and private sector programs to overcome the digital divide. Marketing, this assesses the attractiveness of a community and its competitive offerings with respect to other cities and regions.

No entanto, a partir do estudo desenvolvido por Giffinger, Fertner, Kramar, Kalasek, Pichler-Milanović and Meijers³ o conceito de *smart city* ganhou força científica e ela passou a ser identificada pela união de seis componentes: economia inteligente, pessoas inteligentes, governança inteligente, mobilidade inteligente, ambiente inteligente e vida inteligente. Ainda, deve haver a associação de inteligência de recursos, com cidadãos autoconfiantes, independentes e conscientes.

Logo, muitos elementos passaram a ser primordiais na formação de *smart cities*, mas a grande diferença entre as cidades comuns e as *smart cities* reside justamente no componente da inteligência. E esta se estende a toda rede que se conecta e se projeta nessa construção, no formato de um ecossistema.

Hodiernamente, com o intuito de identificar as cidades que já possuem um ecossistema inteligente, a IESE Business School⁴, universidade referência mundial na área de negócios, publica anualmente um *ranking* de cidades inteligentes ao redor do mundo, levando em conta nove aspectos: a) capital humano; b) coesão social; c) economia; d) governança; e) meio ambiente; f) mobilidade e transporte; g) planejamento urbano; h) conexões internacionais; e i) tecnologia.

3 GIFFINGER, R.; FERTNER, C.; KRAMAR, H.; KALASEK, R.; PICHLER-MILANOVIC, N.; MEIJERS, E. **Smart cities Ranking of European médium-sized cities**. Final report. Out. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3IMhZ6R>. Acesso em: 12 jun. 2023. p. 10-11.

4 IESE Business School. University of Navarra. **Cities in Motion**. Smart Urban Governance: Rising to Challenge. S.d. Disponível em: <https://bit.ly/3IIt1Ko>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Todos esses aspectos são levados em consideração para definir se aquele município pode ser considerado uma cidade inteligente. Percebe-se, portanto, que o conceito vai muito além da tecnologia, pois envolve a associação de diversos elementos, que criam um todo capaz de prontamente atender a integralidade das necessidades de seus cidadãos. Para além dos itens acima, fomentar a mudança de mentalidade e estimular a participação da população são pontos-chaves para arquitetar soluções inovadoras aos desafios apresentados.

Mais além, os sistemas inteligentes processam dados, tornando-os informações úteis para que o responsável por tomar decisões possa desenvolver políticas públicas baseadas em evidências. Isto é, cria-se um ecossistema, no qual todos os movimentos impactam na vida humana.⁵

Relevante fazer a ressalva, para evitar equívocos, de que muito embora utilize ferramentas tecnológicas, a cidade inteligente não deve ser confundida com cidade digital, pois enquanto essa é uma “extensão virtual” da cidade, com infraestrutura e serviços a partir das TICs, aquela cria sistemas urbanos inteligentes, ou seja, elas se diferenciam pelo grau e pela natureza com que as tecnologias digitais se comunicam.⁶

Ainda, a cidade digital tem natureza tecnológica, e é desenvolvida a partir das TICs, mas nem sempre possui sistemas e redes que se conectam, ou seja, não há um ecossistema. Já as cidades inteligentes se caracterizam justamente por abarcarem diversos setores, como urbanismo, mobilidade, segurança, saúde, educação, energia, inovação, economia, as quais permanecem interligadas de forma a

5 MACAYA, Javiera F. Medina. MARTINS JUNIOR, José Márcio. Panorama Setorial da Internet. **Smart Cities**. Ano 9, num. 2, set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ugSHto>. Acesso em: 12 jun. 2023.

6 MACAYA, Javiera F. Medina. MARTINS JUNIOR, José Márcio. Panorama Setorial da Internet. **Smart Cities**. Ano 9, num. 2, set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ugSHto>. Acesso em 12: jun. 2023.

tornar os serviços públicos mais eficientes, e a promover o desenvolvimento sustentável e o bem-estar da população.⁷

Cidades modernas, inteligentes, que tornam a vida dos seus cidadãos mais prática e atendem suas necessidades, impactam diretamente na qualidade de vida dos habitantes daquele local. No entanto, para que tal mudança ocorra, é preciso abandonar as roupagens da resistência e abrir-se para o novo universo que está à frente. Nessa linha, Harari⁸ afirma a existência de três premissas para o avanço da ciência moderna: i) a disposição para admitir ignorâncias; ii) o lugar central da observação e da matemática e iii) a aquisição de novas capacidades.

A primeira diz respeito a assumir que não se sabe tudo e que o ser humano sempre poderá ser surpreendido pelo desconhecido e até pelo que julga conhecer. A segunda significa fazer uso da lógica e da matemática para obter novos conhecimentos. E a terceira implica utilizar esse novo conhecimento para adquirir novas capacidades e desenvolver tecnologias a favor do ser humano.⁹

Para além da *smart city*, é importante também diferenciar os conceitos de dados e de inteligência artificial. O professor Tiago Marini¹⁰ explica que “O dado não possui significado relevante e não conduz a nenhuma compreensão. Representa algo que não tem sentido a princípio. Portanto, não tem valor algum para embasar conclusões, muito menos respaldar decisões”. Somente a partir do processamento dos dados, é que eles se transmutam para informações. Assim, dados são o ponto de partida (a unidade básica) da informação. Em outras palavras, sem dados, não existem informações.

7 HUGO, Vitor. Cidade Digital e Cidade Inteligente: entenda os conceitos. **Referencial Verde**. 27 fev. 2019.

8 HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 261.

9 HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 261.

10 MARINO, Tiago. **Dado x Informação x Conhecimento**. Professor da UFRJ (material didático). Disponível em: <https://bit.ly/34i9ilQ>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Imperioso ressaltar que alguns dados são abertos (públicos), enquanto outros são restritos (aos titulares ou a um grupo determinado de pessoas), a exemplo de um Procedimento Administrativo Disciplinar, que, durante seu curso, é disponibilizado apenas às partes interessadas (acusados, indiciados ou seus representantes legais).

Partindo dessas premissas, segundo a Open Knowledge Foundation¹¹, dados abertos são aqueles que podem ser acessados, utilizados, modificados ou compartilhados livremente, sujeitando-se apenas a algumas exigências para preservar sua proveniência e abertura.

Sob a perspectiva legal, os dados abertos da administração direta e indireta são Regulados pela Lei de Acesso à Informação (LAI), que em seu artigo 8º estabelece a obrigação dos órgãos e entidades públicas promoverem a divulgação das informações de interesse coletivo por eles produzidas ou custodiadas.¹²

Nota-se que a administração possui acesso a dados abertos e fechados, o que constitui uma quantidade bastante significativa de conteúdo, nos mais diversos âmbitos, como saúde, educação, segurança, tráfego, entre outros. Esse conjunto faz com que, a partir de sua transmutação para a categoria de “informação”, seja possível melhor compreender a situação de cada área da cidade e criar mecanismos que aumentem a qualidade de vida das pessoas.

Mas nada disso é possível sem um sistema apto a tornar uma cidade inteligente realidade. Para isso, a utilização de sistemas de ponta, baseados em inteligência artificial, são mais do que recomendados, tanto pela capacidade de processar elevado número de dados

¹¹ OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. **Open Definition**. Disponível em: <https://bit.ly/3s5zmJ2>. Acesso em: 13 jun. 2023.

¹² BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3rbMj5C>. Acesso em: 12 jun. 2023.

e informações, quanto pela estrutura capaz de projetar caminhos, soluções, percentuais, e cursos de ação aptos a tornar a decisão da autoridade mais precisa e assertiva.

A construção de uma inteligência artificial envolve algoritmos, que podem ser descritos como instruções, em códigos, além de bibliotecas com informações e ferramentas que determinam o curso de ação da máquina.¹³ Para que um sistema seja considerado inteligente, ele deve ser dotado de algumas das seguintes características: capacidade de adquirir conhecimento, planejar eventos, resolver problemas, representar informações, armazenar conhecimentos, comunicar-se por linguagem coloquial e aprender.¹⁴

Diante do crescente aumento de pesquisas na área, descobriu-se que a máquina é capaz de aprender com a experiência passada (*machine learning*). Esse traço é a marca da inteligência artificial aplicada à ciência jurídica.¹⁵

Álvarez¹⁶ define a inteligência artificial como “[...] el estudio del modo en que pueden construirse o programarse computadoras para que se comporten de acuerdo con rasgos observables que en los seres humanos atribuiríamos a procesos mentales”.

Badia e González¹⁷ afirmam que “La inteligencia artificial es la ciencia e ingeniería que permite diseñar y programar ordenadores de forma que realicen tareas que requieren inteligencia”, e também

13 DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015. p. 2.

14 LIMA, Isaías; PINHEIRO, Carlos A. M.; SANTOS, Flávia A. Oliveira. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 2.

15 FACELLI, Katti; LORENA, Ana Carolina; GAMA, João; CARVALHO, André C. P. L. F. de Carvalho. **Inteligência artificial**: uma abordagem do aprendizado da máquina. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 2.

16 ALVAREZ, Juan J. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial**: claver filosóficas y prospectivas de futuro. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013. p. 9. Tradução: “[...] o estudo de como os computadores podem ser construídos ou programados para se comportar de acordo com traços observáveis que em humanos atribuímos a processos mentais”.

17 BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLEZ, Pedro Mesenguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: CSIC, 2017. p. 8. Tradução: “Inteligência artificial é a ciência e engenharia que permite que computadores sejam projetados e programados para executar tarefas que exigem inteligência” e também que “a Inteligência artificial é a ciência e engenharia que nos permitirá replicar a inteligência humana através de máquinas”.

que “La inteligencia artificial es la ciencia e ingeniería que permitirá replicar la inteligencia humana mediante maquinas”. Em Minsky¹⁸, a inteligência artificial é “[...] the science of making machines do things that would require intelligence if done by men”. Ainda, Russell e Norving¹⁹ afirmam que a conexão entre conhecimento e ação é condição essencial à inteligência artificial.

Diante do exposto, resta cristalino que a união entre sistemas inteligentes, que se interligam por ramificações em torno de todo território de uma cidade, criando um ecossistema inteligente, permite afirmar que esta construção revolucionará (ainda mais) a atividade do gestor público, a serviço dos cidadãos.

3. GOVERNANÇA, GESTÃO E DESENVOLVIMENTO DE CIDADES INTELIGENTES

O papel cerne da governança pública, mais do que alterar estruturas de trabalho, é promover uma mudança institucional, modificando mentalidades, afastando resistências, quebrando preconceitos, e ganhando a confiança dos servidores e da população em geral. A missão é, sem dúvida, árdua e de grande responsabilidade.

Segundo Lynn, Heirich e Hill²⁰, o termo “governança” faz parte dos setores público e privado, nos arranjos globais e locais, e na referência a normas e entendimentos formais e informais. Para os autores, o termo pode ser definido como o conjunto de leis, regras, decisões judiciais e práticas que restringem, prescrevem e possibilitam a atividade governamental, a ponto de que esta possa produzir e entregar bens públicos e serviços.

18 MINSKY, L. Marvin. **Semantic information processing**. E-book não paginado. Tradução: “[...] a ciência de fazer máquinas que realizam tarefas que requereriam inteligência se feitas pelo homem.”

19 RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 8

20 LYNN, L. E.; HEINRICH, C. J.; HILL, C. J. *Studying governance and public management: Why? How*. IN: LYNN, L. E.; HEINRICH, C. J.; HILL, C. J. **Governance and performance: new perspectives**. Library of Congress: Arizona, 1999.

No entanto, numa *smart city*, não só a cidade, como a governança precisa ser inteligente (colaborativa), e por isso seu conceito é mais amplo. Ambas (cidade e governança) caminham entrelaçadas por uma característica em comum: inteligência. Assim, as mais diversas finalidades podem ser alcançadas, por meio de modelos contemporâneos de gestão.²¹

Segundo Walravens²², uma boa governança sugere um esforço para o equilíbrio dos propósitos governamentais, a partir de decisões que visem o consenso e a harmonização dos interesses envolvidos. O autor enfatiza que a tecnologia não deve partir de uma escolha autoritária do gestor, mas das demandas apresentadas pela população, devendo haver o cuidado de não excluir certas categorias da participação e do acesso às plataformas digitais.

Como as *smart cities* vão além nas noções tradicionais de governança e de gestão, devem ser incluídos novos elementos na tomada de decisão, de forma a estabelecer cursos de ação estrategicamente planejados. Nesse sentir, para melhor compreensão da distinção entre governança e gestão, o Tribunal de Contas da União (TCU)²³ esclarece:

Enquanto a governança é a função direcionadora, a gestão é a função realizadora. [...] enquanto a governança é responsável por estabelecer a direção a ser tomada, com fundamento em evidências e levando em conta os interesses da sociedade brasileira e das partes interessadas, a gestão é a função responsável por planejar a forma mais adequada de implementar as diretrizes estabelecidas, executar os planos e fazer o controle de indicadores e de riscos.

21 LINHARES, João Eduardo. et al. **Governança e gestão inteligentes em municípios de pequeno porte: o caso de Luzerna (SC - Brasil)**. 05 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3u9rkBC>. Acesso em: 12 jun. 2023.

22 WALRAVENS, Nils. Mobile Business and the Smart City: Developing a Business Model Framework to Include Public Design Parameters for Mobile City Services. **Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research**. Vol 7 Ano 3. Dez. 2012, p. 121-135. Disponível em: <https://bit.ly/3r9Kt4o>. Acesso em: 16 jun. 2023. p. 126-127.

23 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Governança Pública**. Disponível em: <https://bit.ly/3G9Oeez>. Acesso em 16 jun. 2023.

Assim, governança e gestão caminham entrelaçadas, pois se de um lado a governança define rumos, de outro a gestão garante a perfectibilização dos direcionamentos estabelecidos. Daí a relevância de se ter informações claras, específicas e voltadas à resolução das questões municipais, o que apenas é possível com sistemas inteligentes, capazes de processar uma quantidade quase infinita de dados, em tempo recorde, o que também deve ser considerado, já que o tempo para resolução de problemáticas que impactam diretamente no cotidiano das pessoas é extremamente precioso.

No entanto, a governança pública numa *smart city* implica não somente a gestão dos recursos disponíveis, mas passa também pela governança de dados e de seu compartilhamento entre os setores da administração pública. Sobre a temática, a Portaria nº 58, de 23 de dezembro de 2016²⁴, esclarece o conceito de governança de dados:

VI - Governança de dados: conjunto de políticas, processos, pessoas e tecnologias que visam a estruturar e administrar os ativos de informação, com o objetivo de aprimorar a eficiência dos processos de gestão e da qualidade dos dados, a fim de promover eficiência operacional, bem como garantir a confiabilidade das informações que suportam a tomada de decisão.

Já o Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019²⁵, em seu artigo 2º, inciso VX, afirma que governança de dados é o “[...] exercício de autoridade e controle que permite o gerenciamento de dados sob as perspectivas do compartilhamento, da arquitetura, da segurança, da qualidade, da operação e de outros aspectos tecnológicos”. Ressalta-se que o Decreto supra também instituiu, no artigo 21, o Comitê Central de Governança de Dados.

24 BRASIL. **Portaria nº 58, de 23 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre procedimentos complementares para o compartilhamento de bases de dados oficiais entre órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://bit.ly/34hhgeX>. Acesso em: 12 jun. 2023.

25 BRASIL. **Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: <https://bit.ly/3u61COu>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Numa *smart city*, a governança possui um conceito amplo. Como as cidades inteligentes funcionam por meio da transmissão e processamento de dados, a governança passa a ter um viés colaborativo, na medida em que se adota um perfil inovador, a partir da adesão de diversos agentes, inclusive dos próprios cidadãos, que passam a opinar, sugerir, e a demonstrar as reais carências e problemáticas a serem enfrentadas pela administração pública.

Pontua-se que a governança é pública por que as medidas adotadas pelo governante são disponibilizadas (em sítios eletrônicos, por exemplo) para viabilizar que os cidadãos possam acompanhar o passo a passo da administração. Logo, quanto mais transparência no agir do administrador (governança pública) mais alinhada ela está com a ideia de cidade inteligente.

A governança pública pressupõe, portanto, participação popular, já que é a partir do conhecimento sobre as dificuldades e contratempos existentes no ambiente urbano e rural, é que se pode estabelecer premissas e diretrizes mais eficientes, de acordo com as situações apresentadas.

Nessa perspectiva, a governança pública nas cidades inteligentes passa pela boa utilização das TICs, de dados abertos, *websites* e aplicativos voltados à comunicação do Estado com a sociedade, estabelecendo um elo de confiança e cooperação entre munícipes e administradores.

Mover-se em direção à inovação e promover ações que estimulem o estudo e a implantação de sistemas que contribuam com melhorias em prol da sociedade é uma boa forma de conscientizar os cidadãos e os operadores da máquina pública sobre as novas possibilidades que surgem ao unir forças.

4. DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA INTELIGENTE NOS SISTEMAS PÚBLICOS

A utilização da tecnologia inteligente, mais do que uma consequência natural da sociedade hodierna, é uma possibilidade poderosa de melhorar, como um todo, serviços e organizações engessadas.

A elevada quantidade de pessoas convivendo em sociedade, em sua maioria em áreas urbanas, sinaliza para um aumento gradual e irrefreável da população, e requer um olhar atento aos desafios enfrentados nos grandes centros, como ocupações irregulares de territórios, falta de saneamento básico, carência de infraestrutura urbana, falta de moradias e favelização, mobilidade ineficiente, periferização da população humilde, poluição, e crescimento da economia informal.²⁶

Atualmente, em âmbito nacional, embora o Brasil caminhe a passos lentos, o Decreto nº 9.612/2018²⁷, que instituiu a Política Pública de Telecomunicações, prevê a criação do Programa de Cidades Inteligentes, a ser desenvolvido em observância ao Decreto nº 9.854/2019²⁸, que trata do Plano Nacional de Internet das Coisas e cria a Câmara das Cidades 4.0.

Com vistas a concretizar o plano legislativo, foi elaborado o documento nominado “Carta Brasileira para Cidades Inteligentes”²⁹, que traça uma estratégia nacional para a construção de *smart cities* no

26 CUNHA, Maria Alexandra. PRZEYBILOVICZ, Erico. MACAYA, Javiera Fernanda Medina. SANTOS, Fernando Burgos Pimentel dos. **Smart Cities: transformação digital de cidades**. FGVAESP. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3AKIdEb>. Acesso em: 16 jun. 2023.

27 BRASIL. **Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações. Disponível em: <https://bit.ly/3HbAMYJ>. Acesso em: 16 jun. 2023.

28 BRASIL. **Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019**. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Disponível em: <https://bit.ly/344si7v>. Acesso em: 16 jun. 2023.

29 BRASIL. **Carta Brasileira Cidades Inteligentes**. Edição Revisada. S.d. Disponível em: [https:// bit.ly/45YAktI](https://bit.ly/45YAktI). Acesso em: 16 jun. 2023.

Brasil, instituindo diretrizes e estabelecendo premissas básicas sobre o assunto.

Na Carta, cinco princípios norteiam a construção de cidades inteligentes: a) respeito à diversidade territorial brasileira, em seus aspectos culturais, sociais, econômicos e ambientais; b) visão sistêmica da cidade e da transformação digital; c) integração dos campos urbano e digital; d) conservação do meio ambiente; e) interesse público acima de tudo.³⁰

Vale ressaltar também, as seis diretrizes escolhidas pelo Brasil para o desenvolvimento das *smart cities*: a) promover o desenvolvimento urbano sustentável; b) construir respostas para os problemas locais; c) promover educação e inclusão digital; d) estimular o protagonismo comunitário; e) colaborar e estabelecer parcerias; f) decidir com base em evidências.³¹

O conjunto proporcionado pela administração naturalmente propicia um aumento nos indicadores de qualidade de vida dos habitantes, em razão da melhor prestação dos serviços públicos, perfectibilizando, desse modo, o Princípio da Eficiência. No ponto, lecionam Meirelles e Filho³²:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado.

30 BRASIL. **Carta Brasileira Cidades Inteligentes**. Edição Revisada. S.d. Disponível em: [https:// bit.ly/45YAktI](https://bit.ly/45YAktI). Acesso em: 16 jun. 2023. p. 30.

31 BRASIL. **Carta Brasileira Cidades Inteligentes**. Edição Revisada. S.d. Disponível em: [https:// bit.ly/45YAktI](https://bit.ly/45YAktI). Acesso em: 16 jun. 2023. p. 31

32 MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 105.

Percebe-se que há um dever de eficiência atrelado à atividade administrativa, em favor do interesse público visado. Nesse aspecto, as tomadas de decisão deverão ser voltadas a atender um fim específico, predeterminado, e que atenda à coletividade. Vale ressaltar que como numa *smart city* todos os setores se interligam, o impacto de ações ou omissões é potencialmente maior, fazendo com que a responsabilidade do gestor aumente.

Para Kurzweil³³, o processo evolutivo da tecnologia proporciona “[...] vasta expansão da nossa base de conhecimentos, facilitando muitos vínculos entre uma área de conhecimentos e outra”. Portanto, unir o Direito e a inteligência artificial para a criação de um ecossistema promove, por consequência, a interação entre conhecimentos em favor do aprimoramento do funcionalismo público, com “[...] análise de dados qualificada e abrangente, assim como o reconhecimento de padrões, o cruzamento de informações e a geração de *insights* oriundos de diferentes perspectivas e contextos”.³⁴

Sob essa perspectiva, construir uma *smart city*, segundo o Instituto McKinsey Global³⁵, pode aumentar de 10% a 30% os indicadores de qualidade de vida, quais sejam, conectividade, segurança, tempo, emprego, custo de vida, meio ambiente e saúde. Além disso, uma sociedade conectada aos sistemas informatizados terá à disposição previsões econômicas, ambientais, políticas e humanas, conjunto que impacta diretamente no desenvolvimento contínuo de todas essas áreas.³⁶

33 KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente**: os segredos do pensamento humano. Disponível em: <https://bit.ly/3fUHJje>. Acesso em: 16 jun. 2023. *E-book* não paginado.

34 FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. v. 19, n. 3 (2018), p. 221-222. Disponível em: <https://bit.ly/2U4NuCi>. Acesso em: 16 jun. 2023.

35 WOETZEL, Jonathan, et al. Smart cities: Digital solutions for a more livable future. **McKinsey Global Institute**. 05 jun. 2018. Disponível em: <https://mck.co/3IHRjE8>. Acesso em: 16 jun. 2023.

36 DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. v. 23, n. 4. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zQxexY>. Acesso em: 12 jun. 2023. p. 4.

Na realidade, os benefícios proporcionados pela inserção de *softwares* inteligentes na administração pública são incontáveis, destacando-se a substituição de procedimentos e métodos de trabalho arcaicos, facilidade de comunicação, economia de recursos, maior atenção à sustentabilidade, melhor prestação de serviços e aumento da qualidade de vida das pessoas.

Em termos práticos, sensores inteligentes possibilitam identificar rapidamente vazamentos em tubulações e consertar avarias em curto espaço de tempo. A iluminação pública a base de LED também contribui para economia de recursos, na medida em que as luzes se ajustam escurecendo ou clareando de acordo com o dia e a noite. Igualmente, sensores de qualidade do ar podem ser utilizados para reconhecer fontes de poluição e diminuir emissões excessivas.³⁷

Mais além, em termos de tráfego terrestre, o transporte público pode ser reprogramado, de acordo com o nível de demanda e horários de pico, e semáforos inteligentes podem ser ajustados para evitar ou diminuir congestionamentos, proporcionando fluidez nas vias.³⁸

Com relação à segurança pública, a tecnologia, aliada a utilização de câmeras de monitoramento pode melhorar o tempo de resposta às mais diversas situações (acidentes, furtos, roubos, etc.), já que as autoridades podem obter informações em tempo real, e mapear regiões com maior propensão à criminalidade, inclusive fazendo uso de câmeras corporais e reconhecimento facial, conjunto capaz de minimizar riscos sociais e a ocorrência de crimes.³⁹

Outro ponto que sempre merece atenção é a infraestrutura de uma cidade, já que investimentos em manutenções e reparos são uma

37 SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X> Acesso em: 12 jun. 2023.

38 SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X> Acesso em: 12 jun. 2023.

39 SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X>. Acesso em: 12 jun. 2023.

constante. Com o auxílio de sensores inteligentes, é possível detectar mudanças estruturais, inclinações ou fissuras em edificações e pontes, identificando a necessidade de vistorias ou manutenções, salvando vidas e diminuindo gastos.⁴⁰

Os registros públicos também serão positivamente modificados com a utilização de livros digitais. Uma excelente possibilidade é a *Blockchain*, um livro-razão digital pelo qual os dados são organizados cronologicamente e cujos registros são intangíveis, transparentes e auditáveis. Esse novo mecanismo tem as vantagens da desburocratização e da agilidade na prestação do serviço. Outro elemento que é passível de modificação são os selos, que poderão ser substituídos por criptografia de ponta, dificultando falsificações ou adulterações de autenticações e garantindo maior segurança às operações cartorárias.⁴¹

Outrossim, posto que os sistemas inteligentes gerem economia, diminuindo o número de funcionários, é preciso lembrar que, em caso de equívoco ou falha do *software*, o Estado será responsabilizado. Logo, será preciso criar uma legislação que seja clara e destinada a prevenir, e responsabilizar possíveis incidentes nesse sentido.⁴²

Também será preciso preservar a individualidade e a autonomia do funcionário que será auxiliado pela tecnologia, pois num possível embate entre a solução proposta pela máquina e a do profissional humano, deve-se ponderar sobre os caminhos apontados, permitindo-se que, ao final, prevaleça o livre arbítrio humano.⁴³

Ademais, deve ser observado que *smart cities* pedem, imperiosamente, um investimento significativo em tecnologia e serviços

40 SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X>. Acesso em: 12 jun. 2023.

41 SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X>. Acesso em: 12 jun. 2023.

42 CABRAL, Antonio. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. IN: **Civil Procedure Review**. v.10, n.1: jan.-abr., 2019. p. 117. Disponível em: <https://bit.ly/2U3tqAa>. Acesso em: 16 jun. 2023, p. 118.

43 WIMMER, Miriam. Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: um panorama dos principais desafios. IN: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes. **Direito digital: debates contemporâneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 19- 20. Disponível em: <https://bit.ly/2ABbW7b>. Acesso em: 16 jun. 2023.

derivados, o que, por conseguinte, tende a aumentar tributos. Outra questão é que a privacidade provavelmente será reduzida, porquanto é preciso coletar dados e observar hábitos e preferências dos habitantes daquele local.

Para reduzir riscos e trabalhar nos pontos mais frágeis das *smart cities*, evitando desigualdades e combatendo a ignorância informacional, foram traçados, pelo Brasil, na Carta das Cidades Inteligentes, os seguintes objetivos estratégicos:⁴⁴

OBJETIVO ESTRATÉGICO 1: Integrar a transformação digital nas políticas, programas e ações de desenvolvimento urbano sustentável, respeitando as diversidades e considerando as desigualdades presentes nas cidades brasileiras; OBJETIVO ESTRATÉGICO 2: Prover acesso equitativo à internet de qualidade para todas as pessoas; OBJETIVO ESTRATÉGICO 3: Estabelecer sistemas de governança de dados e de tecnologias, com transparência, segurança e privacidade; OBJETIVO ESTRATÉGICO 4: Adotar modelos inovadores e inclusivos de governança urbana e fortalecer o papel do poder público como gestor de impactos da transformação digital nas cidades; OBJETIVO ESTRATÉGICO 5: Fomentar o desenvolvimento econômico local no contexto da transformação digital; OBJETIVO ESTRATÉGICO 6: Estimular modelos e instrumentos de financiamento do desenvolvimento urbano sustentável no contexto da transformação digital; OBJETIVO ESTRATÉGICO 7: Fomentar um movimento massivo e inovador de educação e comunicação públicas para maior engajamento da sociedade no processo de transformação digital e de desenvolvimento urbano sustentáveis. OBJETIVO ESTRATÉGICO 8: Construir meios para compreender e avaliar, de forma contínua e sistêmica, os impactos da transformação digital nas cidades.

Os itens acima demonstram atenção ao contexto nacional, e indicam empenho e engajamento em atender tanto às expectativas criadas em torno das *smart cities*, quanto em abarcar toda a população, combatendo, desde já, vulnerabilidades, e traçando uma linha de atuação e acompanhamento contínuo do processo de desenvolvimento da cidade inteligente.

44 BRASIL. *Carta Brasileira Cidades Inteligentes*. Edição Revisada. S.d. Disponível em: bit.ly/45YAktI. Acesso em: 12 jun. 2023. p. 103-110.

Todas essas questões são muito importantes, pois atingem a relação de confiança de quem trabalhará com os sistemas inteligentes, de quem sofrerá diretamente seus impactos, e da população inserida na *smart city*. Logo, é preciso ter cuidado com os projetos postos em prática, além de ter atenção ao processo de execução (antes, durante e após).

Não se nega, portanto, a existência de diversas ressalvas às *smart cities*, mas acima de tudo, arquitetar uma cidade, desenvolver planos estratégicos, e viver a transformação que a tecnologia pode proporcionar, é um processo que precisa ser encarado como uma oportunidade de aprimoramento das qualidades humanas, da sociedade, e da administração pública como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de *smart cities* não faz parte de um futuro distante, mas de uma realidade da qual não se pode mais desviar. Sociedades modernas, complexas e com demandas diversificadas requerem respostas em igual nível.

Após perpassar pelos conceitos de cidades inteligentes e inteligência artificial, foram abordadas as ideias de governança, gestão, dados e informação. Também foram mencionados os desdobramentos práticos da implementação da tecnologia inteligente nos sistemas públicos, com muitos pontos positivos e outros que requerem atenção.

Feitos os esclarecimentos e desmistificando a aparente complexidade tecnológica, confirmou-se a plena viabilidade da inserção de sistemas inteligentes para a construção de cidades capazes de tornar o serviço público mais célere, eficiente, e econômico, a partir da boa gestão de informações a que tem acesso à administração pública.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Juan J. **Aproximación crítica a la inteligencia artificial: claver filosóficas y prospectivas de futuro**. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013.

BADIA, Ramon López de Mántaras; GONZÁLEZ, Pedro Mesenguer. **Inteligencia artificial**. Madrid: CSIC, 2017.

BRASIL. **Carta Brasileira Cidades Inteligentes**. Edição Revisada. S.d. Disponível em: bit.ly/45YAktI. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações. Disponível em: <https://bit.ly/3HbAMYJ>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019**. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Disponível em: <https://bit.ly/344si7v>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: <https://bit.ly/3u61COu>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3rbMjSC>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Portaria n° 58, de 23 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre procedimentos complementares para o compartilhamento de bases de dados oficiais entre órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://bit.ly/34hhgeX>. Acesso em: 12 jun. 2023.

CABRAL, Antonio. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. *In: Civil Procedure Review*. v.10, n.1: jan.-abr., 2019, p. 117. Disponível em: <https://bit.ly/2U3tqAa>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CUNHA, Maria Alexandra. PRZEYBILOVICZ, Erico. MACAYA, Javiera Fernanda Medina. SANTOS, Fernando Burgos Pimentel dos. **Smart Cities: transformação digital de cidades.** FGVAESP. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3AKIdEb>. Acesso em: 16 jun. 2023.

DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world.** Nova York: Basic Books, 2015.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. v. 23, n. 4. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zQxexY>. Acesso em: 12 jun. 2023.

FACELLI, Katti; LORENA, Ana Carolina; GAMA, João; CARVALHO, André C. P. L. F. de Carvalho. **Inteligência artificial: uma abordagem do aprendizado da máquina.** Rio de Janeiro: LTC, 2015.

FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. v. 19, n. 3 (2018), p. 221-222. Disponível em: <https://bit.ly/2U4NuCi>. Acesso em: 16 jun. 2023.

GIFFINGER, R.; FERTNER, C.; KRAMAR, H.; KALASEK, R.; PICHLER-MILANOVIC, N.; MEIJERS, E. **Smart cities Ranking of European médium-sized cities**. Final report. Out. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3IMhZ6R>. Acesso em: 12 jun. 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HUGO, Vitor. Cidade Digital e Cidade Inteligente: entenda os conceitos. **Referencial Verde**. 27 fev. 2019.

IESE Business School. University of Navarra. **Cities in Motion**. Smart Urban Governance: Rising to Challenge. S.d. Disponível em: <https://bit.ly/3IIt1Ko>. Acesso em: 12 jun. 2023.

KOMNINOS N.; SEFERTZI, E. Intelligent Cities: R&D offshoring, web 2.0 product development and globalization of innovation systems. **Second Knowledge Cities Summit**. Shenzhen, China, 5-7 November, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/33Ylrws>. Acesso em: 12 jun. 2023.

KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente: os segredos do pensamento humano**. Disponível em: <https://bit.ly/3fUHJje>. Acesso em: 16 jun. 2023. *E-book* não paginado.

LIMA, Isaías; PINHEIRO, Carlos A. M.; SANTOS, Flávia A. Oliveira. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LINHARES, João Eduardo. et al. **Governança e gestão inteligentes em municípios de pequeno porte: o caso de Luzerna (SC - Brasil)**. 05 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3u9rkBC>. Acesso em: 12 jun. 2023.

LYNN, L. E.; HEINRICH, C. J.; HILL, C. J. Studying governance and public management: Why? How. *In*: LYNN, L. E.; HEINRICH, C. J.; HILL, C. J. **Governance and performance: new perspectives**. Library of Congress: Arizona, 1999.

MACAYA, Javiera F. Medina. MARTINS JUNIOR, José Márcio. Panorama Setorial da Internet. **Smart Cities**. Ano 9, num. 2, set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ugSHto>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MARINO, Tiago. **Dado x Informação x Conhecimento**. Professor da UFRJ (material didático). Disponível em: <https://bit.ly/34i9ilQ>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINSKY, L. Marvin. **Semantic information processing**. *E-book* não paginado.

OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. **Open Definition**. Disponível em: <https://bit.ly/3s5zmJ2>. Acesso em: 13 jun. 2023.

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SKYFII. **5 Vias Tecnologia Cidade Inteligente Benefícios Cidades e Residentes**. 11 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IQFn2X>. Acesso em: 12 jun. 2023.

WALRAVENS, Nils. Mobile Business and the Smart City: Developing a Business Model Framework to Include Public Design Parameters for Mobile City Services. **Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research**. Vol 7 Ano 3. Dez. 2012, p. 121-135. Disponível em: <https://bit.ly/3r9Kt4o>. Acesso em: 16 jun. 2023.

WIMMER, Miriam. Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: um panorama dos principais desafios. *In*: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes. **Direito digital**: debates contemporâneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 19- 20. Disponível em: <https://bit.ly/2ABbW7b>. Acesso em: 16 jun. 2023.

WOETZEL, Jonathan, et al. Smart cities: Digital solutions for a more livable future. **McKinsey Global Institute**. 05 jun. 2018. Disponível em: <https://mck.co/3IHRjE8>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CAPÍTULO 11

O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO: DOS CLÁSSICOS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Oswaldo Poll Costa¹

¹ Procurador da República. Ex-procurador da Fazenda Nacional. Ex-procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE-RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Graduado em História pela Universidade Federal do Rio Grande.

1. INTRODUÇÃO

Há certos temas que se mantêm por longos períodos como fonte de debates e divergências no campo do Direito. Sem dúvida, o ativismo judicial é um desses assuntos, constituindo-se como um dos temas mais polêmicos em nosso cenário jurídico há algumas décadas. Entretanto, o ativismo judicial não é um tema isolado. Ele está, de fato, intimamente ligado ao tema dos limites da atuação judicial e, em última análise, à própria natureza dessa atividade.

Portanto, no presente estudo, pretende-se tratar do ativismo judicial dentro de uma abordagem conceitual e histórica, associando o tema à discussão, evidentemente correlata, sobre como se inserem os juízes nas sociedades modernas e como são construídas as decisões judiciais. Juízes criam o direito? É possível falar em juízes legisladores? Quais são os limites do processo hermenêutico? Não se tem a pretensão, claro, de dar uma resposta definitiva a essas questões, mas apenas de apresentar uma perspectiva um pouco diferente da que geralmente é colocada nos trabalhos sobre o assunto.

A base da discussão será estruturada sobre autores clássicos com diferentes visões sobre o tema, buscando apontar, além das evidentes divergências, alguns pontos de intersecção entre eles. Com a expressão “clássicos”, não nos referimos, aqui, evidentemente, a autores que escreveram suas obras na antiguidade clássica ou no período do Renascimento – quando o tema do presente estudo sequer representava um assunto importante – mas a alguns autores modernos bastante relevantes, tanto nacional como internacionalmente. Entretanto, será trazida à baila também uma perspectiva fornecida por uma inteligência artificial, o ChatGPT. A escolha dessa ferramenta específica deu-se em razão da grande notoriedade que esta

vem ganhando em razão da qualidade das respostas que apresenta aos questionamentos formulados, bem como ao fato de que o tema tratado, ainda que se refira à área jurídica, não aborda aspectos propriamente endoprocessuais, fugindo, portanto, do escopo da maioria das ferramentas de inteligência artificial programadas especificamente para órgãos jurídicos.

Isso se justifica por duas razões. A primeira e mais evidente é que o uso de inteligências artificiais na área jurídica tem se tornado cada vez mais comum nos últimos anos e parece ser um caminho sem volta. De fato, O Supremo Tribunal Federal criou, recentemente, um setor voltado à inteligência artificial em sua estrutura orgânica, tendo como principal objetivo desenvolver novas soluções aplicadas à prestação jurisdicional da Corte¹. A segunda justificativa encontra-se no fato de que, ainda que a visão apresentada por uma inteligência artificial – especialmente uma não voltada especificamente para a área jurídica – não seja, evidentemente, a mais consistente do ponto de vista teórico, ela é baseada em um incontável número de fontes, encontradas especialmente na Internet. Assim, a abordagem oferecida sobre o tema será relevante em face da amplitude da base de dados utilizada, que fornece uma amostragem muito significativa, mesmo que não tenha sido construída com base em uma metodologia específica.

2. PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E CONCEITUAIS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Mesmo que o objetivo do presente estudo não seja abordar o tema central a partir de autores que escreveram suas obras na antiguidade clássica, pois, como dito, o ativismo judicial e os limites da atividade judicial sequer eram temas relevantes naquele período, faz-se mister trazer uma abordagem histórica, iniciando justamente

¹ Matéria sobre o tema está disponível no site do STF: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499690&ori=1>>.

por um clássico latino. Assim, já no século I a.C., Cícero afirmava que a história é a mestra da vida – *Historia magistra vitae*. Quase dois mil anos depois, Marc Bloch, um dos mais proeminentes historiadores do século XX, apresentou lição semelhante, defendendo que a ignorância do passado não se limita a prejudicar a compreensão do presente, já que compromete, no presente, a própria ação². Portanto, estudar a história de um fenômeno – ou de uma instituição, de um país – é uma das melhores formas de compreendê-lo e, quiçá, de alcançar alguma perspectiva para o seu futuro. Desse modo, a fim de entender os fenômenos que atualmente ocorrem no Brasil, é necessário contextualizá-los, colocá-los dentro de uma perspectiva histórica que analise, ainda que brevemente, as condições de surgimento e desenvolvimento das ideias e das condições materiais que lhes deram origem.

Permitimo-nos, então, traçar algumas breves linhas sobre questões relevantes para a evolução do conceito estudado. Montesquieu, ainda que tenha atribuída uma função secundária ao Poder Judiciário, já havia previsto, n’*O Espírito das Leis*, mecanismos de controle mútuo entre os poderes, como as chamadas “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”. A aplicação dessas faculdades daria ao Executivo o poder de frear as iniciativas do Legislativo, evitando a sua transformação em um poder despótico. O Legislativo, por sua vez, poderia examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou³. O objetivo destes mecanismos caminhava no mesmo sentido que a própria separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), ou seja, evitar a concentração de poder.

Essa acepção veio a inspirar a teoria dos *Checks and balances* nos Estados Unidos, não só como separação dos poderes, mas

² BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 63.

³ A interdependência entre os poderes é sintetizada por Montesquieu na seguinte passagem: “Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com a sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo”. MONTESSQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 176.

também como teoria dos controles recíprocos entre os poderes, indo além da extirpação da soberania unitária do poder absolutista pelas revoluções burguesas e ampliando a ideia de harmonização entre os poderes que, nos Estados Unidos, edifica uma realidade em que os freios e contrapesos foram formulados para acender a discussão entre entidades governamentais. Esta peculiaridade do contexto do constitucionalismo estadunidense, aliada a uma configuração de democracia deliberativa com ênfase na proteção da propriedade privada, gozando de um status de direito privilegiado e dimensionando a esfera jurídica de forma a evitar incursões na esfera privada⁴, sustenta um papel interventor mais acentuado ao judiciário desde o início da construção do constitucionalismo republicano dos EUA.

De fato, a crescente importância dada aos textos constitucionais trouxe o Judiciário para centro desse debate, especialmente com a evolução do conceito de Estado constitucional. Esse conceito se consolidou, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então vigorava, segundo Luís Roberto Barroso, um modelo geralmente identificado como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida como um documento essencialmente político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Também era incipiente o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Dominava, então, a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. Já no Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, “não apenas disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”⁵.

4 SUSTEIN, Cass. R. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 29.

5 BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*. Vol. 2., N. 21 (2012). p. 4/5.

Portanto, é característica do Estado Constitucional de Direito a supremacia da Constituição, com a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. De fato, a “nova” hermenêutica constitucional surgida, na Europa, em meados do século XX, traz em seu bojo o conceito de força normativa da Constituição, desenvolvido por Konrad Hesse, ao identificar o texto constitucional não apenas como uma carta de intenções, mas como um documento com força normativa e eficácia imediata, servindo de fundamento para todo ordenamento jurídico. Hesse afirma que a força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação a uma dada realidade. Defende também que, ainda que a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir uma legítima disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida⁶.

É importante notar que a formação do *Welfare State* exigia um novo modelo constitucional na Alemanha, capaz de impedir a ascensão de forças totalitárias através do apelo a uma base principiológica constitucionalizada na dimensão da dignidade da pessoa humana, agora materializada pela efetividade de um direito constitucional com sua dimensão social ampliada, que permitiu contornar, durante algumas décadas, a máxima Lassaliana dos fatores reais de poder e da explicitação de uma Constituição sem força normativa: a Constituição apenas como folha de papel – concepção dominante mesmo na Alemanha autoritária de Bismarck, no século XIX. Lembre-se que, mesmo na estilhaçada força constitucional da República de Weimar, os orçamentos públicos eram caracterizados por grandes somas dire-

6 Conclui Hesse que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991. p. 19.

cionadas à defesa e segurança e, em contrapartida, escassos recursos aplicados em áreas sociais⁷.

Esse Estado Liberal policialesco, no início do século XX, não foi capaz de impedir a ascensão do ultranacionalismo desenvolvimentista e militarista, representado pelo nazismo, surgido paralelamente aos processos de intervenção social do *New Deal*, que foram ampliados pelos esforços de guerra dos EUA após 1939, tendo como origem o intervencionismo estatal keynesiano, para corrigir os efeitos deletérios da crise de 1929⁸. No cenário Europeu do pós-guerra, os consensos entre capital e trabalho legitimaram as forças sindicais e social-democratas, que ditaram também uma ação reformista mitigadora, fortalecendo a intervenção estatal em vários domínios da vida social regulada por políticas públicas inclusivas, especialmente nos campos da dimensão dos direitos fundamentais. Essas se faziam sentir especialmente nos âmbitos educacional, da saúde, da cultura e da seguridade social, legitimando essa nova força normativa constitucional expressa em membros da comunidade jurídica alemã, como Konrad Hesse e Rudolf Smend.

No Estado de bem-estar social, o constitucionalismo adentra a seara de inspiração do imperativo categórico e se expande com a noção do republicanismo universalista do direito internacional, orientado pelo horizonte da hospitalidade da paz perpétua universal de Kant, relembrado na Carta de São Francisco – que dará origem a ONU – que cria um consenso internacional na defesa dos direitos humanos⁹.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse movimento ganhou força, levando muitos magistrados a adotar uma postura ativista. O pretexto era (e ainda é) a superação do

7 ASSIS, José Carlos de. DÓRIA, Francisco Antônio. *Universo Neoliberal em desencanto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 24.

8 BELLUZZO, Luiz Gonzaga, GALIPOLO, Gabriel. *A escassez na abundância capitalista*. São Paulo. Editora Contracorrente, 2019. p. 125.

9 HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos uma história*. Tradução de Rousara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 209.

positivismo jurídico através de uma hermenêutica capaz de favorecer a concretização de direitos fundamentais e o projeto democrático previsto no texto constitucional. Entretanto, é necessário lembrar que a própria existência da Constituição é um fator de limitação do poder. É, mesmo, possível dizer que o próprio constitucionalismo é um movimento que visa à limitação do exercício do poder. Nesse sentido, afirma Lenio Streck que “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”¹⁰.

Nesse sentido, é interessante a observação dos trinta e cinco anos da Constituição de 1988 a partir de interpretações distintas do texto constitucional – que podem envolver, de acordo com Faria, duas concepções, ou seja, uma que concebe o texto constitucional de forma fixa e esquemática, priorizando a segurança jurídica; ou em uma segunda categorização, empreendendo o entrelaçamento entre racionalidade formal e material, dando prioridade a efetivação dos direitos e valores¹¹. No entanto, esse panorama tem que ser contextualizado a partir de determinadas alterações do contexto social que interferem no exercício da cidadania, mesmo com regressos em questões como a proteção de minorias, em um cenário flexibilização de direitos:

É visível o enfraquecimento dos atributos de representação democrática tradicional, com participação cidadã, eleições livres e proteção das minorias. Também é visível a perda da eficiência dos modelos de governança social, o que resulta num processo de flexibilização de direitos. Basta ver como estão aumentando

10 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 201., p. 69. Streck afirma, ainda, que *o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen - não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)*. Ibidem, p. 70.

11 FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019. p. 135.

as propostas de redução de direitos, no âmbito do direito do trabalho, do consumidor e da saúde¹².

Faz-se mister definir, nesse momento, o que é o ativismo judicial. De acordo com Keenan D. Kmiec, o ativismo judicial não é um conceito monolítico. A expressão ativismo judicial, invocada isoladamente, diz pouco ou nada, tendo em vista que o termo adquiriu muitos significados diferentes e até mesmo contraditórios entre si¹³.

Pode-se dizer, contudo, que a origem do ativismo judicial¹⁴ é encontrada nos Estados Unidos, mais precisamente na decisão do caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte decidiu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal, declarando inconstitucional a lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros¹⁵. O termo “ativismo judicial”, entretanto, não surgiu em uma decisão de um juiz ou tribunal, como muitos poderiam pensar. Ele foi introduzido por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria dirigida ao grande público na revista *Fortune*, intitulada *The Supreme Court: 1947*. Nessa, Schlesinger traçou o perfil de todos os nove ministros da Suprema Corte americana daquele período, dividindo-os em três diferentes linhas: os “ativistas judiciais” (*judicial activists*), os “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*) e, por fim, uma posição intermediária, incluindo nessa última aqueles magistrados que não se incluíam em nenhuma das linhas anteriores¹⁶.

12 FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019. p. 90.

13 KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism", **California Law Review**, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1476-1477.

14 Não se está defendendo, aqui, que essa tenha sido a primeira decisão que pode ser classificada como como ativista na história da humanidade, mas sim que esse tenha sido o surgimento, na prática, do ativismo judicial enquanto uma determinada ideia sobre a forma de atuação dos juízes.

15 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política, **Revista Direito GV**, vol. 8, n. 1, 2012. p. 37.

16 KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism", **California Law Review**, Vol. 92, No. 5 (Oct. 2004). p. 1446.

Ainda que, no texto de Schlesinger, a expressão – ativismo judicial – apareça sem um caráter valorativo, já que não é apontada qual seria a “melhor” postura para um juiz da Suprema Corte, é necessário notar que, para muitos, o ativismo judicial adquiriu um significado positivo, tendo em vista que essa postura foi associada à defesa dos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como explica Teixeira:

Todavia, as dúvidas existentes quanto ao caráter positivo ou pejorativo da expressão foram reduzidas à medida que a postura “ativista” era incorporada por diversos juízes não apenas da Suprema Corte: durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais.¹⁷

É com base nessa visão, que atribui um caráter positivo ao ativismo judicial, que muitos magistrados, no Brasil, sustentam uma postura ativista, defendendo que essa postura teria, também no contexto brasileiro, a possibilidade de auxiliar na concretização de direitos fundamentais.

Entretanto, como já mencionado, essa posição está longe de ser consensual. De fato, como lembra Kmiec, apesar de ser o ativismo judicial um tópico relevante, que merece uma profunda reflexão de cunho acadêmico, a expressão é frequentemente utilizada em tom pejorativo, quase que como uma ofensa. O “ativismo judicial” significaria, nesse contexto, uma forma de identificar os “juízes que se comportam mal”¹⁸.

Dentro de uma perspectiva crítica de cunho acadêmico, Ronald Dworkin afirma que o ativismo é “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. Para ele, um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da

17 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política, *Revista Direito GV*, vol. 8, n. 1 2012, p. 40.

18 KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism", *California Law Review*, Vol. 92, No. 5 (Oct. 2004), p. 1477.

Suprema Corte que buscaram interpretá-la, bem como as tradições, “impondo aos outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”¹⁹. Já Lenio Streck, na Linha da Crítica Hermenêutica do Direito, afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”²⁰.

Tendo em vista a diversidade de interpretações sobre o tema, impõe-se diferenciar a judicialização da política e ativismo judicial, nos limites do presente trabalho. Demarcar essa diferenciação é fundamental, pois há autores que, ao conceituar o ativismo, claramente desenham um fenômeno que engloba também – ou somente – a judicialização da política. Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende o ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”²¹.

Sobre a questão, Clarissa Tassinari afirma tratar-se a judicialização da política de um fenômeno contingencial e inexorável, enquanto que o ativismo judicial consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação²². Compreender essa diferenciação é fundamental, pois estes dois conceitos são tratados, muitas vezes, em nosso país, como sinônimos. Assim, o ativismo judicial é visto por muitos apenas como o crescimento do âmbito de atuação do poder judiciário, em razão de

19 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 452.

20 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 651, nota de rodapé n. 155.

21 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn] Thesis**. Rio de Janeiro. Vol. 5, N. 1 (2012). p. 6.

22 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36/37.

uma série de mudanças ocorridas na sociedade. Conceituado dessa forma, é impossível tecer qualquer crítica consistente ao ativismo judicial. Porém, Tassinari demonstra – inclusive recorrendo à doutrina norte-americana, onde o debate sobre o ativismo judicial é bem mais antigo –, que o crescimento da atuação do judiciário em função de um dado contexto social é o fenômeno referente à judicialização da política, enquanto o ativismo judicial refere-se tão somente ao comportamento dos juízes, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos, apesar de, na maioria das vezes, tentarem dar uma “roupagem jurídica” aos seus julgados.

Importa ressaltar que, como explica Tassinari, o ativismo não se caracteriza necessariamente por uma ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário dentro da sociedade (que é a definição de judicialização da política), mas sim como um ato de vontade dos julgadores, que decidem com base em critérios não jurídicos, ainda que suas decisões tenham uma aparência de juridicidade. Desse modo, é plenamente possível que existam julgados no sentido de uma não intervenção do Poder Judiciário que mostrem um perfil ativista, pois as razões de decidir não são jurídicas. É o que Tassinari diz ao dissertar sobre o caso *Locher v. New York*. Nas palavras da autora: “Dessa forma, fica claro que, mesmo um comportamento conservador do Judiciário, de não intervenção, pode revelar um perfil ativista”²³.

3. LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Traçados, brevemente, os contornos conceituais do ativismo judicial, bem como feito um rápido histórico desse, faz-se mister adentrar no que alguns autores consideram os limites da atividade jurisdicional ou, mesmo, nos elementos que expressam a própria natureza da referida atividade. Não há dúvida de que se trata apenas

²³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 89.

de um outro olhar sobre o mesmo tema. Falar de ativismo judicial é, em alguma medida, tratar da atividade jurisdicional, de seus limites e de sua natureza.

Aqui, devemos começar com a própria ideia de liberdade de pensamento dos magistrados. Independentemente do período histórico analisado e da origem ou fundamento da sua atividade, sempre se exigiu dos juízes comportamentos, inclusive na sua vida privada, que não correspondem às mesmas exigências de outras práticas jurídicas ou de outras profissões, incluindo as denominadas humanistas. É como se a “virtuosa vida privada” que os juízes devem levar do ponto de vista moral fosse condição necessária para que eles desenvolvessem corretamente, do ponto de vista técnico, sua própria função jurisdicional²⁴.

É certo, porém, que, enquanto cidadãos, magistrados também possuem o direito fundamental à liberdade de pensamento, sendo esse uma das bases de qualquer sociedade democrática. A questão, como lembra Jorge Malem Seña, é determinar se a liberdade ideológica de que gozam os cidadãos é usufruída com idêntico conteúdo por juízes e magistrados e se tem algum impacto na atividade de julgar e executar o julgado. A questão é relevante uma vez que, nos Estados democráticos, a lei tenta evitar que as decisões judiciais sejam determinadas ou influenciadas pela subjetividade de juízes e magistrados. Busca-se ignorar aspectos pessoais que desempenham um papel decisivo na jurisdição. A exigência de fundamentação e a possibilidade de afastamento ou impugnação de juízes são mecanismos destinados a assegurar a objetividade, sempre relativa, da prática judiciária²⁵.

No entanto, ninguém está alheio ao fato de que muitos juízes e magistrados deixam transparecer parte da sua ideologia em pelo

²⁴ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017. p. 83.

²⁵ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017. p. 28.

menos alguns dos aspetos relacionados com a atividade de julgar, seja na interpretação dos textos legais que conduzirão ao veredito, na formulação das hipóteses e na apreciação das provas que posteriormente constituirão os factos provados ou na aplicação da lei. Tudo isso é mais ou menos favorecido dependendo dos sistemas jurídicos específicos e do grau de discricionariedade legalmente permitido com que atuam. Assim, a ideologia impacta com força diversa na solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário²⁶.

Segundo Taruffo, o elemento novo que tem rompido com a forma tradicional de entender a atividade do juiz é constituído pela emergência, em termos cada vez mais claros, do problema dos valores na jurisprudência, no momento em que o juiz deixa de ser visto como uma “função” pura e abstrata ou como uma “máquina” neutra, e aparece, ao contrário, como portador de valores ético-políticos e como protagonista de conflitos sociais. Surge, assim, a necessidade de superar as meras afirmações de princípio sobre o papel dos valores na interpretação e aplicação do direito, típicas da abordagem estritamente jurídica, para abordar o problema com instrumentos metodológicos adequados. Consequentemente, por um lado é a figura do juiz, com os seus valores e ideologias, que se torna objeto de investigação sociológica, enquanto, por outro, o objeto dessa investigação são as decisões como expressão concreta, para além das capas dogmáticas axiologicamente “neutras” dos valores e ideologias de que o juiz é portador²⁷.

Taruffo ainda ressalta a necessidade de falar da atividade do juiz em termos políticos, afirmando ser escasso o valor dos argumentos com os quais se tenta negar o caráter científico e, portanto, a legitimidade dos estudos políticos sobre a justiça, sustentando que uma

26 MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017. p. 29.

27 TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 12/13.

abordagem deste tipo permite identificar elementos na atividade do juiz que, não por acaso, escapam ao filtro jurídico-dogmático e desempenham um papel essencial tanto na formação da decisão como na sua expressão e justificação. Assim, as definições de motivação que se expressam no campo estritamente jurídico seriam totalmente incapazes de resolver os problemas relativos à motivação das decisões judiciais e sequer forneceria elementos adequados para enfocá-los. Essas definições têm sido elaboradas com pouco aprofundamento no campo dos fenômenos jurídicos, com uma atenção ainda mais precária às inevitáveis implicações de natureza metajurídica presentes na motivação. Seu alcance de operacionalidade e validade científica seria, desse modo, extremamente limitado, sendo essas definições capazes apenas para descrever uma pequena parte do fenômeno cuja análise eles tentam esgotar²⁸.

Considerar a motivação como ato do juiz não implica, porém, apenas atribuir maior peso ao papel que o juiz desempenha como “emissor” do signo linguístico que compõe a motivação, mas também inserir o fenômeno em um quadro conceitual diferente de um ponto de vista essencialmente semiológico, cujas linhas mestras são constituídas pelas normas e princípios jurídicos que regulam as características relevantes da motivação na esfera do processo. Importa, ainda, precisar que a existência desta outra classificação possível da motivação, baseada na referência ao sujeito que a origina e ao procedimento em que se insere, não significa apenas uma ampliação do conjunto de pontos de vista a partir dos quais a motivação não pode ser estudada, mas tem influência decisiva na solução do problema na escolha da perspectiva mais adequada para a investigação, e que antes permanecia sem solução. É claro que, na medida em que se pretende identificar a natureza jurídica da motivação, essa escolha não deve

28 TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 1314.

orientar-se no sentido de refutar todas as visões que não sejam rigorosamente jurídicas, mas, ao contrário, adotar as perspectivas que são úteis para resolver o problema jurídico. Por outro lado, a necessidade de uma integração deste tipo não decorre apenas da pluralidade de pontos de vista válidos, mas principalmente do facto de o conjunto de normas e princípios jurídicos relativos à motivação não parecer fornecer elementos suficientes para uma definição aceitável do fenómeno²⁹.

Taruffo nos diz que a racionalidade da fundamentação do juiz não decorre da existência de uma estrutura formal obrigatória, nem de sua unilateralidade e homogeneidade lógica. Esta racionalidade subsiste, pelo contrário, na medida em que os vários factores que entram no referido raciocínio têm uma racionalidade própria relativamente às suas diferentes formas de funcionamento e na medida em que se organizam num contexto flexível em cada caso; contexto que é coerente com o papel que o raciocínio do juiz pretende desempenhar, conforme se trate do processo decisório, visando formular uma decisão racional, ou do procedimento justificativo – buscando formular uma motivação racional da decisão. O problema, portanto, é também o de desenvolver modelos que sejam representativos da estrutura desses procedimentos, nos quais a renúncia a uma homogeneidade e coerência interna absolutas deveria permitir alcançar uma maior eficácia representativa do modelo em relação ao fenómeno sob análise. A estrutura global do raciocínio do juiz decorre, portanto, da inter-relação entre a função do raciocínio considerado globalmente e a função que cada um dos elementos que o compõem desempenha em seu âmbito. Não se trata, obviamente, de uma estrutura simples e homogênea, mas permite identificar aquelas que poderiam ser consideradas como as

29 TARUFFO, Michele. **La Motivacion de la Sentencia Civil**. Tradução de Lorenzo Córdoba Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 37.

constantes formais de um fenômeno cuja natureza concreta conhece uma variedade praticamente infinita de manifestações³⁰.

A partir desse perfil, ficam claras as conexões entre a obrigação de motivar e a “participação do povo na administração da justiça”. Por um lado, as formas de participação direta no processo materializam (com os limites do caso) formas de controle no decorrer do processo, ideais para garantir indiretamente uma espécie de influência externa sobre o juiz, mas, com a única e discutível exceção do júri popular, não concretizam a participação (e, portanto, o controle sobre o julgador) no momento específico da decisão. Tratam-se, pois, de formas de ingerência antecipadas e, portanto, indiretas, sobre o processo, além das quais volta a existir o “monopólio do poder” do juiz como órgão do Estado. Em sistemas desse tipo, a eventual extensão das formas de participação no processo – mas não no julgamento – pode tornar a interferência indireta mais intensa, mas não afasta a separação entre participação e poder monopolístico do juiz, fenômeno que corre o risco de degenerar em sentido autoritário, na medida em que o juiz seja ideologicamente pouco receptivo aos resultados da participação no processo dos sujeitos que idealmente representam o meio social externo. Então, aquela forma especial de participação do povo na administração da justiça que se expressa no controle democrático *a posteriori* do grau de fundamentação do ato com o qual o juiz “faz” justiça, por motivação, adquire uma importância particular, de natureza política³¹.

É necessário ressaltar, desse modo, que, na visão de Taruffo, é evidente a existência de fatores metajurídicos que fazem parte do processo de formação das decisões judiciais. O fato desses elementos que ultrapassam a dogmática jurídica serem inevitáveis, associada à existência do referido “monopólio do poder” do juiz quando do

30 TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 199/200.

31 TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 356/357.

exercício do seu ofício, trazem o perigo evidente de uma degeneração autoritária da atividade. Entretanto, para esse autor, esse risco pode ser evitado através da fundamentação das decisões, associado, evidentemente, à obediência de um *iter* processual. Em outras palavras, o caráter democrático da Justiça se expressa na fundamentação – e na consequente possibilidade de controle – das decisões.

Para Mauro Cappelletti, não há dúvida sobre o papel criativo que exerce o juiz. Já na apresentação de sua obra *Juízes Legisladores?* ele afirma que o referido estudo “não tem a finalidade de demonstrar a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência”. O seu objetivo é apenas investigar as razões pelas quais essa criatividade veio a ser cada vez mais necessária nas sociedades atuais, bem como identificar as peculiaridades “do processo jurisdicional, que, no fundamental, permanece distinto do processo legislativo, com todas as consequências - ‘debilidades’ e ‘virtudes’, reais ou potenciais – decorrentes de tal diferença”³².

O ponto principal, portanto, não seria a oposição conceitual entre interpretação e criação do Direito. O verdadeiro problema estaria no “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelos tribunais”. Cappelletti afirma que:

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc.. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e no caso do juiz, não menos que no do

32 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 10.

musicista, por – exemplo reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar³³.

Na mesma linha, Olivo afirma ser necessário reconhecer que “o Direito Judiciário assume um papel muito mais relevante do que uma mera prática hermenêutica”, bem como que, no moderno constitucionalismo, os juízes assumem de forma cada vez mais clara a função de legisladores, já que necessitam reafirmar seu poder diante do crescimento da presença do Poder Executivo nas ações do Estado. Afirma, ainda, que não mais se justifica a postura pretensamente neutra e imparcial que o Poder Judiciário, durante longo período, manteve, estando afastado dos principais debates ocorridos na sociedade³⁴.

Entretanto, quando se afirma que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção. Cappelletti lembra que o reconhecimento de que é intrínseco a todo ato de interpretação “certo grau de criatividade ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha”, não pode ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não significa arbitrariedade, e o juiz, “embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”. É necessário ressaltar, de fato, que os sistemas jurídicos em geral procuraram estabelecer e aplicar certos limites, tanto processuais quanto substanciais, à atividade judicial³⁵.

Argumentação semelhante é desenvolvida pelos autores que defendem a corrente do monismo. De acordo com a teoria monista do ordenamento jurídico, não existe direito subjetivo antes da sentença.

33 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 21.

34 OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 83-112, 2000. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15417>. Acesso em: 30 jan. 2023.

35 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 23-24.

Assim sendo, o juiz hermenêuticamente cria o direito (*ius*), sendo que, antes disso, existe apenas a lei (*lex*). Segundo Darci Guimarães Ribeiro, na fase anterior ao processo, não há propriamente um direito subjetivo, mas apenas uma vantagem objetiva. É uma vantagem porque o ordenamento jurídico, por meio de sua função principal de priorizar os interesses da sociedade, favorece o interesse de uma pessoa para em detrimento do outro. Ainda, é objetiva porque está prevista no próprio ordenamento jurídico. Essa vantagem objetiva, para que seja um “direito subjetivo”, adquirindo o verdadeiro status de tutela definitiva, no sentido estritamente técnico da palavra, precisa ser confirmada por sentença³⁶.

No mesmo sentido, afirma Ramos Mendez que a estrutura do juízo jurisdicional confirma que é aí que se dá a conjunção direito-processo, e que para além da simples atividade das partes e do juiz está a luta pelo direito: ou seja, a geração do direito pela dinâmica de ação e jurisdição. A predominância dos juízos de valor e seu caráter eminentemente criativo é um claro argumento que nos convida a superar o dualismo direito substantivo/direito processual³⁷. De fato, ele sustenta que o juiz deve sempre escolher a solução do caso, deve participar da criação do direito da parte. Isto permite concluir que, embora numa perspectiva dualista da relação juiz/norma, o fenômeno pode acentuar o caráter criativo da jurisdição, sob a ótica monista, limita-se a ser uma consequência lógica da função atribuída ao juiz no ordenamento jurídico³⁸.

Se a lei é identificada com a norma jurídica, então a função judicial é obviamente reduzida a uma aplicação da lei. Mas se tal identidade for negada, a resposta deve obviamente ser outra. A relação juiz/lei no julgamento, para Ramos Mendez, é sempre resolvida em

36 RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal del derecho. Local: J.M. Bosch, 2004. p. 44.

37 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. p. 185.

38 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979. p. 207.

seu sentido original: a criação judicial do direito. Isso não quer dizer que o juiz ao criar a lei atue como legislador. O juiz que cria a lei desenvolve justamente uma função jurisdicional e não legislativa³⁹.

Todavia, não há dúvida de que, mesmo dentro de uma perspectiva monista, um dos elementos a ser levado em consideração pelo magistrado no momento da criação do direito (*jus*) é o texto legal que lhe deu origem (*lex*). Todavia, esse texto não define a interpretação, devendo integrar o processo interpretativo diversos outros fatores, estando incluída, entre outros, a própria experiência do magistrado⁴⁰. Essa criação judicial do direito no momento da sentença, entretanto, não se confunde com arbitrariedade. O magistrado não está autorizado a dizer qualquer coisa, ignorando completamente os precedentes, as possibilidades semânticas do texto legal e a razoabilidade.

Atualmente, poucos são os autores que defendem que texto legal e norma se confundem. Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que é necessário substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é preciso superar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que esse reconstrói sentidos, seja na função de cientista ou de aplicador do direito. Faz-se mister, assim; “deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”⁴¹.

Entretanto, Friedrich Müller, mesmo dentro de uma linha pós-positivista, defende o respeito ao texto normativo, já que esse

39 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 202/203.

40 Segundo Ramos Mendez, *aun a pesar del dato extremo de la norma, hay que tener en cuenta que el derecho está formado fundamentalmente “por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos, aunque en algunos momentos puedan aparecer como generalizaciones de tales experiencias o decisiones hipotéticas*. MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 201/202.

41 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.34.

deve ser tratado como limite do processo interpretativo, ou, na terminologia utilizada por Müller, da concretização. É claro que, para as posturas pós-positivistas, uma norma jurídica é mais do que o seu teor literal, entretanto – dentro da Teoria Estruturante do Direito –, o teor literal faz parte, juntamente com os recursos interpretativos auxiliares, do “programa da norma”, tendo, assim, grande importância.

Assim os limites semânticos do texto normativo não podem ser ignorados. Esses limites constituem uma garantia do Estado Democrático de Direito. A norma não se confunde com o texto normativo, mas também não há uma cisão completa entre eles. A norma é construída sempre no caso concreto, em um processo que envolve a seleção dos dados da realidade juridicamente relevantes para o caso em tela e a reunião dos textos normativos pertinentes para o referido caso; ou seja, o texto e o caso são constitutivamente dados de entrada na concretização da norma. Nas palavras de Müller, “a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, o texto normativo estabelece, em todo caso, os limites extremos de possíveis suposições. Aqui existe uma ligação com tendências do positivismo científico que visam à clareza do Estado de Direito”⁴². Dito de outra forma, o limite estabelecido pelo texto normativo é uma garantia do Estado de Direito.

Müller assevera, de fato, que o texto normativo orienta todo o processo da concretização. Ele afirma que “o programa da norma formulado no teor literal orienta no sentido da delimitação e limitação”, enfatizando que o texto normativo guia “não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito

⁴² MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008. p. 197.

do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo da concretização”.⁴³

No mesmo sentido vai a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao mesmo tempo em que a CHD reconhece que os textos não são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido como algo pronto e acabado, também entende que o texto é algo fundamental no processo interpretativo. Segundo Streck, “texto é evento; textos não produzem ‘realidades virtuais’; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: textos são importantes”. Segundo o referido autor, não podemos permitir que os textos “sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa)”⁴⁴. O texto normativo não pode ser ignorado, já que constitui a base do processo de interpretação. Este não se esgota naquele, mas também não pode prescindir dele.

Alexandre Morais da Rosa, na apresentação feita à obra de Clarissa Tassinari, apresenta um posicionamento mais enfático: “O ativismo tupiniquim é uma farsa onde se escondem os decisionistas de sempre. [...] empulhadores teóricos que se vendem na embalagem de presente ‘ativismo’, mas que guardam práticas totalitárias”⁴⁵. Ou, nas palavras de Streck, referindo-se ao cenário jurídico brasileiro: “[...] a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito”⁴⁶. Dentro dessa visão, a postura ativista dos magistrados, sob o pretexto de concretizar

43 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 94.

44 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

45 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

46 STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 422.

direitos fundamentais e realizar o projeto democrático da Constituição, vai, muitas vezes, exatamente no sentido oposto. Ou seja, ignora aquilo que está previsto na Constituição, bem como a legislação com ela condizente – que representam a produção democrática do direito – deslocando o protagonismo na direção do intérprete, que, em regra, possui legitimidade democrática bastante limitada.

Portanto, o ativismo judicial configuraria uma prática antidemocrática, que oculta uma postura autoritária de parte dos magistrados, que decidem de acordo com suas convicções pessoais e não em consonância com as normas vigentes no ordenamento jurídico-constitucional, ainda que essa postura seja defendida por muitos como uma forma de superação do positivismo jurídico e concretização do projeto democrático previsto na Constituição.

Como lembra Lenio Streck, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal a lição está expressa em *Verdade e Método*, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixá-lo dizer alguma coisa”⁴⁷. Sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível encontrar critérios para que o juiz possa, eventualmente, deixar de aplicar a lei. Tem-se, portanto, uma teoria prescritiva acerca do processo hermenêutico como um todo, incluindo, evidentemente, as situações excepcionais onde deve haver o afastamento da lei.

Um juiz ou tribunal, segundo Streck, somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional, quando deverá ser a questão decidida no âmbito da jurisdição constitucional difusa ou concentrada; b) quando estiver na presença dos critérios de antinomias; c) quando estiver em face de uma interpreta-

⁴⁷ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 98/99.

ção conforme a Constituição; d) quando encontrar de uma nulidade parcial com redução de texto; e) quando se deparar com uma inconstitucionalidade com redução de texto; e f) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, situação em que a regra não terá validade em razão da aplicação de um princípio constitucional. De acordo com o referido autor, fora dessas hipóteses, “o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental”⁴⁸.

Na mesma esteira, Ronald Dworkin sustenta ser necessário um respeito às regras, não sendo possível a utilização de qualquer princípio para justificar a superação da literalidade do texto normativo:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada⁴⁹.

Para Dworkin, cada juiz é como um romancista em uma longa corrente, fazendo parte da escrita coletiva de uma mesma obra. Desse modo, qualquer juiz que, em seu ofício, decida um determinado caso, encontrará muitos outros semelhantes – ou, pelo menos, com questões análogas – já decididos anteriormente, por vezes, em períodos em que o contexto e as convenções judiciais eram substancialmente diferentes. Ao proferir uma decisão em um novo caso, “cada juiz deve considerar-se como um parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e

48 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017/ p. 258/259.

49 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60.

práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora". O magistrado deve, então, interpretar o que aconteceu anteriormente, pois é responsável por continuar essa tradição ao invés de partir em um novo rumo. Assim, ele tem a incumbência de determinar o motivo das decisões anteriores, tomando como um todo o tema e as discussões estabelecidas, a fim de proferir a sua decisão⁵⁰.

A questão é apresentada de maneira diversa por Robert Alexy, ainda que com objetivos análogos, como veremos adiante. A lei da ponderação, segundo Alexy, prevê que *quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio*. Todavia, o raciocínio não se esgota aí. Pelo contrário, a ponderação é dividida em passos ou níveis e, para a sua realização, é necessária não apenas a individualização dos princípios em colisão, mas também que sejam identificados os pesos abstratos dos princípios colidentes, a intensidade da interferência da medida em cada um desses princípios e uma série de outros aspectos. De fato, Alexy apresenta fórmulas para demonstrar como deve ser levado a cabo esse processo de maneira racional⁵¹. A lei da ponderação estrutura, portanto, esse processo, dividindo-o em três níveis. No primeiro, é analisado o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. Logo em seguida, no segundo nível, ocorre a identificação da relevância do cumprimento do princípio que se encontra na posição oposta. Por fim, no último nível, deve restar estabelecido se a relevância do cumprimento do princípio que está na

50 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

51 Alexy afirma que: "A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. [...] No caso de subsunção sob uma regra, o sistema de conclusões subjacente pode ser expresso através de um esquema dedutivo, o esquema da 'justificação interna', que se formula com a ajuda dos enunciados e predicados da lógica e da lógica deontica, e que pode ser inserido em uma teoria do discurso jurídico. Tem importância central tanto para a teoria do discurso jurídico quanto para a teoria dos direitos fundamentais que exista, para a ponderação, uma contraparte desse esquema dedutivo. Essa contraparte é a fórmula do peso". ALEXÝ, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 164.

posição oposta justifica a interferência no primeiro princípio ou até mesmo o descumprimento desse.

É possível perceber, desse modo, que, mesmo com as significativas diferenças entre a ideia do Direito como sendo a escrita contínua de um longo romance e a ponderação enunciada por Alexy, ambas representam a necessidade de obediência, por parte do juiz, de padrões decisórios.

Percebe-se portanto, que traço comum mais marcante entre os autores mencionados é a preocupação com o arbítrio. Isso fica mais evidente, é claro, entre aqueles defendem a necessidade de padrões decisórios mais estreitos para o juízes. Entretanto, mesmo os que defendem um espaço de discricionariedade mais significativo na atividade judicial, englobando os valores pessoais e ideologias dos magistrados, sempre marcam uma linha muito importante antes da arbitrariedade.

Mas, e como uma inteligência artificial definiria o ativismo judicial e a possibilidade de criatividade dos juízes durante o processo decisório? Para responder a essa questão, fizemos algumas perguntas para o *chatbot* autônomo ChatGPT. Mesmo que essa ferramenta não tenha sido produzida com foco no Direito, entendemos que seria adequada para os propósitos do presente estudo, pois o assunto aqui tratado não se refere a aspectos propriamente endoprocessuais, fugindo, assim, do escopo da maioria das ferramentas de inteligência artificial programadas especificamente para órgãos jurídicos.

As perguntas escolhidas foram: o que é ativismo judicial? Existem riscos associados ao ativismo judicial? Os juízes criam o direito? O critério para a seleção dos questionamentos foi o de abordar de maneira simples e direta os temas centrais do estudo, ou seja, o ativismo judicial e seus possíveis riscos, bem como a natureza da

atividade judicial – tendo sido essa última enunciada através da problemática da criação do Direito pelos juízes. Serão transcritas, a seguir, as respostas para cada uma das perguntas formuladas.

O que é ativismo judicial?

Ativismo judicial é uma filosofia de julgamento que defende que os juízes devem ser ativos na criação e aplicação da lei, ao invés de simplesmente interpretá-la e aplicá-la de forma passiva. Isso significa que os juízes devem tomar medidas proativas para garantir que a lei seja aplicada de forma justa e equitativa, mesmo se isso significar tomar decisões controversas ou questionáveis. O ativismo judicial é frequentemente visto como um fator importante na promoção da justiça e dos direitos humanos, mas também é criticado por aqueles que argumentam que o papel dos juízes é simplesmente interpretar a lei, e não criá-la ou mudá-la.

Existem riscos associados ao ativismo judicial?

Sim, existem riscos associados ao ativismo judicial. Alguns dos principais riscos incluem:

1. Interferência no poder legislativo: O ativismo judicial pode ser visto como uma interferência no papel do poder legislativo, uma vez que os juízes estão agindo de forma proativa para criar ou mudar a lei, ao invés de simplesmente interpretá-la.
2. Politização da justiça: O ativismo judicial pode tornar a justiça mais politizada, já que as decisões dos juízes podem ser vistas como influenciadas por suas opiniões políticas ou ideológicas.
3. Inconsistência nas decisões judiciais: O ativismo judicial pode resultar em decisões inconsistentes ou contraditórias, já que os juízes estão tomando medidas proativas para aplicar a lei, em vez de simplesmente interpretá-la de maneira consistente.
4. Desrespeito às leis e ao sistema constitucional: O ativismo judicial pode ser visto como uma ameaça à estabilidade e à integridade do sistema constitucional, já que os juízes estão agindo de forma proativa para mudar a lei, em vez de seguir as leis e a constituição existentes.

Os juízes criam o direito?

Os juízes não criam direito, mas desempenham um papel importante na interpretação e aplicação das leis. O papel dos juízes é interpretar e aplicar as leis e regulamentos existentes, a fim de garantir

que a justiça seja feita em casos individuais. Isso inclui interpretar a Constituição e as leis federal e estaduais, bem como regulamentos e contratos.

Em alguns casos, a interpretação de leis pode resultar em decisões que ampliam ou esclarecem o significado das leis existentes. No entanto, o papel dos juízes é interpretar as leis e não criá-las. A criação de leis é responsabilidade do poder legislativo.

O ativismo judicial, por sua vez, é uma filosofia de julgamento que defende que os juízes devem ser ativos na criação e aplicação da lei, ao invés de simplesmente interpretá-la e aplicá-la de forma passiva. Isso significa que os juízes devem tomar medidas proativas para garantir que a lei seja aplicada de forma justa e equitativa, mesmo se isso significar tomar decisões controversas ou questionáveis.

Percebe-se, imediatamente, que as respostas fornecidas pelo ChatGPT foram muito bem formuladas do ponto de vista linguístico. Essas, ainda que não tenham apresentado um grande aprofundamento jurídico e sociológico, demonstram claramente que a base de dados da ferramenta possui textos sobre os temas questionados, conseguindo alcançar uma exposição clara e coerente a respeito desses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que podemos inferir das respostas apresentadas pelo ChatGPT, especialmente se as compararmos com a base teórica fornecida pelos autores citados no presente estudo? Primeiramente, essa inteligência artificial define o ativismo judicial de maneira muito mais próxima aos defensores dessa linha do que a dos seus críticos. De fato, ainda que seja mencionada a possibilidade de “decisões controversas ou questionáveis”, o ativismo é apresentado como uma postura proativa que visa a garantir que “a lei seja aplicada de forma justa e

equitativa”. Além disso, é afirmado que o ativismo é “frequentemente visto como um fator importante na promoção da justiça e dos direitos humanos”, mesmo que, em seguida, sejam citadas críticas daqueles que entendem que o papel do juiz é “simplesmente interpretar a lei”. Fica evidente, portanto, que a resposta apresentada busca mostrar os dois lados do debate, mas os argumentos favoráveis acabam sendo muito mais valorizados do que as críticas.

Além disso, quando questionado sobre eventuais perigos associados ao ativismo judicial, o *chatbot* sequer mencionou o risco do autoritarismo, que é uma das principais críticas feitas às posturas ativistas. Lembremos que, mesmo Taruffo, que defende ser clara a existência de fatores metajurídicos que fazem parte do processo de formação das decisões judiciais, lembra que o poder monopolístico do juiz traz o risco de degenerar-se em sentido autoritário. Necessário lembrar, portanto, a diferenciação feita por Tassinari entre ativismo judicial e judicialização da política. O ativismo judicial não seria o crescimento do âmbito de atuação do Poder Judiciário – fenômeno identificado com a judicialização da política. Ele caracterizar-se-ia pelo comportamento de muitos juízes, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos. Resta evidente, assim, a identificação entre o conceito de ativismo judicial exposto por Tassinari e o processo de formação das decisões judiciais abordado por Taruffo.

Entretanto, quando questionado sobre a criação do direito pelos magistrados, o ChatGPT afirmou peremptoriamente que os juízes não criam o direito. Essa pode ser considerada uma contradição com as posições abordadas acima, já que a ideia de criação do direito, especialmente no caso concreto, não é estranha para muitos juristas, especialmente aqueles que tendem a defender posturas ativistas. Citemos, como exemplo, o caso mais evidente dentre os mencionados nesse estudo, qual seja, o dos defensores do monismo. De fato, para esses

autores, antes da sentença não existe direito (*jus*), apenas a lei (*lex*). É, portanto, dentro dessa visão, o juiz que cria o direito. Lembremos que, para Ribeiro, na fase anterior ao processo não há propriamente um direito subjetivo, mas apenas uma vantagem objetiva prevista no ordenamento jurídico.

Todavia, mesmo com essa contradição do *chatbot* na abordagem apresentada sobre a natureza da atividade judicial – que não chega a ser estranha, considerando tratar-se de uma ferramenta de inteligência artificial com um gigantesco banco de dados, tornando extremamente difícil, especialmente em assuntos complexos, manter sempre uma linha coerente –, a resposta fornecida sobre a criação judicial do direito indica a necessidade de preservação da separação dos poderes, que é um aspecto fundamental na preservação de cada uma das funções do Estado e, conseqüentemente, para evitar o autoritarismo.

Assim sendo, fica implícita, também nas definições apresentadas pelo ChatGPT, a necessidade de preservação dos limites da atuação judicial. Pode-se dizer, de fato, que esse é o principal traço em comum entre todas as fontes utilizadas no presente trabalho, ou seja, a negação do arbítrio. Ainda que esse aspecto se sobressaia entre os autores que sustentam ser necessário que os juízes sigam uma teoria da decisão judicial, prevendo um número fechado de hipóteses em que o texto da lei poderá não ser aplicado, como Streck, ou que os magistrados estão vinculados a uma longa cadeia de autores, sendo o Direito a produção coletiva de um “grande romance”, como Dworkin, mesmo os que defendem posturas mais próximas do ativismo judicial, com um significativo espaço de discricionariedade que engloba valores pessoais e ideologias dos juízes, invariavelmente se posicionam contra decisões teratológicas e contra a arbitrariedade. Lembremos, por exemplo, que mesmo Cappelletti, que considera a criatividade judicial uma “verdade banal”, ainda que muitas vezes negada, sustenta que

o verdadeiro problema a ser debatido está nos limites da criação do direito pelos juízes e tribunais.

Desse modo, também para esses autores, é fundamental a preservação da integridade do direito, devendo, assim, o Poder Judiciário respeitar parâmetros, como – pelo menos em alguma medida – as suas próprias decisões. Mesmo a afirmação, sustentada pelos monistas, de que o direito é criado pelo juiz na sentença não equivale a dizer que cada juiz pode decidir sem qualquer critério e sem levar em consideração nenhuma decisão já proferida anteriormente pelos tribunais sobre a matéria que está sendo tratada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, Teoria discursiva do direito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, José Carlos de. DÓRIA, Francisco Antônio. Universo Neoliberal em desencanto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**. Vol. 2., N. 21 (2012).

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro . Vol. 5, N. 1 (2012), p. 23-32.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga, GALIPOLO, Gabriel. **A escassez na abundância capitalista**. São Paulo. Editora Contracorrente, 2019.

BLOCH, Marc. Apologia da história, ou, o ofício do historiador. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública.** São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos uma história.** Tradução Rousara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KMIEC, Keenan D., **The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”**, California Law Review, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004).

MALEM SEÑA, Jorge F. **Los jueces: ideología, política y vida privada.** Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso.** Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 83–112, 2000. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15417>. Acesso em: 30 jan. 2023.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. J.M. Bosch, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SUSTEIN, Cass. R. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. **La Motivacion de la Sentencia Civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPÍTULO 12

A RESPONSABILIDADE EXECUTIVA E PATRIMONIAL DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO CIVIL

Gustavo Carvalho Albé¹

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROBIC/FAPERGS, orientado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Integrante/pesquisador do Grupo de Pesquisa: "Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder", coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Membro da Escola de Processo da Unisinos (EPU). E-mail: gustavoalbe.ga@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem por função primordial solucionar os conflitos de interesses da sociedade que são submetidos a sua apreciação, de modo a pacificá-los e a restabelecer a ordem social. Para tanto, a função jurisdicional compreende não só a atividade de declaração/certificação de existência do direito, violado ou ameaçado, objeto do processo de conhecimento, mas também a de efetivá-lo no mundo empírico, com a entrega do bem da vida devido ao seu credor, objeto do processo de execução.

Hodiernamente, vislumbra-se, no entanto, uma tendência por parte dos aplicadores do direito de se preocupar excessivamente com a tutela cognitiva do processo de conhecimento, negando a importância da tutela satisfativa do processo de execução que lhe é devida, em evidente retrocesso a já pacificada autonomia científica do direito processual frente ao material, além de contrariar os atuais anseios sociais de eficácia da tutela jurisdicional.

Tal visão, evidentemente, não encontra amparo na realidade fática, a qual é marcada, há algum tempo, por um incontroverso cenário de crise de efetividade da execução patrimonial no direito pátrio, o que gera consequências nefastas não só para os credores de obrigações já reconhecidas e não satisfeitas, mas também para a sociedade em geral, bem como para o próprio Judiciário.

Uma das causas desse cenário negativo, sem sombras de dúvidas, pode ser atribuída a compreensão errônea acerca da real natureza do fenômeno do processo de execução e de seus institutos, como o da responsabilidade executiva do devedor, que não pode mais ser interpretada exclusivamente pela ideia de patrimonialidade, notadamente quanto às obrigações não pecuniárias (entregar coisa, fazer e não fazer).

Nesse cenário, diante da relevância apresentada sobretudo no campo do cotidiano forense, por ser a tutela executiva um instrumento de concretização coativa de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, constitui objeto de estudo deste artigo o tema da responsabilidade executiva do devedor na execução civil, principalmente na execução por quantia certa (obrigação de pagar), em específico sobre a compreensão de sua real natureza (pessoal ou patrimonial ou mista de ambas).

Em relação à metodologia empregada, procedeu-se a uma investigação de cunho descritivo, dedutivo e dialético com base em pesquisa documental e bibliográfica na legislação, na doutrina especializada e na jurisprudência acerca das áreas da execução civil em geral e responsabilidade executiva em específico.

Para atingir a finalidade proposta, o presente artigo organiza-se em dois capítulos no desenvolvimento. No primeiro, será tratado, sinteticamente, do contexto de evolução histórica do devedor na execução, desde o prisma de sua matriz histórica (responsabilidade pessoal e corporal) até o estágio em se encontra na atualidade, com a prevalência da responsabilidade patrimonial para obrigações pecuniárias. Já no segundo será abordado, de modo específico e pormenorizado, o instituto da responsabilidade executiva (e patrimonial) do devedor e, por conseguinte, o estado de crise da execução.

Finaliza-se este artigo com a exposição de conclusões decorrentes do resultado alcançado, bem como de algumas considerações acerca de possíveis contribuições ao conjunto de investigações sobre este tema no campo de estudo do Direito.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, o mecanismo que trouxe efetividade ao direito e pacificação aos conflitos sociais foi a sanção. Essa é a ideia subjacente ao instituto da responsabilidade executiva (e patrimonial), que pode ser definido como o estado de sujeição, em caráter potencial ou atual, às consequências desencadeadas pelo inadimplemento de um dever de conduta (sanção executiva), a ser concretizada por meio de um processo de execução forçada, sendo responsável o sujeito sobre o qual recaem as consequências do inadimplemento¹.

Durante a maior parte da história, a execução caracterizava-se, em regra, de forma extremamente punitiva ao devedor, em cenário de típica responsabilidade corporal, pessoal e punitiva, com medidas como a escravidão, esartejamento, morte do devedor, dentre inúmeras outras. Essa noção contrasta com o direito processual moderno, caracterizado pela humanização, estatização e patrimonialização da execução².

Aquele era o cenário típico, por exemplo, das fases iniciais do direito romano, ponto de partida deste artigo sobre a história processual da execução forçada, cujos métodos punitivos aplicáveis à execução forçada são bem exemplificados na Lei das Doze Tábuas, na tábua terceira (dos direitos de crédito)³:

4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.
5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.

1 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 38-39.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002. p. 32.

3 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 27.

6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.

7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.

8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.

9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre⁴.

A ideia de relação obrigacional existente no período arcaico correspondia ao conceito de *nexum*, vínculo de ligação de natureza pessoal entre credor e devedor, que conferia àquele o direito de exigir deste o cumprimento do pactuado, sob pena de responsabilização da própria pessoa do devedor, de forma muito mais gravosa do que é hoje⁵.

Com o passar do tempo e evolução da civilização, evidentemente, modificou-se o modelo de execução punitivo para o patrimonial, por meio do qual responderia apenas o patrimônio pelas dívidas, e não mais a pessoa do devedor. Isto se verificou, inclusive, nas fases mais avançadas do direito romano (período clássico e pós-clássico), embora tenha se verificado retrocesso posteriormente à queda do Império Romano do ocidente (séc. V d.C.,) em razão da conquista germânica⁶, na idade média e em grande parte da moderna.

4 LEI das XII Tábuas. In: DHNET Direitos Humanos. [S. l.], c1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 09 jun. 2022.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002. p. 34.

6 E isto porque o sistema germânico previa tanto a responsabilidade patrimonial quanto a pessoal do devedor, inclusive através de uma execução praticamente privada do credor, sem controle estatal efetivo. *Ibid.* p. 53-56.

Referida mudança em direção à patrimonialidade principiou pela *Lex Poetalia Papiria* (326 a.C.), que modificou drasticamente o sistema executivo ao prever a abolição de medidas mais graves de responsabilização pessoal (morte, acorrentamento e venda do devedor) em prol da utilização do trabalho forçado até satisfação do débito ou, pela primeira vez, de submissão exclusiva do patrimônio à execução, no caso de juramento de este ser apto a adimplir a dívida⁷.

Além disso, tem-se, como partes do processo de transformação, as técnicas de *bonorum venditio*⁸ (118/119 a.C.), de *bonorum distracto*⁹, e de *pignus ex causa judicati captum*¹⁰.

Aponta-se que só foi com o advento do Código Civil Francês de Napoleão, de 1804, que se restabeleceu, de forma hegemônica, o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, em razão da disposição de seu artigo 2.093: “os bens do devedor são a garantia comum de seus credores”¹¹.

No âmbito do direito brasileiro, entende-se que ele sempre foi pautado, de forma exclusiva, pela patrimonialidade executiva, isso desde as Ordenações Filipinas¹², que vigoraram no Brasil colônia, passando pelos já revogados diplomas processuais de 1939 e de 1973,

7 Thiago Ferreira Siqueira afirma que a norma apenas previa a inserção do trabalho forçado como medida executiva, ao passo que Cândido Rangel Dinamarco sustenta a possibilidade de incidência da responsabilidade patrimonial. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 28; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002. p. 46.

8 Conforme definição de Thiago Ferreira Siqueira: “trata-se de criação pretoriana por meio da qual, verificado o inadimplemento em relação a qualquer dos credores de um só devedor, instaurava-se uma espécie de execução universal e coletiva em prol de todos os demais”. SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 28.

9 Inicialmente prevista para a elite da sociedade romana (senadores e outras classes especiais) e depois estendida para todos, a técnica originária de inovação legislativa dispunha que o curador nomeado, mediante a concordância do credor, levaria à alienação em hasta pública tão somente os bens do devedor que bastassem para pagamento da dívida, e não mais todos os bens de forma indistinta. *Ibid.*, p. 28.

10 Procedimento característico do período pós-clássico (*cognitio extra ordinem*), que deu origem à execução singular, em moldes similares ao sistema executivo moderno (execução por expropriação), segundo o qual se penhoravam tantos bens quantos bastassem para satisfação do débito (e não todos), sendo concedido o prazo de 60 dias para pagamento, sob pena de leilão em hasta pública, com a entrega do produto da alienação ao credor. A execução era desenvolvida exclusivamente pelo Estado e seus agentes, notadamente os *apparitores* (atuais oficiais de justiça), incumbidos da realização dos atos executivos. *Ibid.*, p. 49-51.

11 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5. p. 68-70.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002. p. 68-74.

até o diploma vigente na atualidade, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Ao longo dos anos, percebe-se que o processo de execução passou por diversas mudanças, principalmente quando se refere às formas de entregas do bem da vida ao credor, visto que, tempos atrás, o corpo do devedor poderia responder por suas dívidas e que, atualmente, essa forma executiva não é mais admissível ante o estado de evolução da civilização, do Estado e do direito.

3. RESPONSABILIDADE EXECUTIVA DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO E PATRIMONIALIDADE

A evolução da civilização conferiu papel hegemônico à responsabilidade patrimonial. Para a tradição dos povos civilizados e juridicamente avançados, trata-se de instituto indispensável ao processo de execução, que, como anteriormente referido, veio em substituição ao arcaico ideal de responsabilidade punitiva da pessoa do executado.

Na atual sistemática do direito brasileiro, consagrou-se o entendimento relativo à existência de dois elementos distintos (débito e responsabilidade) para explicar o fenômeno do (in)adimplemento obrigacional e da sanção executiva, no âmbito do art. 389 do Código Civil¹³ e do art. 789 do CPC¹⁴, respectivamente.

Isto se deve a importação da teoria alemã de Alois Brinz denominada de *Schuld und Haftung*, nascida no final do séc. XIX D.C., a qual decompõe a relação jurídica obrigacional em débito (*Schuld*) e

13 “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

14 “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

em responsabilidade (*Haftung*), como dois elementos distintos¹⁵. Na sua concepção originária, ambos são elementos do direito material, sendo o débito o dever de adimplir com a prestação devida, bem como a responsabilidade a consequência em caso de inadimplemento, a incidir sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a pessoa dele¹⁶.

Há, contudo, forte divergência doutrinária no que se refere à real natureza da responsabilidade executiva (e patrimonial). A corrente civilista tende a classificar ela como instituto do direito material, ao passo que a processualista, como de direito processual. São adeptos da primeira jurista como Didier Jr. e Cunha e Braga e Oliveira¹⁷, Ovídio Baptista¹⁸, entre outros, e da segunda Liebman¹⁹, Marinoni e Arenhart e Mitidiero²⁰, Assis²¹, Zavasky²², Theodoro Jr²³, Dinamarco²⁴, Câmara²⁵, entre outros. Ambas as correntes, contudo, partem de um denominador comum sobre a existência dos dois referidos elementos.

A responsabilidade executiva compreende, basicamente, um estado de sujeição da esfera jurídica do executado às medidas/sanções

15 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: execução. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5. p. 332-340.

16 *Ibid.* p. 332-340.

17 *Ibid.* p. 330-341.

18 Refere Ovídio Baptista: “Mesmo que não se aceite a doutrina que sustenta a possibilidade de decomposição da relação obrigacional em débito e responsabilidade – de modo a considerar, em muitas hipóteses, o terceiro responsável como não devedor –, é inegável que a estrutura da obrigação é formada por esses dois elementos”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 69.

19 Nas palavras de Liebman: “A maior parte da doutrina privatística costuma considerar esta situação de bens do devedor como elemento integrante da relação obrigacional [...]. É mérito indiscutível de Carnelutti ter demonstrado sua natureza processual, realizando a separação dos elementos material e processual que iam anteriormente confusos na relação jurídica e esclarecendo que a responsabilidade subsiste apenas em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre os bens do executado para os fins de execução, nos limites fixados pelo título”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1980. p. 85/86.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum**. 3. ed. Salvador: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 983.

21 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 274-278.

22 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 189/190.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016. v. 3. p. 258.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002. p. 259-261.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 1.ed. Barueri [São Paulo]: Atlas, 2022. p. 726-730.

executivas que possibilitem a satisfação da obrigação, seja em caráter potencial (preventivo) ou atual (repressivo)²⁶. É um pressuposto de sua incidência em concreto o inadimplemento voluntário da obrigação pelo executado (art. 786, *caput*, CPC/2015²⁷), que pode ser o devedor e/ou um terceiro, conforme demanda a sanção.

Portanto, conceitua-se a responsabilidade patrimonial (espécie de resp. executiva e instituto do direito processual) como a regra através da qual, pelo inadimplemento da obrigação, responderão todos os bens, presentes e futuros, do executado (devedor e/ou terceiro) até o limite do débito por meio da execução forçada, ressalvadas as restrições legais (art. 832, *caput*, CPC/2015).

Quanto ao alcance temporal da responsabilidade patrimonial, entende-se como presentes os bens que já integravam o patrimônio do executado à época da instauração da execução ou, na hipótese de dilapidação patrimonial anterior, devidamente comprovada, presentes no momento de surgimento da dívida²⁸. Por outro lado, bens futuros são aqueles adicionados ao patrimônio do responsável durante o processo executivo²⁹.

Cabe ressaltar que o conceito ora examinado de responsabilidade patrimonial se relaciona, diretamente, apenas com as obrigações pecuniárias, não incidindo, salvo de forma reflexa/indireta, nas demais espécies obrigações (fazer, não fazer, entregar coisa), mediante

26 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: execução. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5, p. 331-332.

27 “Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1143-1144.

29 *Ibid.*, p. 1143-1144.

a conversão em perdas e danos, quando cabível³⁰, na forma do que dispõe o art. 499 do CPC/2015³¹.

Nesse sentido, Siqueira conceitua: “[...] a responsabilidade patrimonial é o estado de sujeição à execução por expropriação. Patrimonialmente responsável é o sujeito sobre cujos bens pode recair esta específica modalidade de sanção executiva, seja ele o obrigado ou não”³².

Conforme já visto, a responsabilidade patrimonial, de regra, surge da obrigação. O primeiro é considerado instituto de direito processual que visa satisfazer o direito do credor pela via do processo, ao passo que o último é classificado sob a ótica de direito material que constitui o vínculo jurídico da relação obrigacional de natureza obrigacional.

Quanto à questão em exame, posiciona-se Neves:

A responsabilidade patrimonial é indiscutivelmente instituto de direito processual, compreendida como a possibilidade de sujeição de um determinado patrimônio à satisfação do direito substancial do credor. Por outro lado, a obrigação é instituto de direito material, representado por uma situação jurídica de desvantagem. Contraída a obrigação, uma parte tem o dever de satisfazer o direito da outra, e quando isso não ocorre surge a dívida, instituto atinente ao direito material. Também existe a responsabilidade patrimonial para o caso de inadimplemento, ou seja, quando a dívida não é satisfeita voluntariamente pelo devedor, surge a possibilidade de sujeição do patrimônio de algum sujeito – geralmente o próprio devedor – para assegurar a satisfação do direito do credor na execução. Em razão dessa distinção, fala-se que a obrigação é estática, gerando uma mera expectativa de satisfação, enquanto a responsabilidade

30 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 68-74.

31 “Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

32 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 68/69.

patrimonial é dinâmica, representada pela forma jurisdicional de efetiva satisfação do direito³³.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior afirma: “[...] a obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual”³⁴.

A modalidade de execução é definida de acordo com a natureza da obrigação correspondente e do título executivo. Por força disso, o código processualista prevê as diversas modalidades do processo executivo – cumprimento de sentença e execução de título executivo extrajudicial – e o regramento correspondente, conforme se tratar de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa, à luz do princípio da tipicidade executiva e da classificação civilista das obrigações³⁵.

Neste artigo, analisa-se o tema da responsabilidade executiva com enfoque especial para as obrigações pecuniárias e sua efetivação pela via da execução, seja pela técnica de sub-rogação por expropriação ou coerção (sanção executiva direta e indireta, respectivamente)³⁶.

A expropriação é a técnica executiva da execução patrimonial em que se retiram do patrimônio do devedor ou de terceiro responsável os bens suficientes ao adimplemento do débito em favor do credor, mediante adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos ou de outros bens (art. 825, I a III, CPC/2015). É imprescindível a realização de penhora,

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1141.

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016. v. 3. p. 258.

35 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998b. p. 29.

36 Acerca da distinção entre a execução direta (ou por sub-rogação) e a execução indireta (ou por coerção), esclarece Marcelo Lima Guerra: “[...] a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que neste última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas”. E conclui: “[...] não se pode deixar de considerar como execução forçada a tutela executiva obtida mediante a execução indireta”. *Ibid.* p. 28.

que é um ato constitutivo que destaca do patrimônio do executado os bens sobre os quais recair, com vista à futura expropriação³⁷.

Dentre os exemplos de atos executivos de coerção previstos na legislação processual civil, destacam-se os seguintes: (i) multa pecuniária de 10% pelo não adimplemento do débito no prazo para “pagamento voluntário” (arts. 523, §1º), (ii) honorários advocatícios da execução devidos pelo executado em favor do advogado do exequente (arts. 523, §1º, e 827), (iii) multa coercitiva (arts. 537 e 814), (iv) prisão civil do devedor de pensão alimentícia (art. 528, §3º), (v) protesto da decisão judicial transitada em julgado (art. 517), (vi) inscrição do executado inadimplente em cadastro restritivo de crédito (art. 782, §3º), bem como, por fim, (vii) as medidas atípicas executivas (139, IV)³⁸.

Quanto à legitimidade passiva da execução, engloba tanto o devedor/obrigado, que possui a responsabilidade patrimonial primária, quanto o responsável (que pode ser terceiro ou não), seja por dever legal (o sócio, art. 790, II, CPC) ou convencional (o fiador, art. 779, IV, CPC)³⁹, através da responsabilidade patrimonial secundária. Nessa linha, dispõe, por exemplo, o art. 790 do CPC/2015⁴⁰, que também se encontra localizado no capítulo relativo à responsabilidade patrimonial, ao elencar, dentre seu rol de incisos, as hipóteses de que pessoa distinta do devedor possa ser sujeitada à execução.

37 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5. p. 801-802.

38 Todos os artigos referem-se ao CPC/2015.

39 A distinção entre a responsabilidade e o débito pode ser bem compreendida a partir dos clássicos exemplos do fiador, que que possui a responsabilidade (secundária) mas não deve, e da dívida oriunda de jogo de azar não autorizado (também conhecida como “dívida natural”), caso em que existe o débito mas não a responsabilidade. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1141-1142.

40 “Art. 790. São sujeitos à execução os bens: I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II - do sócio, nos termos da lei; III - do devedor, ainda que em poder de terceiros; IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

Destaca-se que a responsabilidade patrimonial não abrange toda a universalidade de bens do executado, pois há restrições legais, decorrentes do cenário de humanização da execução. Dentre elas, o art. 833 do CPC/2015 prevê, de forma taxativa, as hipóteses de impenhorabilidade, que podem ser absolutas ou relativas, a depender da existência ou não de exceção (como ocorre nos casos dos parágrafos 1º a 3º do referido artigo).

Portanto, depreende-se que a responsabilidade patrimonial é o instituto que visa à satisfação do direito do credor e constitui a garantia do responsável (devedor e/ou terceiro) de ter, primordialmente, o seu patrimônio sujeito à execução forçada, com vista à satisfação da obrigação, no que se refere à técnica sub-rogatória de expropriação.

Visualiza-se, atualmente, uma tendência, no direito pátrio, de que o índice de frustração das demandas executivas é demasiadamente alto, configurando a denominada crise de efetividade da execução⁴¹. Nessa linha, diagnostica-se que tais demandas são as responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, na medida em que integram relevante parte do acervo dos processos ativos e, de regra, demoram anos para findarem, muitas vezes sem produzir o resultado esperado, consumindo os finitos recursos materiais e humanos da Justiça.

Sob o prisma da responsabilidade patrimonial, tem-se que se sujeitam à execução forçada os bens do devedor/obrigado ou de terceiro/responsável, até o limite do débito, pelo que é inafastável a compreensão de que a ausência de patrimônio expropriável acarrete a frustração da execução, ainda que ausente má-fé do executado⁴².

41 Thiago Ferreira Siqueira adota essa nomenclatura. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 31-33.

42 Não é por outro motivo que se fala na doutrina que a execução é o “calcanhar de Aquiles” do processo. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 206-212.

Não obstante, a utilização de técnicas executivas de coerção (execução indireta), como a prisão civil do devedor de prestação alimentícia (art. 528, §3º, CPC), pode dar a impressão de que a execução não é exclusivamente patrimonial.

Nessa senda, discute-se, na atualidade, se existe relativização do princípio da responsabilidade patrimonial em razão da aplicação de medidas indiretas de execução, haja vista a preocupação com a possibilidade de sujeição de esfera distinta do patrimônio à execução, como ocorria nos primórdios da civilização.

Quanto à ausência de responsabilização pessoal no sistema processual vigente, pontua Neves:

A responsabilidade pela satisfação das dívidas é meramente patrimonial, nunca pessoal, não havendo nenhuma possibilidade de o corpo do responsável responder pela satisfação do direito do credor. Registre-se que nem mesmo a prisão civil permitida pela Constituição Federal (devedor voluntário e inescusável de alimentos) pode ser considerada uma exceção a esse princípio, já que o encarceramento não é forma de satisfação da obrigação, e sim mero meio de coerção (o mais violento de todos eles) para o cumprimento da obrigação. O devedor de alimentos que deve três meses e fica preso por um mês, sai da cadeia devendo quatro meses de alimentos, exatamente porque a privação corporal que suportou não gera satisfação do direito⁴³.

De outro lado, existe posicionamento da doutrina no sentido de existência de caracterização híbrida da responsabilidade executiva, conforme segue:

A responsabilidade executiva parece assumir, atualmente, caráter híbrido, comportando coerção pessoal e sujeição patrimonial: i) a coerção pessoal incide sobre a vontade do devedor, admitindo o uso de medidas coercitivas, de execução indireta, para forçá-lo a cumprir a obrigação com seu próprio comportamento (ex.: arts. 139, IV, 523, § 1º, 536, § 1º, e 538, § 3º, todos do CPC); ii) descumprida a obrigação, e não sendo possível/adequado o uso de técnica de coerção pessoal, tem-se a sujeição patrimonial, que recairá sobre os bens do devedor ou de terceiro responsável - que

43 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1142.

responderão pela própria prestação in natura (ex.: dar coisa ou entregar quantia) ou por perdas e danos⁴⁴.

O tema, de fato, revela-se complexo. No entanto, a resposta à indagação apontada por relevante parcela da doutrina e da jurisprudência, flui no sentido de que não há que se falar em relativização da responsabilidade patrimonial (ou até mesmo da resp. executiva) em decorrência da ação de meios coercitivos de execução indireta.

Com efeito, as medidas indiretas de execução, restringem-se a coagir psicologicamente o executado a satisfazer a obrigação por conta própria, inexistindo sub-rogação com a dívida, tampouco responsabilidade corporal ou, ainda, atividade substitutiva do Estado no cumprimento da obrigação⁴⁵. Logo, diante da própria natureza do instituto, conclui-se que a sua adoção não representa violação à responsabilidade executiva adotada pelo sistema processual para obrigação pecuniária, com prevalência, em regra, da sujeição patrimonial, e da sujeição pessoal de maneira mais restrita⁴⁶.

Esse é, inclusive, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede do julgamento do REsp. nº 1.788.950/MT, da Terceira Turma, de relatoria da Min. Nancy Andrichi, em 23/04/2019, que se refere a caso de execução por quantia certa. No voto da relatora, que prevaleceu por unanimidade, adotou-se a tese de que a técnica de execução por coerção, por não ser capaz de satisfazer o direito em execução, por não possuir finalidade punitiva e por apenas

44 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: execução. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5. p. 70-71.

45 *Ibid.* p. 69-70.

46 Sobre a possibilidade de responsabilidade pessoal para obrigação por quantia certa, advertem os juristas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio, Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “[...] as prestações pecuniárias podem sujeitar-se ao regime de responsabilidade pessoal (como é o caso da obrigação alimentar ou da cláusula geral inserta no art. 139, IV, do CPC) [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante o procedimento comum. 3. ed. Salvador: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 796.

atuar sobre a vontade do devedor, não viola o princípio da responsabilidade patrimonial (ou executiva)⁴⁷.

Assim, entende-se que, na execução patrimonial, sujeita-se a esfera jurídica do executado à satisfação da obrigação, envolvendo o patrimônio e os direitos não patrimoniais, em que pese o patrimônio seja a prioridade⁴⁸. Outrossim, para as obrigações não pecuniárias, sujeita-se a esfera pessoal de forma direta e a patrimonial de forma indireta, em razão da primazia da tutela específica dos direitos não patrimoniais.

Dessarte, vê-se que a responsabilidade executiva possui natureza mista (pessoal e patrimonial), embora possa haver preferência de uma sobre a outra (a depender da modalidade da obrigação e do título executivo), conforme bem sintetiza a doutrina:

[...] o sistema nacional – inclusive o atual – convive com dois princípios a respeito da responsabilidade em tema de execução. Para a efetivação de prestações que importem o pagamento de soma em dinheiro, prevalece (embora não de modo exclusivo) a ideia da responsabilidade patrimonial, de modo que, como afirma o art. 824, do CPC, ‘a execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas execuções especiais’. Já para prestações que tratem de fazer, não fazer e entregar coisa, é possível dizer que prevalece a responsabilidade pessoal, para prestações fundadas em títulos judiciais, e a

47 Coleciona-se alguns trechos do voto vencedor do referido julgado para fins de exemplificação: “[...] Tive a oportunidade de esclarecer, quando do julgamento do RHC 99.606/SP (3ª Turma, DJe 20/11/2018) que, como obstáculo à adoção dos meios atípicos e coercitivos indiretos na exequibilidade de obrigações de pagar quantia, parcela respeitável da doutrina aponta como óbice uma possível violação ao princípio da patrimonialidade da execução. Todavia, não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida. A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.788.950/MT (2018/0343835-5)**. Recurso Especial. Execução De Título Extrajudicial. Cheques. Violação De Dispositivo Constitucional. Descabimento. Medidas Executivas Atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento De Diretrizes A Serem Observadas Para Sua Aplicação. [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrigli, 23/04/2019.

48 MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paul: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 934-935.

responsabilidade patrimonial, para as prestações fundadas em títulos extrajudiciais⁴⁹.

Ressalta-se que a execução por coerção não significa o retorno à ultrapassada responsabilidade punitiva, até mesmo porque o sistema jurídico brasileiro expressamente veda tal possibilidade, em seu artigo 5º, XLVII, alínea “e”, da CF/88. Assim, embora não se desconheça a importância da patrimonialidade executiva, fato é que este instituto não compreende a totalidade das obrigações carentes de efetivação pela via da execução, a exemplo do que se vê, por exemplo, nas obrigações não patrimoniais em que a prioridade é a tutela específica da respectiva prestação devida⁵⁰. Daí porque se fala na desarrazoada valorização deste instituto no presente^{51,52}.

É irrefutável, pois, o argumento de que a execução indireta e suas técnicas correspondentes visam, primordialmente, ao aprimoramento da prestação jurisdicional. Superou-se a mentalidade vigente durante muito tempo, no Sistema Jurídico brasileiro, de que a execução se desenvolve em caráter exclusivo ou, pelo menos, majoritário por

49 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante o procedimento comum. 3. ed. Salvador: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 795-796.

50 Sobre o real alcance da responsabilidade patrimonial, discorre Araken de Assis: “realmente, o princípio da responsabilidade patrimonial declara a sujeição dos bens do devedor à excussão para obter uma soma de dinheiro. Não regula, por natural decorrência, a realização de outras obrigações, quando, por vezes, a prestação do devedor importa antes um determinado comportamento (*facere*)”. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 277.

51 Aqui revela-se fundamental a advertência da doutrina: “Tudo isto resulta da excessiva valorização do princípio da responsabilidade patrimonial, estatuído no art. 789, o qual se destina, com os cabíveis temperamentos, à tutela das obrigações para entrega de coisa e pecuniária. Ele não se estende, porém, à generalidade das obrigações e, respectivamente, não abrange a totalidade do fenômeno executório”. *Ibid.* p. 277. No mesmo sentido, apontam: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 69-77; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: execução. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5. p. 68-71.

52 Também é salutar a lição de Ovídio Baptista: “É necessário observar – e isto se impõe a quem deseje apreender adequadamente os inúmeros princípios legais estabelecidos para o processo de execução – que o paradigma teórico a que refere a doutrina e a própria lei [responsabilidade patrimonial] se dirigem quando tratam do processo executivo é invariavelmente a execução por crédito monetário, que se torna efetiva extraíndo-se do patrimônio do devedor o numerário suficiente ao pagamento do credor. Desta premissa é que nasce o princípio segundo o qual ‘todos os bens’ do devedor sujeitam-se à execução. [...]”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 71.

meio da técnica direta de satisfação da prestação por sub-rogação, notadamente quanto às obrigações pecuniárias.

Nesse diapasão, observa-se que a adoção das técnicas indiretas de execução tem papel fundamental na tutela efetiva e célere do processo executivo, evitando, dessa forma, a frustração do legítimo direito do credor de adimplemento da obrigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do exposto neste artigo, é razoável compreender que a responsabilidade patrimonial é uma simples espécie da responsabilidade executiva, visto que somente se relaciona, de modo direto, com as obrigações pecuniárias, conforme relevante entendimento da doutrina especializada, da jurisprudência e, inclusive, da própria legislação processual.

Urge-se, portanto, que seja afastada a ideia da patrimonialidade executiva como um “dogma”, até mesmo porque, no próprio âmbito da execução por quantia certa, é possível a adoção de meios coertivos de natureza pessoal, como a medida de prisão civil do devedor de prestação alimentícia, sem que isto implique em responsabilidade punitiva.

Veja-se, por sinal, que tal medida executiva é, de acordo com o que a experiência demonstra, a mais drástica e também a mais eficaz da execução civil, a despeito de não servir para satisfazer a dívida, de sorte que provado está que a utilização a utilização de um meio executivo dessa jaez (coercitivo) não viola à responsabilidade patrimonial. Ou seja, serve apenas para aumentar a eficácia da sanção executiva, sem violar o ordenamento jurídico.

Portanto, conclui-se que a responsabilidade executiva adotada pelo sistema jurídico brasileiro alcança a sujeição da esfera

jurídica do executado às sanções executivas, de natureza pessoal e/ou patrimonial, para todas as obrigações, inclusive na execução por quantia certa, através do emprego de medidas executivas sub-rogatórias, como a expropriação, e/ou coercitivas, como a prisão civil do devedor de alimentos ou a multa coercitiva.

Por fim, destaca-se que, no caso específico da execução patrimonial, ela comporta a submissão do patrimônio do executado de forma direta por medidas sub-rogatórias de expropriação, e, de maneira indireta, dos direitos dele por meio de medidas coercitivas de pressão psicológica, vedada sempre a sanção sobre a integridade física.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.788.950/MT (2018/0343835-5)**. Recurso Especial. Execução De Título Extrajudicial. Cheques. Violação De Dispositivo Constitucional. Desdobramento. Medidas Executivas Atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento De Diretrizes A Serem Observadas Para Sua Aplicação. [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 23/04/2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. Barueri [São Paulo]: Atlas, 2022.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: execução. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998a.

_____. **Execução indireta**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998b.

LAGE, Ricardo Kalil. Efetividade da ação de execução: evolução legislativa, jurisprudencial e tecnológica. *In*: Migalhas, [s. l.], 29 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301252/efetividade-da-acao-de-execucao--evolucao-legislativa--jurisprudencial-e-tecnologica>. Acesso em: 14 jun. 2022.

LEI das XII Tábuas. *In*: DHNET Direitos Humanos. [S. l.], c1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 09 jun. 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum**. 3. ed. Salvador: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paul: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOLASCO, Lincoln. Responsabilidade patrimonial. *In*: Conteúdo Jurídico, [s. l.], 08 jan. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37992/responsabilidade-patrimonial>. Acesso em: 20 mai. 2023.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Algumas palavras sobre responsabilidade patrimonial e execução. *In*: Migalhas, [s. l.], 11 out. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/247191/algumas-palavras-sobre-responsabilidade-patrimonial-e-execucao>. Acesso em: 20 mai. 2023.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016. v. 3.

CAPÍTULO 13

EXECUÇÃO FISCAL: NOVAS PERSPECTIVAS

Gustavo da Cunha Thewes¹

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro da Escola de Processo da UNISINOS.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade última do Estado é a realização do bem comum. Quanto maior a necessidade pública, compreendida como incumbência do Estado decorrente de uma norma jurídica, seja de origem constitucional ou legal, maior será a intensidade da atividade financeira do Estado.¹

Portanto, quanto maior a atuação estatal, maior será sua atuação financeira e, conseqüentemente, maior será a necessidade de arrecadação de recursos que possibilitem esta atuação. Para tanto, diversas são as fontes de arrecadação do Estado, compreendendo, entre elas, arrecadações tributárias e não tributárias que, uma vez inadimplidas, tornam-se exequíveis via constituição de dívida ativa e, eventualmente, ajuizamento de execução fiscal.

Apesar dessas receitas, de origem tributárias ou não tributárias, configurarem importante fonte de custeio para as incumbências do Estado, imprescindíveis à promoção do, assim chamado, bem comum, seu inadimplemento é prática recorrente em âmbito nacional. A fim de evitar tal prática, a legislação pátria prevê diversos privilégios² para a cobrança dos créditos de titularidade da Fazenda Pública, incluindo-se a previsão de procedimento especial para cobrança do crédito tributário, constituído via dívida ativa (título executivo extrajudicial), previsto, em especial, pela Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, também chamada de Lei de Execução Fiscal (LEF).

Contudo, não obstante a previsão de procedimento especial para cobrança dos créditos de titularidade da Fazenda Pública, com

¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 26 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 27.

² A instituição de privilégios exagerados e, por vezes, injustificados em prol da Fazenda Pública, trazidos pela LEF, foram objeto de severas críticas pela classe jurídica. Dentre outras críticas, Humberto Theodoro Júnior ressalta que tais privilégios afrontam o princípio da isonomia, do qual não se deve afastar nem mesmo a Fazenda Pública. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 14.

a instituição de privilégios em favor desta, o cenário judicial atual coloca em xeque o sistema na forma em que fora concebido. O cenário de crise e congestionamento nos Tribunais pátrios, em especial no que tange às execuções fiscais, exige uma releitura e, quiçá, uma revolução no procedimento de recuperação do crédito da Fazenda Pública.

O presente estudo se destina a, partindo do cenário de crise e falência do procedimento executivo fiscal, analisar as iniciativas, atualmente aplicadas ou não, que buscam apontar soluções para o caótico cenário executivo fiscal pátrio. Ressalta-se que o objetivo deste estudo é muito mais provocativo do que exaustivo, não possuindo a pretensão de abarcar todas as iniciativas existentes nos diversos Tribunais pelo país.

2. O CENÁRIO DE CRISE DA EXECUÇÃO FISCAL

Principal índice de verificação de desempenho do Poder Judiciário, o Relatório Justiça em Números, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta para a constante ineficácia do procedimento executivo fiscal. Conforme números publicados pelo Relatório Justiça em Números 2022, que tem como base o ano de 2021, as execuções fiscais, em primeiro grau, apresentam uma taxa média de congestionamento de 90%. Significa dizer que, a cada cem execuções fiscais que tramitaram junto ao Poder Judiciário no ano de 2021, apenas dez foram baixadas³. Ainda, o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal é de 6 anos e 11 meses.⁴

Ou seja, além do excessivo tempo de tramitação das execuções fiscais, existe um baixo índice de recuperação do crédito tributário.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 171. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2023.

4 Importante ressaltar que, conforme trazido pelo relatório Justiça em Números, o tempo de tramitação da Execução Fiscal vem reduzindo nos últimos anos, sendo de 9 anos e 1 mês em 2018, 8 anos em 2019, 7 anos em 2020 e 6 anos e 11 meses em 2021. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 175/176. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2023.

Por certo, tal fenômeno se justifica, também, pelo fato de a execução fiscal ser proposta após esgotadas as possibilidades administrativas de cobrança do crédito, sendo que, muitas vezes, cabe ao Magistrado somente repetir diligências já adotadas na seara administrativa. Trata-se, portanto, de demanda executiva, em tese, com menor probabilidade de êxito.⁵

Atrelado a isso, conforme estudo realizado pelo IPEA no ano de 2011, com análise restrita às execuções fiscais ajuizadas perante a Justiça Federal, o custo provável do processo de execução fiscal médio era, à época, de R\$ 4.685,39⁶⁻⁷. Ainda, apesar de, em relação aos processos baixados, o grau de sucesso das execuções fiscais ser relativamente alto (33,9% dos casos de baixa ocorrer em razão do pagamento integral da dívida), somente em 2,6% dos casos, a execução fiscal resulta em algum leilão judicial, com ou sem êxito. Por sua vez, do número total de processos, apenas em 0,2% dos casos o pregão resulta em recursos suficientes para satisfazer o débito, e em 0,3% dos casos, a adjudicação de bens do executado é apta a extinguir a dívida.⁸

Ou seja, a execução fiscal se mostra muito mais eficiente como instrumento de coerção do que, propriamente, uma medida sub-rogatória. Existindo citação pessoal do devedor, o índice de pagamento

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 170. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 13 maio 2023.

6 INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS APLICADAS - IPEA. **Custo Unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. p. 25. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 13 maio 2023.

7 Importante ressaltar que o estudo, publicado no ano de 2011, foi realizado entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011, podendo sofrer importantes reflexos, em especial mediante a progressiva implementação dos processos e serviços judiciais eletrônicos. Segundo o relatório **Justiça em números**, de 2009 a 2021, o número de processos eletrônicos saltou de 11,2% para 97,2% do acervo, resultando em uma importante alteração na prática judicial. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. p. 187. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 13/05/2023. Contudo, o estudo realizado pelo IPEA segue como expoente para apreciação dos custos e índices de aproveitamento das execuções fiscais propostas perante a Justiça Federal.

8 INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS APLICADAS - IPEA. **Custo Unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. p. 19. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 13 maio 2023.

integral da dívida chega a 45%⁹. Porém, nos demais casos, quando não há pagamento integral do débito, as medidas executivas sub-rogatórias que logram a satisfação integral da dívida são irrisórias.¹⁰

Estes números traduzem um cenário caótico que acaba por tornar insustentável o atual procedimento especial de execução fiscal, principal responsável pela morosidade do Poder Judiciário. O procedimento executivo fiscal judicial exige dispêndio de tempo de magistrados e servidores, em diligências que, na maioria das vezes, não resultam na localização de patrimônio suficiente ao pagamento do débito. Ainda, conforme constatado, além do congestionamento do Poder Judiciário, as execuções fiscais geram um custo médio de tramitação que acaba, na maioria das vezes, se tornando injustificável, ante a impossibilidade de recuperação do crédito tributário.

Desta forma, inúmeras são as inovações adotadas e propostas que buscam atribuir maior eficácia ao procedimento executivo fiscal. Ainda, alterações legislativas recentes objetivaram facultar, ao administrador público, o não ajuizamento de demanda executiva fiscal que se mostre fadada ao insucesso. Passamos, agora, a uma análise sucinta quanto a algumas dessas alterações/propostas.

3. A BUSCA ANTECIPADA DE BENS DO DEVEDOR E O AJUIZAMENTO SELETIVO - LEI 13.606/2018

No ano de 2018, o legislador pátrio sancionou a Lei 13.606 a qual, dentre outras medidas, prevê uma verdadeira busca antecipada de bens do devedor, previamente ao ajuizamento da execução fiscal. Em seu artigo 25, o referido diploma legal acrescenta à Lei 10.522/2002,

9 INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS APLICADAS - IPEA. **Custo Unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. p. 20/21. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 13 maio 2023.

10 Importante ressaltar que, tratando-se de execuções fiscais, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que são inaplicáveis as assim chamadas medidas executivas atípicas, previstas pelo CPC em seu artigo 139, IV, restando ao FISCO, portanto, as medidas explicitamente previstas. HC 453.870/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAÍIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 15/08/2019.

os artigos 20-B¹¹, 20-C, 20-D e 20-E, regulamentando um procedimento administrativo pré-executivo que busca atribuir maior efetividade à cobrança dos créditos da Fazenda Pública, prevendo um modelo para localização prévia de bens do devedor, bem como dispensando a Procuradoria da Fazenda Nacional de ajuizar execução fiscal caso não localizados bens.¹²

De acordo com os dispositivos acrescidos à Lei 10.522/2002, uma vez inscrito o débito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para pagá-lo no prazo de cinco dias e, transcorrido o prazo *in albis*, poderá comunicar a inscrição em dívida ativa a serviços de proteção ao crédito e a órgãos que operam bancos de dados relativos a consumidores. Ou seja, de plano, transcorrido o prazo legal para pagamento do débito inscrito em dívida ativa, persistindo o inadimplemento, poderá, a Fazenda Pública, antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal, praticar medidas coercitivas que busquem a satisfação do crédito, evitando a provocação do aparato judicial para intervenção.

Ainda, concomitante à comunicação da inscrição em dívida ativa, poderá, a Fazenda Pública, promover uma verdadeira busca antecipada de bens do devedor. Uma vez inscrito o débito em dívida ativa e notificado o devedor para pagamento, transcorrido o prazo de cinco dias, poderá, a Fazenda Pública, averbar a certidão de dívida ativa (título executivo), nos órgãos de registro de bens e direitos

11 Os referidos dispositivos legais tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Em julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob nº 5881, 5886, 5890, 5925, 5931 e 5932, o Tribunal Pleno do STF considerou inconstitucional a parte final do inciso III, do §3º, do artigo 20-B, onde se lê “tornando-os indisponíveis”. ADI 5881, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2020, DJe 05/04/2021.

12 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões Sobre a Necessária Busca Antecipada de Bens do Devedor. In: _____; RIBEIRO, Flávia Pereira. **Reflexões Sobre a Desjudicialização da Execução Civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 183.

sujeitos a arresto ou penhora¹³⁻¹⁴. Conforme leciona Elias Marques de Medeiros Neto:

Trata-se, sem dúvida nenhuma, de uma forma de permitir que a Fazenda Nacional possa promover, extrajudicialmente, uma busca antecipada de bens do devedor, já podendo averbar nos registros públicos onde existam bens do devedor a existência do crédito em favor da Fazenda Pública.¹⁵

Tal procedimento administrativo de busca antecipada de bens do devedor, foi regulamentado pela Portaria n. 33, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a qual prevê, para além das medidas já mencionadas, a possibilidade de parcelamento do débito, no prazo de 5 dias, bem como a oferta antecipada, pelo devedor, de garantia em execução fiscal, no prazo de 30 dias¹⁶.

Contudo, não existindo parcelamento do débito, apresentação de garantia pelo devedor, nem pedido de revisão do débito lançado, a Fazenda Nacional poderá realizar a chamada averbação pré-executória, a qual visa levar ao conhecimento de terceiros a existência do crédito fazendário, inscrito em dívida ativa, visando prevenir fraudes à execução. A referida averbação poderá ser impugnada pelo devedor, nos termos do artigo 21, §2º, da Portaria¹⁷ e, não apresentada

13 Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados. [...] § 3º Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá: [...] II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

14 Vide nota 11.

15 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões Sobre a Necessária Busca Antecipada de Bens do Devedor. In: _____; RIBEIRO, Flávia Pereira. **Reflexões Sobre a Desjudicialização da Execução Civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 183.

16 Art. 6º. Inscrito o débito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para: I - em até 05 (cinco) dias: [...] b) parcelar o valor integral do débito, nos termos da legislação em vigor; [...] II - em até 30 (trinta) dias: a) ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal. BRASIL, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN. **Portaria n. 33/2018**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>. Acesso em: 20 maio 2023.

17 Art. 21. A averbação pré-executória é o ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução de que tratam os artigos 185 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional) e 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. [...] § 2º. A averbação poderá ser impugnada pelo sujeito passivo, inclusive em relação a seu excesso, observado o procedimento previsto nessa Portaria. BRASIL, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN. **Portaria n. 33/2018**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>. Acesso em: 20 maio 2023.

ou rejeitada a impugnação, a execução fiscal deverá ser ajuizada no prazo de 30 dias.

Resta evidente que o procedimento pré-executivo trazido pela Lei 13.606/2018, e regulamentado pela Portaria n. 33, da PGFN, busca atribuir maior efetividade às execuções fiscais, a partir da realização de um procedimento de busca antecipada de bens do devedor. Contudo, ainda mais interessante é o chamado ajuizamento seletivo ou condicionado de execuções fiscais.

Após realizados os procedimentos de busca de bens e direitos do devedor, passíveis de arresto ou penhora, não existindo indícios de titularidade desses bens ou direitos, a procuradoria poderá se abster de ajuizar execução fiscal. Tal condicionamento é previsto pelo artigo 20-C, da Lei 10.522/2002¹⁸ e visa conformar o ajuizamento de execuções fiscais ao princípio da eficiência, consagrado pelo artigo 37 da Constituição Federal.

Conforme leciona Flávia Pereira Hill, o processo de execução não se esgota no ambiente jurídico, devendo incidir concretamente na prática, a fim de satisfazer a obrigação reconhecida no título executivo, nesse caso, a certidão de dívida ativa. Destarte, para além do inadimplemento, um pressuposto prático para a viabilidade (e não admissibilidade) do processo de execução, reside na existência de bens no patrimônio do devedor. Consequentemente, a prévia busca de bens do devedor caracteriza providência imprescindível para verificar o que a autora chama de *interesse-utilidade* no ajuizamento de execução forçada, vez que, a não localização de bens passíveis de sofrer atos

18 Art. 20-C. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá condicionar o ajuizamento de execuções fiscais à verificação de indícios de bens, direitos ou atividade econômica dos devedores ou corresponsáveis, desde que úteis à satisfação integral ou parcial dos débitos a serem executados. BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

executivos, esvazia, em todo ou em parte, a própria utilidade da execução.¹⁹

Araken de Assis²⁰, por sua vez, indica que a inexistência de bens penhoráveis e a insuficiência patrimonial do executado tornam inútil o prosseguimento da atividade jurisdicional executiva, eis que, configurando-se execução infrutífera, resta caracterizada a inutilidade da tutela. Nas palavras do autor:

Findo o prazo de suspensão, não ocorrendo a prescrição intercorrente e não se oferecendo à penhora os tais bens “futuros”, aludidos no art. 789, o juiz poderá extinguir a execução infrutífera, mandando arquivar os autos decorrido o prazo de um ano (art. 921, § 2.º), porque inútil a prestação jurisdicional, sem prejuízo da extinção própria fundada na prescrição intercorrente (art. 924, V).²¹

Tem-se, portanto, que um procedimento pré-executivo, promovido ainda na seara administrativa, que possibilite à Fazenda Pública verificar a existência de bens ou direitos aptos a proporcionar a satisfação do crédito, está diretamente ligado ao princípio da eficiência, norteador da atuação da administração pública. Se não existem bens de titularidade do devedor, passíveis de ser objeto de atos executivos em fase judicial, a própria prestação jurisdicional será inútil, eis que não logrará a recuperação do crédito. Trata-se, acima de tudo, de procedimento com finalidade preventiva²², apto a proporcionar o conhecimento dos fatos antes do ajuizamento da demanda, cabendo à Procuradoria da Fazenda Pública justificar a distribuição ou não da execução fiscal.

19 HILL, Flávia Pereira. A Produção Antecipada da Prova para a Busca de Bens no Patrimônio do Devedor. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 318/319.

20 ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. IV. p. 526.

21 ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. IV. p. 526.

22 HILL, Flávia Pereira. A Produção Antecipada da Prova para a Busca de Bens no Patrimônio do Devedor. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 321.

Cumpre salientar que a dispensa de ajuizamento de execução fiscal também é prevista para casos em que o valor do débito é considerado baixo. Tratando-se de créditos de titularidade da Fazenda Nacional, a Lei 10.522/2002 dispõe, em seu artigo 20, com redação dada pela Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), que serão arquivados, sem baixa na distribuição, os débitos de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sendo reativados quando os valores ultrapassarem os limites indicados. Por sua vez, execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional, de valores de até mil reais, serão extintas, mediante requerimento²³. Conforme ressaltado por Leonardo Carneiro da Cunha, a dispensa de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor é ato exclusivo da Administração Pública, não cabendo ao Judiciário extinguir a execução por suposta falta de interesse de agir.²⁴

Desta forma, perceptível que as hipóteses de dispensa de ajuizamento de execução fiscal, seja por inexistência de indícios de bens do devedor, seja em razão do débito ser considerado de baixo valor, buscam adequar os atos da Administração Pública ao princípio Constitucional da eficiência. Ora, se não existem sequer indícios de possibilidade de recuperação do crédito lançado em dívida ativa, ou se o valor a ser recuperado é inferior ao custo necessário para acionar a máquina judiciária, não subsistem motivos válidos para,

23 Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. § 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. § 2º Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais). BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 20/05/2023.

24 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 393.

sob argumento de indisponibilidade do bem público²⁵, promover-se execução fiscal, fadada ao insucesso.

Trata-se de possibilitar à Administração Pública não praticar atos flagrantemente contraproducentes, os quais, além de não proporcionarem resultados satisfatórios, acabam, como constatado pelo Relatório Justiça em Números, congestionando os Tribunais pátrios. Assim, medidas como àquelas previstas pela Lei 13.606/2018, buscam atacar o problema de congestionamento das execuções fiscais na raiz, possibilitando seu não ajuizamento quando não existirem sequer indício de possibilidade de satisfação do crédito.

Existem, contudo, medidas que visam dotar a execução fiscal de eficácia. Vejamos, a seguir, sucintamente, algumas dessas iniciativas.

4. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROL DO EXECUTIVO FISCAL

Atualmente, uma grande parte do trabalho realizado nos Tribunais é mecânica. Grande parte dos servidores, e até mesmo magistrados trabalham com modelos, seguindo procedimentos padrões, com uma simples adequação de dados ao caso concreto²⁶. No que tange ao processo de execução, a mecanização do procedimento é ainda mais evidente, tendo em vista que, situando-se perante a certeza, liquidez e exigibilidade de um título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, a matéria processual se caracteriza muito mais, ainda que não exclusivamente, pela mera tramitação e busca de dados do que, propriamente, por uma atividade mental e cognitiva.

²⁵ Leciona, Leonardo Carneiro da Cunha, que tal indisponibilidade: “entretanto, comporta gradações. Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outras normas constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível. Daí ser possível, por exemplo, a autoridade fazendária, mediante lei, autorizar remissão ou anistia do crédito fiscal”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

²⁶ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 24.

O procedimento executivo objetiva, por certo, localizar bens do devedor inadimplente, aptos a satisfazer a dívida executada. Assim, se trata de uma atividade muito mais administrativa e de gestão do que, propriamente, uma atividade jurisdicional, não obstante os pronunciamentos jurisdicionais pontuais²⁷ e que, conseqüentemente, pode ser otimizada mediante a utilização da inteligência artificial. Com maestria, Jordi Nieva Fenoll dispõe que:

*[...] la actividad ejecutiva es en muy buena medida automatizable. Si se consigue un sistema que obtenga una precisa información patrimonial de los ciudadanos, y se le introducen a los algoritmos todas las inembargabilidades, orden de prelación de los embargos, modalidades de ejecución y automática notificación a los terceros interesados que surjan de la información patrimonial recopilada, la descarga de burocracia y la aceleración de esta actividad acabará siendo sorprendente a ojos de un observador de hoy.*²⁸

Atentando-se a necessidade de se atribuir maior eficácia ao procedimento executivo, em especial no que diz respeito à busca de bens do devedor e ciente do enorme potencial contributivo que a utilização de inteligência artificial tem a oferecer, o Poder Judiciário pátrio vem, nos últimos anos, desenvolvendo ferramentas que proporcionam uma otimização no procedimento executivo fiscal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por exemplo, desenvolveu a ferramenta batizada de Elis. Trata-se de ferramenta de tecnologia da informação que, baseada em inteligência artificial, promove uma análise nas execuções fiscais, averiguando a existência de possíveis divergências entre as Certidões de Dívida Ativa e petições iniciais, além de fazer uma triagem em relação à competência e prescrição. Conforme a equipe de desenvolvedores, a triagem manual de 70 mil processos levava, em média, um ano e meio. Por sua vez, a

27 FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 39.

28 FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 40/41.

Elis analisa pouco mais de 80 mil processos em 15 dias²⁹, otimizando as tarefas de administração, além de liberar os servidores e magistrados para atuação em situações mais complexas, que exigem maior grau de cognição. O sucesso do programa Elis resultou em sua disponibilização aos demais tribunais do país, por meio da plataforma SINAPSES, do Conselho Nacional de Justiça, plataforma de supervisão dos modelos de inteligência artificial adotados pelos tribunais pátrios.

Outras iniciativas também buscam automatizar consultas, bloqueios e desbloqueios de bens nas plataformas SISBAJUD, RENAJUD e INFOJUD, evitando-se a realização manual de inúmeros atos mecânicos que acabam por retardar a execução fiscal, comprometendo a constrição patrimonial efetiva. É o caso, por exemplo, da ferramenta LEIA (*Legal Intelligent Advisor*), desenvolvida pela sociedade SOFTPLAN para o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Da mesma forma atua o sistema batizado POTI, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, o qual realiza a busca e o bloqueio automático de valores em contas bancárias, transferindo as quantias bloqueadas para contas oficiais já informadas nos autos.³⁰

Por fim, outra importante iniciativa adotada pelo Conselho Nacional de Justiça é a reiteração automática de ordens de bloqueio, ferramenta popularmente conhecida como “teimosinha”. Mediante o uso dessa ferramenta, o Magistrado pode registrar a quantidade de vezes que uma emissão de ordem de penhora on-line de valores poderá ser reiterada no SISBAJUD, de forma automatizada, até o bloqueio efetivo do valor necessário para seu integral cumprimento.³¹

29 TJPE. **TJPE disponibiliza ferramenta de IA para execução fiscal em Programa de formação do CNJ.** Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-disponibiliza-ferramenta-de-inteligencia-artificial-para-execucao-fiscal-em-programa-de-formacao-do-cnj>. Acesso em: 20 maio 2023.

30 MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. Os Novos Paradigmas da Execução Fiscal, na Era da Inteligência Artificial. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências.** Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 457.

31 Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **SISBAJUD: Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em: 20 maio 2023.

Percebe-se, portanto, pelos exemplos citados que, a partir da constatação do enorme potencial do uso da inteligência artificial na otimização e efetividade do processo de execução (fiscal ou civil), o desenvolvimento de ferramentas que automatizam tarefas mecânicas de administração e gerência já se mostra uma realidade nos tribunais pátrios. Apesar de se tratar de ferramentas precursoras e em fase inicial de desenvolvimento, os resultados alcançados permitem vislumbrar um cenário judicial futuro menos caótico do que o atualmente constatado pelo CNJ, em seus relatórios Justiça em Números, proporcionando ao jurisdicionado, incluindo-se a Fazenda Pública, o processo efetivo consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.³²

A utilização de ferramentas que se valem da inteligência artificial para otimizar, em especial, a localização do devedor e a busca de seus bens, mediante informações existentes nas mais diversas bases de dados, é providência imprescindível para a evolução do próprio procedimento executivo fiscal. Dotar os tribunais de ferramentas que possibilitem a utilização dos dados existentes e, muitas vezes, impossíveis de sofrer processamento por parte humana, em razão do grande número de informações existentes (*bigdata*³³), é otimizar a própria prestação jurisdicional.

Por fim, há, ainda, quem defenda uma verdadeira revolução no executivo fiscal. Propõe-se, em alguns casos, a total desvinculação do executivo fiscal do Poder Judiciário, promovendo-se a assim chamada *desjudicialização* da execução fiscal.

32 Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni: “o princípio da inafastabilidade não apenas veda que se exclua de apreciação, mas antes de tudo garante o direito ao processo efetivo, que é princípio imanente ao próprio Estado de Direito”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1994. p. 8.

33 MAZZOLA, Marcelo. VALE, Luís Manoel Borges do. Os Novos Paradigmas da Execução Fiscal, na Era da Inteligência Artificial. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). *Execução Civil: novas tendências*. In-daiatuba: Editora Foco, 2022. p. 450.

5. A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Tramita, atualmente, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 4.257/2019³⁴ que propõe modificar a LEF, instituindo a chamada execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.

O Projeto de Lei visa, em síntese, instituir o juízo arbitral em matéria de execução fiscal, possibilitando, ao executado, mediante garantia da execução, optar pela adoção de juízo arbitral apto a julgar eventuais embargos ofertados. Neste caso, a fixação de honorários advocatícios não poderá exceder a metade do valor que seria arbitrado em processo judicial³⁵. Por sua vez, as despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado, não podendo exceder o valor fixado a título de honorários advocatícios³⁶. Resta assegurado, ainda, tanto à Fazenda Pública quanto ao executado, acionar o Poder Judiciário para postular a declaração de nulidade do procedimento arbitral.

Trata-se, por certo, de medida acertada, a qual busca importar ao procedimento executivo fiscal os chamados métodos adequados de resolução de conflitos³⁷. Existindo concordância entre as partes, bem como garantia à execução, não se mostra sensato impedir a utilização de juízo arbitral, em favor de uma desnecessária provocação do Poder Judiciário, desde que ressalvada a intervenção deste.

Por sua vez, a adoção da chamada execução extrajudicial da dívida ativa atinge somente os tributos de natureza real, sendo eles:

34 O Projeto de Lei pode ser consultado na íntegra em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 21 maio 2023.

35 Art. 1º A Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 16-D [...] Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4257/2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 21 maio 2023.

36 Art. 1º. [...] Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4257/2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 21 maio 2023.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 158.

contribuições de melhorias, ITR, IPVA e IPTU. O principal fundamento para tal restrição é, por certo, a maior probabilidade de recuperação do crédito tributário, eis que, nestes casos, a atividade executiva poderá recair sobre o próprio bem.³⁸

O procedimento executivo fiscal extrajudicial prevê, em síntese que, após a formalização da execução, o executado deverá ser notificado, recebendo a Certidão de Dívida Ativa, a qual deverá indicar o valor total da dívida. Recebida a notificação, o executado disporá do prazo de 30 dias para pagamento e, não o fazendo, a Fazenda Pública poderá lavrar termo de penhora, requerendo seu registro junto ao órgão competente.

Após registro, a Fazenda Pública deverá promover nova notificação do executado, indicando a avaliação do bem penhorado, concedendo novo prazo de 30 dias para pagamento, prazo em que o executado poderá ajuizar embargos à penhora, devendo alegar toda matéria útil à defesa. Não efetuado o pagamento ou parcelamento da dívida, nem oferecidos embargos à penhora, a Fazenda Pública fica autorizada a efetuar o primeiro leilão do bem penhorado, o qual somente poderá ser obtido, no mínimo, pelo valor atualizado da dívida, acrescido de despesas. Não atingido tal valor, será realizado novo leilão, no qual deverá ser aceito o maior lance apurado.

Nota-se, portanto, pelo sucinto resumo do procedimento proposto que, nos casos em que o crédito da Fazenda Pública recair sobre direitos reais, esta poderá optar pela execução extrajudicial de seu crédito, eis que os atos executivos podem recair sobre o próprio bem que originou o tributo executado. Ao que parece, em um primeiro momento, o projeto não ataca a raiz do problema das execuções fiscais, eis que as providências adotadas são em muito similares àquelas

³⁸ RODRIGUES, Marco Antonio; FARIAS, Rodrigo Viera. A Execução Fiscal Judicial em Crise. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 471.

praticadas na esfera judicial. Por certo, a adoção da execução administrativa terá o condão de desafogar os Tribunais pátrios, pelo menos em fase inicial, eis que ainda poderão ser ajuizados embargos à penhora e ações anulatórias, contudo, em termos de efetividade, pode-se não perceber um resultado muito diferente daquele atualmente constatado.

Por certo, medidas como a previsão de procedimento arbitral em matéria tributária e execução administrativa de créditos tributários oriundos de direitos reais, desde que resguardada a provocação jurisdicional, configuram-se como promissoras, tendo em vista que proporcionam à própria Fazenda Pública realizar diligências para recuperação de seu crédito, desafogando os Tribunais, retirando-lhes a incumbência de realizar tarefas mecânicas de análise de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os números trazidos pelo CNJ, apontam para uma urgente necessidade de modificação no procedimento executivo fiscal. O baixo índice de recuperação de crédito e o congestionamento visto nos Tribunais pede atenção especial, tanto dos legisladores quanto dos juristas.

Atentando-se a tal necessidade, inúmeras iniciativas podem ser percebidas em território nacional, entre elas, uma das mais bem recebidas é a possibilidade de não ajuizamento de execução fiscal fadada ao insucesso. Por sua vez, o uso de ferramentas dotadas de inteligência artificial já vem mostrando resultados promissores na localização de devedores e de seus bens, além de otimizar a atuação dos servidores e magistrados nas execuções fiscais. Já a proposta de *desjudicialização* da execução fiscal, apesar de, aparentemente, não proporcionar maior efetividade ao contencioso tributário, também será capaz de melhorar os números dos tribunais.

Todas essas iniciativas, dentre outras não abarcadas pelo presente estudo, se mostram louváveis, eis que visam melhorar a atuação dos tribunais. Contudo, acima dos números frios, imprescindível que se dote o executivo fiscal de maior efetividade, proporcionando, ao fim, uma melhora de rendimento no que tange à recuperação do crédito tributário.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. 18. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. V. IV.

BRASIL, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN. **Portaria n. 33/2018**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm.

CNJ. **SISBAJUD**: Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>.

_____. **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>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 26 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HILL, Flávia Pereira. A Produção Antecipada da Prova para a Busca de Bens no Patrimônio do Devedor. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS APLICADAS – IPEA. **Custo Unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1994.

MAZZOLA, Marcelo; VALE, Luís Manoel Borges do. Os Novos Paradigmas da Execução Fiscal, na Era da Inteligência Artificial. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões Sobre a Necessária Busca Antecipada de Bens do Devedor. *In*: _____; RIBEIRO, Flávia Pereira. (Orgs.). **Reflexões Sobre a Desjudicialização da Execução Civil**. Curitiba: Juruá, 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; FARIAS, Rodrigo Vieria. A Execução Fiscal Judicial em Crise. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BELLIZZE, Marco Aurélio; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.). **Execução Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4257/2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

TJPE. **TJPE disponibiliza ferramenta de IA para execução fiscal em Programa de formação do CNJ**. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-disponibiliza-ferramenta-de-inteligencia-artificial-para-execucao-fiscal-em-programa-de-formacao-do-cnj>.

CAPÍTULO 14

O DIREITO FUNDAMENTAL DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI E O IURA NOVIT CURIA VERSUS O PRINCÍPIO CANDOR TOWARD THE COURT: DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY NO SISTEMA BRASILEIRO DE PADRÕES DECISÓRIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES

Darci Guimarães Ribeiro¹

¹ Advogado e Árbitro. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFN. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro da Asociación Argentina de Derecho Procesal. Huésped de Honor da Casa de Altos Estudios da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Investigación sobre Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio, (PID2020-115304GB-C21) financiado pelo Ministério de Ciência e Inovação – MEC – da Espanha.

1. INTRODUÇÃO

Não se pode negar que o distanciamento entre a família da *civil law* e *common law* vem se reduzindo de forma acelerada nos últimos tempos. Este movimento de aproximação que sempre foi lento e sinuoso, porém contínuo, tem se intensificado nas últimas décadas¹, basta perceber a criação das *Rules of Civil Procedure* no ano de 1998², bem denominada de “*Código de Processo Civil Inglês*” por Barbosa Moreira³, e da introdução no direito brasileiro, através do atual CPC, dos chamados ‘*precedentes*’, ou como prefiro denominar, padrões decisórios⁴, nos arts. 926 e 927, ambos do CPC⁵.

Esta aproximação que deve ser cautelosa e cuidadosa, mas necessária, precisa das mãos seguras do legislador para encontrar suporte legal e barrar indevidas interpretações que possam comprometer a higidez do sistema, levando, por conseguinte, a desestruturção dele, bem como a revogação de direitos e garantias fundamentais consagrados no ordenamento brasileiro.

1 Sobre a influência da *common law* no processo civil brasileiro, com a introdução do *habeas corpus*, do *due process of law*, do *Judiciary Act*, das *class action*, das *small claims courts*, entre outros institutos, consultar MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: **Revista da EMERJ**, vol. 4, nº 16, 2001, p. 11-22, bem como, do mesmo autor, O processo contemporâneo: um enfoque comparativo. In: **Revista da EMERJ**, vol. 6, nº 24, 2003, p. 55-69. Igualmente COUTURE, Eduardo. Función del proceso en el ‘common law’ y en la codificación. In: **Estudios de Derecho Procesal**, Buenos Aires: Ediar, t. III, 1948, p. 66-93.

2 Para o leitor interessado em ter acesso ao texto completo, consultar: REINO UNIDO. **The Civil Procedure Rules 1998**. Londres: Supreme Court of England and Wales, 1998. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents>. Acesso em: 03 out. 2022.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. In: **Temas de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, sétima série, nº 17, p. 179-189.

4 A bibliografia no direito brasileira é bastante extensa neste tema, em que pese a recente criação do CPC/2015, entre os quais podemos citar, no direito brasileiro, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, entre outros livros do autor; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios à sério**. São Paulo: Atlas, 2018; DA CUNHA, Guilherme Antunes. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**. Londrina: Thoth, 2021; FUGA, Bruno Sampaio. **Superação de precedentes**. Londrina: Thoth, 2020; e PEREIRA, Rafael Caselli. **A influência dos fatos na formação dos precedentes**. Londrina: Thoth, 2022. Para uma maior indicação bibliográfica, consultar a recente obra de: NICOLI, Ricardo L. **Padrões decisórios**. Londrina: Thoth, 2022. na extensa nota 01, p. 55 e 56.

5 Em que pese o legislador haver abandonado explicitamente a possibilidade de introduzir um sistema de precedentes no direito brasileiro quando retirou do projeto do CPC, originário da Câmara dos Deputados, o Cap. XV, intitulado: DO PRECEDENTE JUDICIAL, art. 520 a 522, que continham diversos incisos e parágrafos.

Em recente decisão, que causou certa polêmica entre os processualistas brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça acenou e trouxe ao debate nacional, o princípio da candura perante a Corte, *candor toward the Court*, e o dever de expor precedente vinculante adverso, *duty to disclose adverse authority* que revelam o dever de sinceridade perante os tribunais.

Resta saber, portanto, se estes consagrados princípios da *common law* podem ganhar vida no processo civil brasileiro ou encontram óbices legais para eliminar ou reduzir sua incidência no ordenamento pátrio. Não se trata, pois, de uma questão teórica, muito ao contrário, porque dependendo da resposta, o papel desempenhado tanto pelas partes quanto pelo juiz irá sofrer profundas alterações com imensa repercussão na prática judiciária.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI NO DIREITO BRASILEIRO

Quando o legislador, de um lado, exigiu que todos os sujeitos do processo cooperem entre si, art. 6º c/c o art. 378, ambos do CPC e, de outro, introduziu o direito fundamental ao silêncio, quando autorizou a parte a não produzir prova contra si própria, art. 379 do CPC, ele incorreu em uma imperdoável antinomia⁶ principiológica, na medida em que uma norma processual fundamental, art. 6º do CPC, limita o exercício de um princípio constitucional fundamental, art. 379 do CPC, assegurado na CF⁷ e reconhecido pelo STF⁸ ou como prefere dizer Eduardo Couture, apontando, de um lado, um critério *processual* que obriga a parte a produzir uma prova contra si mesma

6 Antinomia significa, segundo Norberto Bobbio, “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”, BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1989. Cap. 3. nº 4. p. 88.

7 Art. 5º, inc. LXIII, segundo o qual: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (destacamos).

8 STF, Tribunal Pleno. RE 971959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2018, DJe - 190, Div. 30.07.2020, Pub. 31.07.2020.

e, de outro, um critério *substancial* ou *material* que garante à parte o direito ao silêncio⁹.

Quis o legislador brasileiro, ao introduzir o direito ao silêncio no processo civil, *nemo tenetur edere contra se*, estender este sagrado direito constitucional fundamental para fora dos estreitos limites do processo penal. E as razões são várias, entre as quais destacamos:

A uma, porque se ele ficasse restrito somente ao âmbito do processo penal refletido no processo civil, não haveria, certamente, a necessidade da criação do art. 379 do CPC, porque já no CPC/39 havia esta limitação no revogado art. 241, amplificado e repetido no também revogado CPC/73, arts. 363, 347 e 406, bem como no atual CPC, arts. 388, 404 e 448. Logo, seria um artigo inútil que reproduziria o que os demais artigos já o faziam e continuam fazendo. Ademais, vale aqui o princípio *verba cum effectu sunt accipienda*¹⁰.

A duas, porque o próprio STF já firmou jurisprudência estendendo os efeitos deste sagrado princípio constitucional para fora do âmbito penal quando pontificou que o *nemo tenetur se detegere* também se aplica às Comissões Parlamentares de Inquéritos¹¹, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo extrajudicial que serve para subsidiar eventual ação civil pública ou denúncia impul-

9 Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. II. p. 137.

10 Este brocardo foi trabalhado por: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. nº 307/308. p. 250 e 251 e significa, segundo o autor: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis”. Literalmente: Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.”

11 STF, 2ª Turma, HC 119941/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, j. 25.03.2014, DJe 080, Divul. 28.04.2014, Public. 29.04.2014.

sionada pelo Ministério Público ou outras medidas decorrentes de suas funções institucionais pela Advocacia Geral da União¹².

A três, porque a norma do art. 379 do CPC, existe, é válida e eficaz, não havendo sentido sonegar eficácia a um direito constitucional fundamental com o singelo argumento de que o legislador agiu de forma equivocada ao transportar o artigo para o processo civil, expurgando-o, dessa forma, do sistema processual civil. Mais uma vez incide o princípio *verba cum effectu sunt accipienda* para rebater o argumento do descuido legislativo.

A quatro, porque utilizar o critério de uma interpretação¹³ processual sistêmica para reduzir eficácia imediata de um direito fundamental a partir de normas escancaradamente infraconstitucionais, viola uma das regras básicas da hermenêutica, segundo a qual *lex superior derogat legi inferiori*, vale dizer, para solver esta antinomia, o critério hierárquico do direito constitucional fundamental, art. 379 do

12 As CPIs têm sua previsão legal no art. 58, §3º da CF, segundo a qual: “§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”. A Lei nº 1.579/52 que regula as CPIs, determina em seu art. 6º-A, incluído pela Lei nº 13.367/2016, que: “A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais”. Desta forma, a CPI como procedimento administrativo preliminar extrajudicial promove a investigação de fatos capazes de alicerçar eventual ação civil pública ou denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público ou outras medidas decorrentes de suas funções institucionais pela Advocacia Geral da União. Como bem afirma Eduardo Fortunato Bim, nas CPIs, como instrumento de controle democrático do processo político: “Não se investiga para legislar e nem para punir o administrador ímprobo, mas sim para influenciar a sociedade e/ou o Governo. É nesse sentido que temos que compreender a assertiva de que a investigação é um fim em si mesmo”, BIM, Eduardo Fortunato. A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito. Instrumentos da minoria parlamentar e informação da sociedade. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar., 2005. p. 118. Esta é a razão pela qual Luís Roberto Barroso afirma, acertadamente, que: “As comissões parlamentares de inquérito são um valioso instrumento de exercício da função fiscalizadora do Legislativo. Suas competências são amplas, mas não podem exceder os poderes da Casa Legislativa que integram. [...] Comissão parlamentar de inquérito não tem poderes para a prática de atos materialmente jurisdicionais, inclusive os de natureza cautelar. Não pode, portanto, decretar prisão ou impor a indisponibilidade dos bens de qualquer pessoa”, BARROSO, Luís Roberto **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 12, dez.-fev. 2008. p. 20/21.

13 Sobre o papel da interpretação, convém destacar as belíssimas palavras de Giuseppe Capograssi, segundo as quais: “L’interpretazione non è che raffermazione del tutto, della unità di fronte alla particolarità e alla frammentarietà dei singoli comandi”, CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1937. Cap. IV, § 2. p. 104.

CPC, derogaria normas processuais, *e. g.*, art. 400 do CPC¹⁴, mesmo de caráter fundamental, art. 6º do CPC¹⁵, pois, como bem disse Norberto Bobbio, “*a inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo*”¹⁶.

A cinco, porque o atual CPC se apresenta com uma acentuada concepção privatista do processo, baste recordar o art. 190 do CPC que permite as partes criarem um procedimento próprio com ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo, para se adaptar as suas vicissitudes, bem como a moderna ideia do princípio do contraditório, art. 10 do CPC, que sujeita o juiz a consultar às partes sempre, inclusive diante de matéria de ordem pública, catapultando-as, dessa forma, como atores principais do cenário processual. Por isso, não parece correto que o juiz possa obrigar a parte a suicidar-se neste tipo processo produzindo prova contra si¹⁷.

A seis, porque a prova no processo tem natureza de ônus e não de dever ou obrigação¹⁸, vale dizer, um ônus existe, segundo Francesco Carnelutti, que melhor o definiu: “*cuando el ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja; por ello la*

14 O próprio art. 400 do CPC, em seu parágrafo único, autoriza o juiz a “adotar qualquer medida coercitiva, indutiva, mandamental ou sub-rogatória para que o documento seja exibido”, em direta afronta ao direito constitucional fundamental de silêncio, da natureza dispositiva do processo, da concepção privatista albergada pelo atual CPC, entre outros argumentos. É bom que se diga que estas medidas são plenamente aplicáveis na execução atípica, art. 139, inc. IV do CPC. Também considera inadmissível a utilização, pelo juiz, de qualquer medida coercitiva contra a parte que se recuse a exibir determinado documento, Eduardo Couture, quando diz: “*La conclusión más importante, frente al caso de que el documento se halla en manos del litigante, es que no pueden hacerse efectivas contra él medidas de coerción*”, COUTURE, Eduardo. Sobre el precepto “*nemo tenetur edere contra se*”. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. II. p. 144.

15 Para um estudo mais aprofundado do critério hierárquico na resolução de uma antinomia, consultar: TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Guiffrè, 1980. n. 4. p. 21-31; e especialmente n. 22. p. 144-146 e n. 51. p. 314-316; bem como: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 792-794.

16 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1989. cap. 3. nº 5. p. 93.

17 Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar que: “*Por su parte, la máxima ‘nemo tenetur.’ se presenta como una fórmula individualista, que forma parte de toda una concepción general del proceso y que tiene en vista preferentemente los intereses privados*”. COUTURE, Eduardo. Sobre el precepto “*nemo tenetur edere contra se*”. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. II. p. 136.

18 Sobre o particular, consultar por todos: MICHELL, Gian A. **La carga de la prueba**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Colombia: Temis, 1989. especialmente o Cap. II. p. 53-94. Sobre esta clássica diferenciação no âmbito do processo civil, peço licença ao leitor para indicar o que escrevi sobre o tema: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. n. 4.6. p. 119-130.

*carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés*¹⁹. Dito de outra forma, sendo a prova um ônus, o seu exercício deve, necessariamente, alcançar uma vantagem processual para a parte e não uma desvantagem, pois, como bem diz o próprio Carnelutti, “*cuando hay obligación, el vínculo se impone para la tutela de un ‘interés ajeno’, y para la tutela de un ‘interés propio’, cuando se trata de la carga*”²⁰, exceto para o terceiro que terá o dever de apresentar o documento²¹. Sem falar que James Goldschmidt compreende o processo como situação jurídica, como uma série de ônus para as partes, vale dizer, “*se podría definir la situación jurídica procesal – definitivamente – como el conjunto de las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas que una parte tiene en el proceso*”²².

Os processualistas, em geral, não aceitam o direito ao silêncio porque ainda perseguem a verdade no processo²³, como se esta fosse um instrumento apto para transcender a sua finalidade na busca de um bem maior que a traduzisse, deslocando, dessa forma, a proteção de um direito subjetivo, individual ou coletivo, para um papel secundário, como um simples caminho a ser percorrido para que se possa alcançá-la, além de encontrar na conduta da própria parte a

19 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944. v. I. n. 21. p. 65.

20 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944. v. I. n. 21. p. 65.

21 Conforme art. 403 do CPC. Neste exato sentido Eduardo Couture, quando afirma que: “*Constituye ‘un deber’, cuando los documentos se hallan en poder de un tercero que no litiga*”. COUTURE, Eduardo. Sobre el precepto “*nemo tenetur edere contra se*”. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. II. p. 143.

22 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Proceso penal y proceso**: El proceso como situación jurídica. Tradução de Jacobo L. B. de Quiroga, Ramón F. Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 283.

23 Para o tema da verdade, consultar um dos seus maiores representantes: TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid: Marcial Pons, 2010.

prova incapaz de ser produzida no processo²⁴. Neste sentido, esclarece o Min. Luiz Fux, acertadamente, em voto lapidar, que:

“O direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere* – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação.”²⁵

Da mesma forma, o princípio constitucional fundamental da parte não produzir prova contra si mesma encontra na concepção de um ‘modelo de processo cooperativo’²⁶ que traduz um processo *de lege ferenda* voltado muito mais para uma visão platônica, com inspiração metafísica e desprendido da realidade fenomênica dos tribunais, um grande empecilho para sua real concretização, na medida em que não é dado às partes qualquer possibilidade de sonegar uma prova que seja

24 Sobre a verdade no direito e, em especial, no processo, peço licença ao leitor para indicar o que escrevi: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. n. 2.2. p. 60-63; e destaque os seguintes trechos para uma melhor compreensão do tema aqui desenvolvido: “O próprio ARISTÓTELES disse que as causas judiciais eram defendidas pelos sofistas, pois esses estavam aptos a defender, com a retórica, o que estivesse em jogo, para qualquer das partes, pois a verdade é contingente e sobre ela não há unanimidade. O próprio GADAMER diz: “*La scienza moderna, che ha ripreso questa parola d'ordine, segue così il principio del dubbio cartesiano, in base al quale non si può prendere per certo nulla di cui si possa in qualche modo dubitare*”. E continua, mais adiante, o brilhante filósofo: “*La precipitazione nel giudicare è l'origine vera degli errori in cui incorriamo quando usiamo della nostra ragione*”. Demonstra o exímio filósofo a aversão que a ciência moderna, inclusive a processual, tem por todas as formas de juízos fundadas na aparência, na verossimilhança. É fruto, como bem se notou, da herança cartesiana, com sua conhecida desconfiança de toda e qualquer espécie de prejuízo”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 60/61.

25 STF, Tribunal Pleno, RE 971959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2018, DJe -190, Divulg. 30.07.2020, Public. 31.07.2020. Para um aprofundamento do princípio *nemo tenetur se detegere* e suas raízes no *jus commune* medieval com implicações no sistema americano, inglês e principalmente no direito brasileiro, consultar este voto do Min. Luiz Fux.

26 Para uma exata compreensão do modelo cooperativo de processo, consultar as clássicas obras de: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019; e DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

capaz de aproximar o juiz da verdade, alcançando, por conseguinte, o chamado '*processo justo*'²⁷. Portanto, como eu posso colaborar com a parte contrária ou com o juiz, art. 6º c/c o art. 378, ambos do CPC, se eu tenho o sagrado direito constitucional fundamental de não produzir prova contra mim mesmo, art. 379 do CPC, vale dizer, toda prova apresentada por uma parte, ao fim e ao cabo, só poderá beneficiá-la e jamais prejudicá-la. Isto é, portanto, colaborar ou cooperar?²⁸. Se houvesse efetivamente a cooperação no processo civil, a parte deveria necessariamente produzir provas contrárias aos seus interesses porque o desígnio do processo ultrapassaria a condição individual delas dentro dele. Dito de outro modo, a parte deveria formular perguntas contrárias aos interesses do seu cliente para as testemunhas ou juntar documentos que comprometessem sua defesa ou ainda formular quesitos na prova pericial que desacreditassem suas alegações anteriormente apresentadas ou então cooperar com o Ministério Público em uma ação civil pública tudo no intuito de auxiliar, de cooperar com o juiz na busca da verdade e da justiça no processo. Por quê a parte deve exibir um documento que lhe prejudique e não precisa perguntar ou quesitar em contra de seus interesses? Só porque o legislador processual dispôs em um sentido e não em outro? Sistemicamente não se justificaria uma distinção neste sentido sem recorrer a uma natureza diversa dos institutos probatórios.

É certo que não devemos confundir o direito ao silêncio com a deslealdade processual na alteração dos fatos ou mesmo na manipulação da prova para que a parte possa obter uma vantagem processual sabidamente ilícita. Ser leal e ético significa, em última

27 Sem entrar em maiores discussões, necessitadas de uma mais profunda meditação, pois escapa aos estreitos limites deste trabalho, é certo que os processualistas, salvo raras exceções, não navegam nos conhecimentos abundantes que a filosofia proporciona para tratar da verdade ou da justiça. Desde esta perspectiva, pois, é importante destacar o que disse HELLER, Agnes, sobre a justiça: "honestidade (bondade, certeza) está além da justiça. [...] O objetivo da justiça está além da justiça", **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Cap. VI. p. 436/437.

28 Para um estudo mais aprofundado das relações entre a cooperação e o processo: RIBEIRO, Darci Guimarães. O novo processo civil: Presente e futuro. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. n. 3, p. 73-82.

instância, não conduzir o juiz ao erro, com uma atitude ativa e jamais passiva, não é tarefa da lealdade ou da probidade salvar o juiz de um erro com o dever de expor um precedente em sentido contrário, pois se o advogado tem o dever de conhecer o precedente que lhe desfavoreça, com mais razão o juiz pelo ofício que ocupa. Não produzir uma prova contra si mesmo, não pressupõe, obviamente, destruir uma prova ou mesmo alterá-la para induzir o juiz em erro, ou ainda poder mentir impunemente em juízo. O princípio constitucional simplesmente significa que a prova de um fato depende exclusivamente de quem alega, não podendo o juiz substituir a imperícia ou impossibilidade de uma parte pela responsabilidade da outra.

Neste particular, convém citar Piero Calamandrei que já em 1950 sustentava que: *“La parte non ha il dovere giuridico di dire in giudizio la verità a proprio danno: non ha l’obbligo giuridico di confessare”*²⁹. Da mesma forma, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery afirmam que: *“Não se pode exigir da parte, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do declarante, vale dizer, não se pode exigir da parte que produza prova contra si mesma”*³⁰. Outro não é o entendimento de Guilherme Porto, quando realiza uma pertinente e aguçada crítica aos poderes do juiz para obrigar a parte a produzir uma prova contra si, salientando que:

“O exame sistemático que deve ser feito, aliado à ideia de liberdade e de um contraditório como possibilidade de participação qualificada e positiva, leva à parte o direito de se eximir de produzir prova contra si mesmo, não apenas para o âmbito do direito penal,

29 CALAMANDREI, Piero. Il Processo come Giuoco. In: **Studi sul Processo Civile**. Padova: Cedam, 1957. v. 6. n. 9, p. 66.

30 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.009/1.010. Em igual sentido: 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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 658.

como tradicionalmente trabalhado o instituto, mas também para o âmbito do processo civil.”³¹

O modelo dispositivo³² existente no atual processo civil brasileiro, acolhe o princípio da parte não produzir prova contra si mesma, na medida em que a parte tem o direito e não o dever de participar do contraditório, devendo ser ouvida e podendo influenciar o juiz, mas isto não significa que ela esteja obrigada a produzir uma prova contra si mesma³³. Obrigá-la alteraria a natureza da prova, deixando de ser um ônus para transformar-se em dever, o que contraria frontalmente o disposto no art. 373 do CPC. O fato de o juiz poder colher a prova *ex officio*, art. 370 do CPC, conhecido como ônus objetivo da prova, significa tão somente que a ele é dada a oportunidade de complementar a prova nos autos, mas jamais obrigar a parte a produzir uma prova contra si mesma. Este poder conferido ao juiz não traduz uma obrigação ou dever para às partes. Não há, portanto, nenhuma relação de causa e efeito entre eles. Vale dizer, o juiz pode determinar, de ofício, uma perícia, a exibição de um documento, a realização de uma inspeção judicial para complementar a prova existente, mas não pode exigir que a parte produza uma prova contra si, quer exibindo um documento, quer quesitando, quer perguntando, confessando ou mesmo informando um precedente.

Foi dentro desta perspectiva que James Goldschmidt compreendeu o processo como uma situação jurídica, como uma série de ônus para as partes, vale dizer, “*se podría definir la situación jurídica*

31 PORTO, Guilherme. **O direito de não produzir prova contra si**: A prova desabonatória, São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 280.

32 Para uma visão mais refinada do direito processual dispositivo, consultar a clássica obra de: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Proceso penal y proceso**: El proceso como situación jurídica. Tradução de Jacobo L. B. de Quiroga, Ramón F. Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 321-326.

33 No mesmo sentido: PORTO, Guilherme, quando destaca que o juiz que impõe à parte o dever de produzir prova contra si mesma: “viola, como exposto, o direito à liberdade da parte de litigar com as armas que escolher. Viola, da mesma forma o próprio contraditório, que jamais deve ser visto como um dever, mas sim sempre como a possibilidade, portanto, opção, do jurisdicionado participar na formação da convicção do juízo.” PORTO, Guilherme. **O direito de não produzir prova contra si**: A prova desabonatória. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 281.

procesal – definitivamente – como el conjunto de las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas que una parte tiene en el proceso”³⁴. Melhor dito, “*sólo existen en el proceso ‘cargas’, es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de ‘Imperativos del propio interés’. Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las ‘posibilidades’ procesales, puesto que toda ‘posibilidad’ impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida*”³⁵.

Para tentar escapar desta aparente contradição, alguns autores, entre os quais cito Marinoni, Arenhart e Mitidiero, sustentam que “não existe no âmbito civil um ‘direito geral de não produzir prova contra si’”³⁶. Neste sentido, o enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que também reduz o princípio constitucional aos seus “reflexos no ambiente penal”. Igualmente para Fredie Didier, quando afirma que: “Em juízo de ponderação, o legislador entendeu por bem reconhecer o direito ao silêncio, no âmbito cível, apenas em certas situações, relacionadas, ou à proteção da intimidade, da vida e do patrimônio do depoente, ou à natureza da sua profissão”³⁷. Pese a indiscutível autoridade dos autores, os argumentos apresentados, para aqueles que o realizam, não convencem e são incapaz de rechaçar as conclusões anteriormente adotadas. Por isso, para estes autores, provavelmente não exista um grande empecilho em obrigar a parte a apresentar um precedente em sentido contrário a si, já que não existiria no processo civil o direito ao silêncio.

Vejamos algumas situações que só a jurisprudência com a ponderação do tempo necessário poderá acomodar: a) Se o juiz aplicar

34 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Proceso penal y proceso**: El proceso como situación jurídica. Tradução de Jacobo L. B. de Quiroga, Ramón F. Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 283.

35 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936. § 35. p. 203.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 404.

37 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito ao silêncio no processo civil brasileiro (arts. 347, CPC, e 229, CC)**, disponível em https://www.diritto.it/pdf_archive/24620.pdf. Acesso em: 20. out. 2022.

a teoria da carga dinâmica da prova e inverter o ônus da prova, §1º do art. 373 do CPC, ele pode exigir que a parte produza uma prova contra si própria? b) Se a parte não comparecer ao depoimento pessoal, o juiz estaria legitimado a aplicar a pena de confesso? c) Se o réu não contestar, poderá o juiz aplicar a revelia?

3. O PRINCÍPIO *IURA NOVIT CURIA*

De imediato convém apontar que a máxima *iura novit curia* apresenta um enorme alcance no processo e exige uma visão multidisciplinar, incompatível com os propósitos deste trabalho³⁸. Por isso irei tratar deste princípio exclusivamente do ponto de vista da possibilidade, ou não, da introdução do princípio da candura perante a Corte, *candor toward the Court*, e o dever de expor precedente vinculante adverso, *duty to disclose adverse authority* no direito brasileiro.³⁹

No processo civil moderno não existe mais dúvida sobre a inegável aplicação do princípio *iura novit curia*, cingindo-se a discussão atual sobre os limites e condições para sua correta aplicação, porquanto existem autores que enfatizam uma maior vinculação do juiz a qualificação jurídica realizada pelo autor e outros que minimizam esta vinculação.⁴⁰

Para a maioria dos autores, vige o princípio romano *narra mihi factum, narro tibi ius*, já que *ex facto jus oritur*, ou seja, a aplicação da lei é, em seu sentido mais amplo, exclusivamente assunto que compete ao

38 Para um aprofundamento do festejado princípio, convém consultar na doutrina internacional: MELENDO, Santiago Sentís. *El juez y el derecho: Iura novit curia*. Buenos Aires: Ejea, 1957; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007; e na doutrina nacional: DOMIT, Otávio Augusto. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo, RT, 2016.

39 Para um exame do referido princípio desde o ponto de vista do princípio do contraditório, peço licença ao leitor para remetê-lo ao que escrevi em: RIBEIRO, Darci Guimarães. *O novo processo civil: Presente e futuro*. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. n.º 1.6.1.2. p. 44-46; bem como sua vinculação com o direito probatório: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. n. 2.6. p. 78-81.

40 Para uma identificação dos autores pertencentes a cada uma das correntes no direito espanhol, *vide*: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia*: La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 48-58. No direito brasileiro inexistente obra neste sentido, já que são muito poucos aqueles que se dedicam ao tema.

juiz, cabendo às partes somente formular e provar as questões de fato, em cima das quais o juiz deve aplicar as normas jurídicas pertinentes.⁴¹ Porque quanto aos textos de lei, estes não necessitam serem provados, dado que o juiz deve conhecer o direito = *iura novit curia*;⁴² mas não só o juiz, pois a lei presume-se conhecida de todos, é o princípio da notoriedade absoluta da lei que derivado do art. 3º da LINDB, quando diz: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, o qual é consagrado no art. 376 do CPC⁴³.

No Direito grego vigia o princípio *iura non novit curia*; pois, se a lei não fosse provada, ela seria ignorada, ou seja, o juiz só poderia aplicar a lei invocada pela parte, se essa fosse devidamente provada⁴⁴.

41 Posiciona-se no sentido de poder buscar um conhecimento do direito fora do processo: CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo Storico. In: **Studi sul Processo Civile**. CEDAM, 1947. v. 5. p. 33. A tendencia atual do moderno processo civil tem vinculado o juiz a qualificação jurídica realizada pelo autor através da *causa petendi*, neste sentido RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. n. 9.4.3.2. p. 144-155; SANCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**: La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. cap. V. p. 81-118; e DOMIT, Otávio Augusto. **Iura novit curia e causa de pedir**. São Paulo, RT, 2016. p. 224-285.

42 Em sentido contrário, entendendo que também quanto as questões de direito às partes não estão desincumbidas do ônus da prova, Darci Guimarães Ribeiro, quando diz que: “na medida em que cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa, devendo, por conseguinte, convencer o juiz da sua verdade. Incumbe-lhe, portanto, no mínimo, citar a lei como forma de, segundo ENRICO PAOLI, ‘*prova complementare nella questione di fatto*’ e como ‘*criterio equitativo sussidiario nella questione di diritto*’. Além do mais, é aconselhável a parte citar, inclusive, a jurisprudência e a doutrina dominante, tanto como fator de convencimento, quanto como argumento de autoridade, pois pode o juiz conhecer a norma aplicável, mas não conhecer a sua interpretação dominante, tendo em vista as suas limitações geográficas (comarcas do interior), onde o acesso à jurisprudência é restrito, além da legiferação abundante que prejudica o bom domínio do Direito. Tanto é verdade que a prova do direito é ônus da parte que no mandado de segurança é inaplicável o princípio *iura novit curia*, ou seja, é vedado ao juiz conceder a segurança com alteração da fundamentação de direito, uma vez que compete à parte autora fazer a prova do direito curia o e certo, que é, segundo AGRÍCOLA BARBI, ‘um conceito tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo.’ Este é o sentido da jurisprudência quando diz: ‘Em mandado de segurança, não cabe a concessão com alteração da fundamentação de direito que o embasar, sendo-lhe inaplicável o princípio *iura novit curia*’”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. n. 2.6. p. 80-81.

43 Igualmente, no art. 218, 1º da LEC Espanhola, segundo o qual: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. Para o estudo deste princípio no direito comparado, consultar por todos: SANCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**: La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. cap. III. p. 25-45.

44 Conforme: PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Attico**. CEDAM, 1933. p. 64 e ss. Se no Direito Grego havia o “non”, por que para os romanos a mesma regra não valeu? Esta parece ser a razão pela qual o Direito Romano se difundiu assustadoramente, pois, com o avanço do Império Romano sobre cidades e países que possuíam legislação própria, qual seria a melhor forma de difundir a cultura e o Direito Romano, sem esmagar a cultura dos povos conquistados? Não seria, por acaso, obrigá-los a conhecerem o seu Direito, na medida em que os conflitos deveriam ser resolvidos à luz das leis do povo conquistador?

Esse princípio traz muitas consequências, quando devidamente estudado, como se vê nas conclusões obtidas por Fritz Baur⁴⁵, para quem a dicção “*iura novit curia*” não significa que:

“1. as partes estejam sempre excluídas da obrigação de enunciarem seus argumentos e o ônus material da prova, no que se refira às normas jurídicas aplicáveis; 2. o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desprezando as conclusões das partes, tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes; 3. pertença ao Tribunal o direito de fazer abstração da lei, menos apropriada ao caso concreto; em que as partes não estejam em disputa, descabe uma decisão judicial, mesmo que se creia ser a melhor.”⁴⁶

O juiz sempre pôde aplicar a lei que considerava mais correta ao caso concreto, sem necessidade de ouvir antes qualquer das partes. Todavia, com a introdução do art. 10, 190 e 933, todos do CPC, a compreensão do princípio ficou, em certa medida, substancialmente alterada, vez que o princípio do contraditório, a nosso sentir, impôs uma restrição relativa ao *iura novit curia*, na medida em que ainda permite ao juiz *ex officio* escolher a lei que considere mais correta ao caso concreto, exigindo somente a comunicação previa das partes antes de adotar a lei. De forma diferente quando for celebrada uma convenção processual entre as partes devidamente representadas por advogado, pois à matéria constante nela sobre as leis a serem aplicadas, vinculará o juiz, já que quando apresentada em juízo para homologação, na fase saneadora, por força do disposto no §2º do art. 357 do CPC, que permite a convenção sobre questões de direito, o juiz somente poderá recusar-lhes aplicação nas restritas hipóteses legalmente previstas pelo legislador, havendo, portanto, uma restrição absoluta⁴⁷.

Por isso, dentro desta perspectiva, não me parece correto exigir das partes um dever de expor um precedente vinculante adverso,

45 BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. In: **Revista de Processo**, 1976. nº 3. p. 177.

46 Sobre o tema consultar o que escrevi em: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. n. 2.6. p. 78-81.

47 Estas ideias estão melhor desenvolvidas em RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil: Presente e futuro**. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. n. 1.6.1.2.1 e 1.6.1.2.2. p. 46-48.

duty to disclose adverse authority, para que seja aplicado o princípio da candura perante a Corte, *candor toward the Court*, já que eles esbarram no positivado princípio *iura novit curia*.

4. O PRINCÍPIO CANDOR TOWARD THE COURT: DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY NO DIREITO AMERICANO

O *common law* é pautado pelo princípio *candor toward the Court*, que significa a candura perante a corte, com o correspondente dever de expor um precedente vinculante adverso, conhecido como *duty to disclose adverse authority*, que traduz o dever de sinceridade do advogado para com o tribunal.

Este princípio, *candor toward the Court*, encontra assento legal na *Model Rules of Professional Conduct 3.3, (a) (2)*, da *American Bar Association*⁴⁸, e constitui uma das dez (10) regras do capítulo 3 das regras de conduta profissional propostas. Este capítulo está destinado ao advogado. Diz a regra: “(a) *A lawyer shall not knowingly: [...] (2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel*”⁴⁹.”

Sua definição, de acordo com o *Black’s Law Dictionary*, é entendida como: “*A duty to disclose material facts*”⁵⁰, reveladora, portanto, do *duty to disclose adverse authority*. Este dever de divulgar um precedente adverso que o advogado possui pode ser conceituado como: “*Authority that is unfavorable to an advocate’s position. Most ethical*

48 As *Model Rules of Professional Conduct* (MRPC) da *American Bar Association*, são um conjunto de regras e comentários sobre as responsabilidades éticas e profissionais dos membros da advocacia nos Estados Unidos.

49 CANDOR Toward the Tribunal: The Duty to Cite Adverse Authority. In: **Pratice Points, American Bar Association**, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/ethics-professionalism/practice/2021/candor-toward-the-tribunal-the-duty-to-cite-adverse-authority/>. Acesso em: 21 out. 2022. Em tradução livre: “(a) Um advogado não deve conscientemente: [...]. (2) deixar de divulgar ao tribunal uma autoridade legal na jurisdição controladora conhecida pelo advogado como sendo diretamente adversa à posição do cliente e não divulgada pelo advogado oponente”.

50 CANDOR TOWARD THE COURT. In: **Black’s Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: West, 2009. p. 581.

*codes require counsel to disclose adverse authority in the controlling jurisdiction even if the opposing counsel has not cited it*⁵¹.

O conceito subjacente que existe na *Model Rule 3.3, (a) (2)* é que o argumento jurídico é uma discussão que busca determinar as premissas jurídicas apropriadamente aplicáveis ao caso. Por isso esse dever traz uma condição para o advogado, que é considerado um oficial do tribunal, obrigando-o a evitar que o julgador seja induzido em erro pelas provas falsas⁵². Não se pode negar que esta exigência de atuação ética por parte do advogado em citar um precedente adverso perante o tribunal, conflita com as considerações estratégicas envolvidas em lidar com o próprio precedente adverso⁵³. De acordo com Daisy Hurst Floyd, uma interpretação restrita das *Model Rule* está sendo substituída, atualmente, por juízes que “*impose sanctions against attorneys who fail to cite adverse authority*”⁵⁴.

De acordo com Alan Strasser, o impulso psicológico para omitir a autoridade adversa pode ser poderoso, de modo que um advogado pode ser tentado a conduzir uma pesquisa tão limitada ou descuidada que nunca encontra o precedente adverso e, portanto, não o evitou ‘conscientemente’. Ocorre que se o advogado de forma propositada realizar uma pesquisa descuidada, ele violaria o dever de competência

51 DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY. In: **Black’s Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: West, 2009. p. 153. Em tradução livre: “Precedente que é desfavorável à posição de um advogado. A maioria dos códigos éticos exige que o advogado revele precedente na jurisdição controladora, mesmo que o advogado oponente não a tenha citado”. Três são os requisitos para a incidência do princípio, segundo Alan Strasser: “1) *the lawyer must know the authority is “directly adverse”*; 2) *the authority must be in the “controlling jurisdiction”*; and 3) *the authority was not disclosed by opposing counsel*”, CANDOR Toward the Tribunal: The Duty to Cite Adverse Authority. In: *Practice Points, American Bar Association*, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/ethics-professionalism/practice/2021/candor-toward-the-tribunal-the-duty-to-cite-adverse-authority/>. Acesso em: 21 out. 2022.

52 Em uma pesquisa realizada com advogados do estado de Columbia, 93% deles afirmaram que “não divulgariam o precedente contrário que não foi citado pelo advogado da oposição”, FLOYD, Daisy Hurst. Candor versus advocacy: court’s use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal. In: **Georgia Law Review**, vol. 29. p. 1.036.

53 Dentro desta perspectiva, Daisy Hurst Floyd sustenta uma terceira consideração que deve ser acrescentada ao debate: “a expectativa de um tribunal de citação do precedente contrário e a disposição desse tribunal de usar suas sanções para impor sua expectativa”, FLOYD, Daisy Hurst. Candor versus advocacy: court’s use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal. In: **Georgia Law Review**, vol. 29. p. 1.036/1.037. No original: “*that of a court’s expectation of citation to adverse authority and that court’s willingness to use its sanctions authority to enforce its expectation*”.

54 FLOYD, Daisy Hurst. Candor versus advocacy: court’s use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal. In: **Georgia Law Review**, vol. 29. p. 1.072.

incidindo, portanto, na *Model Rule 1.1* e a diligência sob a *Model Rule 1.3*. E, pior ainda, pois provavelmente constituirá uma violação consciente da *Model Rule 3.3*, pois as Regras Modelo permitem que o conhecimento seja ‘inferido das circunstâncias’, incidindo em uma cegueira deliberada. Como o advogado não pode descrever com veracidade a um tribunal sua evasão deliberada do precedente, o advogado pode agravar suas violações éticas descrevendo falsamente seu plano de pesquisa deficiente como ‘desleixado’ onde na verdade foi deliberado. A falsa explicação será uma violação ética nova e separada⁵⁵.

Embora o advogado em um processo contencioso não seja obrigado a apresentar uma exposição imparcial da lei ou a atestar as provas apresentadas em uma causa, ele não deve permitir que o tribunal seja enganado por falsas declarações de direito ou fato ou provas que o advogado sabe ser falso.

É interessante notar que a *Model Rule 3.3* sobre a qual paira o dever do advogado de atuar com efetiva sinceridade perante o tribunal, devendo, portanto, apresentar um precedente que lhe é contrário, supera o dever de confidencialidade do advogado para com o seu cliente⁵⁶. E a razão de ser não é complicada, pois ela visa proteger a função de busca da verdade do tribunal e preservar a integridade do processo judicial. Vale dizer, predomina o dever para com o sistema sobre o dever com o cliente. Dito de outra forma, não predomina o papel do advogado como advogado, mas do advogado como oficial do tribunal. Para esses fins, os interesses do cliente ficam subordinados aos de proteção do processo judicial. Outras regras também abordam aspectos de proteção da integridade do processo judicial,

55 CANDOR Toward the Tribunal: The Duty to Cite Adverse Authority. In: **Practice Points, American Bar Association**, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/ethics-professionalism/practice/2021/candor-toward-the-tribunal-the-duty-to-cite-adverse-authority/>. Acesso em: 21 out. 2022.

56 Neste sentido: **The State Bar of California**, regra aprovada pela Suprema Corte, em vigor desde 01 nov. 2018, conforme CALIFORNIA. **The State Bar of California**, 2018. Disponível em: https://www.calbar.ca.gov/Portals/0/documents/rules/Rule_3.3-Exec_Summary-Redline.pdf. Acesso em: 21 out 2022.

como a *Rule 3.8*, que impõem um dever ao promotor na realização da justiça, exigindo-lhe não apresentar acusações que não sejam fundamentadas por causa provável, bem como a *Rule 3.1*, que a traz como dever para o advogado argumentar no processo apenas com reivindicações meritórias.

5. O RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O ASSUNTO

Em recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a Corte resolveu tecer considerações sobre os sistemas processuais com modelo de precedentes avançados, para, possivelmente, iniciar um debate nacional sobre a atuação ética das partes em um sistema que se propõe trabalhar com padrões decisórios⁵⁷. Ei-la:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATUALIZAÇÃO DE QUINTOS INCORPORADOS. MANUTENÇÃO DE PAGAMENTO APÓS JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ERRO OPERACIONAL. IRRELEVÂNCIA. TESE REPETITIVA N. 1.009/STJ. INAPLICABILIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL EXPRESSA. INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE VINCULANTE MANIFESTAMENTE INAPLICÁVEL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE COOPERAÇÃO, BOAFÉ E LEALDADE PROCESSUAL. PRINCÍPIO CANDOR TOWARD THE COURT (CANDURA PERANTE A CORTE).

57 Preferimos a expressão *padrões decisórios* e não *precedentes*, por diversas razões, entre as quais cabe apontar as seguintes: a) O termo precedente, com origem na *common law*, possui uma larga tradição de séculos, com perfeita delimitação conceitual e aplicabilidade consolidada nos tribunais ao longo de sua longa existência, por isso carrega em si uma carga semântica extremamente forte e sólida, incapaz de ser trasladada para a *civil law* através de texto normativo; b) Como a compreensão de um precedente na *common law* foi se construindo por séculos, a utilização desta palavra na *civil law* certamente não teria a abrangência que lá vivencia, razão pela qual sua utilização aqui deveria, necessariamente, explicar seu funcionamento lá, para então desconstruir seus pressupostos que aqui não vingam, e, g., é notório que um precedente vive na fundamentação da sentença e não no dispositivo, sua vinculação está ligada a sua autoridade argumentativa. Nada disso se aplica no Brasil, pois aqui o que vincula é o dispositivo e não a fundamentação que, infelizmente, goza de reduzido prestígio, basta perceber que ela, a fundamentação não adquire o selo da coisa julgada material, por força do art. 504, do CPC. Ademais, na praxe brasileira, os tribunais citam a ementa de um acórdão para fundamentar sua decisão e não os argumentos desenvolvidos na fundamentação do voto, que são inservíveis; c) Ao utilizar a palavra precedente no Brasil, teríamos que, primeiro, construir o seu sentido na *common law*, para depois separarmos o que pode ser aplicado aqui do que não pode ser aplicado, para só então depois construirmos seu sentido no direito brasileiro, tarefa por demais trabalhosa; c) A palavra padrões decisórios encontra seu berço na legislação brasileira, §5º do art. 966 do CPC; d) Esta palavra possui uma tradição semântica zero que permite identificar seus pressupostos sem precisar desconstruir o sentido do precedente para adaptá-lo a nossa realidade; e) A palavra padrões decisórios pode ser considerada um gênero da qual o precedente seria apenas uma espécie, porque a vinculação destes padrões alcançaria também as súmulas, seja ela vinculante ou persuasiva, incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo, entre as outras hipóteses previstas no art. 927 do CPC.

DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY (DEVER DE EXPOSIÇÃO DE PRECEDENTE VINCULANTE ADVERSO). DESCABIMENTO MANIFESTO DA INSURGÊNCIA. MULTA. (...). 2. Em sistemas processuais com modelo de precedentes amadurecido, reconhece-se a exigência não só de que os patronos articulem os fatos conforme a verdade, mas que exponham à Corte até mesmo precedentes contrários à pretensão do cliente deles. Evidentemente, não precisam concordar com os precedentes adversos, mas devem apresentá-los aos julgadores, desenvolvendo argumentos de distinção e superação. Trata-se do princípio da candura perante a Corte (*candor toward the Court*) e do dever de expor precedente vinculante adverso (*duty to disclose adverse authority*). 3. O presente caso não exige tamanha densidade ética. No entanto, não se pode ter como razoável que a parte sustente a pretensão em precedente manifestamente contrário ao caso em tela, apontando-o como vinculante em hipótese que teve sua incidência patentemente excluída, por força de modulação, omitindo-se sobre a existência da exceção. 4. A invocação do precedente vinculante na hipótese temporal expressamente excluída de sua incidência pelo próprio julgamento controlador configura violação dos deveres de lealdade, de boa-fé e de cooperação processual, ensejando a aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, ante manifesta inadmissibilidade [...].⁵⁸

Esta decisão provocou uma comoção entre os processualistas ao citar o princípio da candura perante a Corte, *candor toward the Court*, e o dever de expor precedente vinculante adverso, *duty to disclose adverse authority*⁵⁹, pese a não incidência da legislação estrangeira na fundamentação da decisão, pois como bem podemos observar no voto, o relator deixa muito claro que “o presente caso não exige tamanha densidade ética” para que possa ser usada a doutrina alienígena.

Ao analisar o voto com o devido cuidado, percebe-se que não estamos diante do princípio *candor toward the Court* e de seu correlato *duty to disclose adverse authority*, pois não se trata da aplicação do

58 STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl no RMS 34477/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, j. 21.06.2022, DJe 27.06.2022.

59 Como bem destaca Murilo Pinto: “As críticas adjetivas variaram entre o ‘interessantíssimo’ e o ‘muito importante’ e o ‘arrogância [e] exibicionismo’ e o ‘desastre’”, PINTO, Murilo. STJ e *duty to disclose adverse authority*: o que pode vir a ser. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27 de setembro de 2022. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-set-27/murilo-pinto-stj-duty-to-disclose-adverse-authority#_ftn2. Acesso em: 20 out. 2022.

festejado princípio da *common law*, mas sim punir a parte que alterou a verdade dos fatos ao não indicar a extensão temporal do precedente, tentando obter, dessa forma, uma ilícita vantagem processual. Tanto que na fundamentação o relator deixa bastante claro que: “*A pretensão da agravante, de fazer incidir tese vinculante na hipótese expressamente rechaçada pelo próprio precedente, configura especial violação do dever de lealdade processual, positivo no atual Código*”.

Desta forma, podemos dizer que o princípio *candor toward the Court: duty to disclose adverse authority* do direito americano, visto acima, vai além quando exige da parte o dever de expor um padrão decisório em sentido contrário aos seus interesses no processo. Aqui estamos diante de uma situação diversa em que a parte cita o padrão decisório, mas somente naquela parte que lhe favorece, deixando de citar a extensão temporal dele que, se citada, contrariaria seus interesses. Dessa maneira, o relator se viu diante de uma situação em que a parte realmente altera a verdade dos fatos ao mencionar um padrão decisório de forma incompleta para induzir o juiz a uma decisão incorreta, incidindo perfeitamente na violação do dever de lealdade processual, porquanto articula pretensão contrária ao padrão decisório, o que também configura abuso do direito de recorrer e da boa-fé processual. É bom que se diga, desde já, que uma coisa é não citar um padrão decisório contrário, até por desconhecê-lo, e outra bem distinta é alterá-lo para obter uma vantagem indevida no processo. Obviamente que alterar não significa somente acrescentar o que não havia, mas também retirar o que deveria lá estar.

Questão distinta e mais complexa é pressupor que a parte tinha conhecimento da alteração do padrão decisório, somente a prova dos autos é capaz de eliminar esta dúvida. Esta é a razão pela qual o relator afirma, em seu voto, que: “*No entanto, não parece haver dúvida de que a extensão temporal expressamente afirmada no precedente invocado deva*

ser de conhecimento do patrono da parte". Em que pese não existir alusão ao art. 3º da LINDB, anteriormente trabalhada, o certo é que o relator o aplicou, deduzindo que: "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*".

Em que pese a não adoção do princípio *candor toward the Court: duty to disclose adverse authority* do direito americano, é certo que o Superior Tribunal de Justiça começa a apresentar preocupação concernente ao correto uso dos padrões decisórios no sistema brasileiro à todos os sujeitos do processo, pois como bem diz o relator em seu voto: "*Vê-se, portanto, que o amadurecimento do sistema de precedentes demanda uma postura comprometida com seriedade de todos os agentes, não só do Judiciário e dos julgadores, mas também das partes e dos advogados*".

6. O DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO CANDOR TOWARD THE COURT: DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY

Como vimos anteriormente, na *common law* a atuação ética dos sujeitos processuais possui contornos bastante diferentes daqueles existentes no direito brasileiro, basta ver o valor atribuído ao perjúrio, aqui denominado de crime de falso testemunho, pelos dois sistemas. Enquanto na *common law* a moralidade está voltada para a preservação da verdade acima de tudo e o perjúrio ganha um contorno bem mais grave quando comparado ao crime de falso testemunho no Brasil, já que ele pode ser usado para usurpar o poder dos tribunais, resultando em erros judiciais, com uma pena de até cinco anos de prisão, conforme legislação federal⁶⁰, aqui no Brasil, o crime de falso testemunho apresenta uma baixa densidade, em que pese estar tipificado no art.

⁶⁰ Para consultar a legislação americana, indicamos: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1621>. e <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1746>. Acesso em 20. out. 2022. Naturalmente o perjúrio apresenta regulamentação diferente em cada país que compõe a família da *Common law*.

342 do CP⁶¹, conforme a própria redação da lei com as alterações da Lei nº 10.268/01, tanto que não alcança as partes do processo, somente “*testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete*”, como quer a lei penal⁶². Vale dizer, enquanto na *common law* a mentira das partes no processo civil é punida rigorosamente com uma pena de até cinco (5) anos de prisão, aqui no Brasil a parte que faltar com a verdade sofrerá, unicamente, a aplicação da litigância de má-fé, art. 82, inc. II do CPC, podendo também incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça, art. 77, inc. I do CPC. Em outras palavras, enquanto lá a pressão psicológica sobre a vontade das partes para que falem a verdade alcança a sua liberdade, aqui ela alcança unicamente seu patrimônio, o que reduz, substancialmente, a eficácia do dever para com o Estado, ainda mais se a parte não tiver condições econômicas ou então possuir um grande patrimônio, em face da limitação legal.

A exigência que impõe ao advogado o dever de expor um precedente em sentido contrário na *common law*, está pautada claramente nas *Model Rules of Professional Conduct*, da *American Bar Association* e, portanto, têm assento legal em lei federal, podendo o tribunal sancionar o advogado que descumpre este dever, como vimos; enquanto aqui no Brasil, um sistema de *civil law*, não existe norma jurídica que imponha este dever ao advogado, exigindo, como máximo, que o advogado exponha os fatos em juízo conforme a verdade, inc. I do art. 77 do CPC, vale dizer, expor os fatos em conformidade com a verdade significa não alterá-los ou mesmo destruí-los

61 “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

62 Na doutrina consultar: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2017. Cap. 132. v. 3. p. 995-1013; e, no processo penal: DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. n. 11.17.2.1. p. 242. Ademais, o crime de falso testemunho permite que a pessoa possa se retratar até a prolação da sentença para escapar da tipificação com a consequente punição, nos termos do §2º, do art. 342 do CPC. Para sua configuração é necessário, portanto, o dolo, não bastando a culpa para ocultar a verdade, pois a informação falsa por erro, afasta o dolo, bem como o oferecimento de informação equivocada, já que estamos diante de crime de perigo abstrato.

para induzir o juiz em erro, ou ainda poder mentir impunemente em juízo, mas jamais significou apresentar uma lei ou mesmo um precedente em sentido contrário aos interesses de seu cliente.

Agora, questão interessante é saber por que podemos exigir um documento contrário aos interesses de uma parte e não podemos exigir dela a apresentação de um precedente contrário ao seu direito? Qual seria a razão para exigirmos a conduta de uma parte na entrega de um documento e um comportamento diferente quando diante do conhecimento de um precedente?

Se o que o ordenamento quer é alcançar a verdade, colocando a lealdade processual acima dos interesses individuais de cada parte, o dever de colaboração se impõe exigindo, inclusive, sacrifícios pessoais, porque não se pode ser ético pela metade. Eis a razão de ser e de atuar na *common law* que impõem severas sanções legais às partes para que articulem os fatos e as provas conforme a verdade, inclusive apresentando em juízo precedente contrário aos seus interesses.

Neste sentido o direito americano é muito mais coerente que o brasileiro porque na busca da verdade a parte deve realmente colaborar com o juiz para o seu descobrimento, seja apresentando um documento contrário aos seus interesses ou mesmo apresentando um precedente contrário à sua tese. Estou falando de coerência e não superioridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao silêncio no processo civil brasileiro, *nemo tenetur edere contra se*, foi introduzido pelo legislador brasileiro no art. 379 do atual CPC, que expandiu este sagrado direito constitucional fundamental para fora dos estreitos limites do processo penal. E os argumentos são muitos, *e. g.*, o STF ampliou sua aplicação para as

Comissões Parlamentares de Inquérito, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo extrajudicial, bem como inexistência de manifestação desta Corte reduzindo a eficácia deste direito fundamental no processo civil. Ademais, o critério de uma interpretação processual sistêmica para reduzir a eficácia imediata de um direito fundamental a partir de normas escancaradamente infraconstitucionais, viola uma das regras básicas da hermenêutica, segundo a qual *lex superior derogat legi inferiori*. Não podemos esquecer, outrossim, que o processo civil atual possui uma acentuada carga privatística, que vai se refletir na prova cuja natureza é de ônus e não de dever ou obrigação.

Também corrobora para uma resistência da adoção do direito ao silêncio no processo civil brasileiro, a má compreensão da colaboração no processo civil, art. 6º e 378, ambos do CPC, bem como a visão de um processo voltado para a busca da verdade.

O direito ao silêncio no processo civil jamais deve ser confundido com a deslealdade processual na alteração dos fatos ou mesmo na manipulação da prova para que a parte possa obter uma vantagem processual sabidamente ilícita, porquanto ser leal e ético significa, em última instância, não conduzir o juiz ao erro, com uma atitude ativa e jamais passiva, não é tarefa da lealdade ou da probidade salvar o juiz de um erro com o dever de expor um precedente em sentido contrário, pois se o advogado tem o dever de conhecer o precedente que lhe desfavoreça, com mais razão o juiz pelo ofício que ocupa. O princípio constitucional simplesmente significa que a prova de um fato depende exclusivamente de quem alega, não podendo o juiz substituir a imperícia ou impossibilidade de uma parte pela responsabilidade da outra.

No direito brasileiro, o princípio *iura novit curia*, insculpido no art. 3º da LINDB, também afasta o dever da parte em expor um precedente vinculante adverso, *duty to disclose adverse authority*, para

que seja aplicado o princípio da candura perante a Corte, *candor toward the Court*, já que eles esbarram no positivado princípio *iura novit curia*.

Desta forma, podemos concluir que o sistema processual brasileiro, neste particular, é bem diferente do sistema da *common law*, pois enquanto o CPC introduziu o direito da parte não produzir prova contra si, art. 379, lá, além deste direito inexistir, vigora o princípio *candor toward the Court*, que significa a candura perante a corte, com o correspondente dever de expor um precedente vinculante adverso, conhecido como *duty to disclose adverse authority*, que traduz o dever de sinceridade do advogado para com o tribunal. Ademais, este princípio, *candor toward the Court*, encontra assento legal na *Model Rules of Professional Conduct 3.3, (a) (2)*, da *American Bar Association*. Outro elemento importante diz respeito a pressão psicológica exercida sobre às partes para dizerem a verdade em juízo, pois enquanto na *common law* o perjúrio, que alcança todos os sujeitos do processo, possui uma pena de até cinco (5) anos, no direito brasileiro o crime de falso testemunho, art. 342 do CPC, não alcança as partes do processo que são pressionadas a falar à verdade em virtude de uma multa, litigância de má-fé, art. 82, inc. II do CPC, podendo também incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça, art. 77, inc. I do CPC. Vale dizer, enquanto na *common law* a pressão psicológica sobre a vontade das partes para que falem a verdade alcança a sua liberdade, aqui, no *civil law*, ela alcança unicamente seu patrimônio.

Logo, ao contrário do que sugere a decisão do STJ, torna-se inviável no processo civil brasileiro exigir das partes um dever de expor precedente vinculante adverso, *duty to disclose adverse authority* que revelam o princípio da sinceridade perante os tribunais, *candor toward the Court*.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 12, dez.-fev. 2008.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. *In: Revista de Processo*, 1976.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1989.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo Storico. *In: Studi sul Processo Civile*. CEDAM, 1947.

_____. Il Processo come Giuoco. *In: Studi sul Processo Civile*. Padova: Cedam, 1957.

CALIFÓRNIA. **The State Bar of California**, 2018. Disponível em: https://www.calbar.ca.gov/Portals/0/documents/rules/Rule_3.3-Exec_Summary-Redline.pdf. Acesso em: 21 out 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios à sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CANDOR Toward the Tribunal: The Duty to Cite Adverse Authority. *In: Practice Points, American Bar Association*, 27.01.2021. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/ethics-professionalism/practice/2021/candor-toward-the-tribunal-the-duty-to-cite-adverse-authority/>. Acesso em: 21 out. 2022.

CANDOR TOWARD THE COURT. *In: Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema dela scienza del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1937.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944. v. I.

COUTURE, Eduardo. Sobre el precepto “nemo tenetur edere contra se”. *In: Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. II.

_____. Función del proceso en el ‘common law’ y en la codificación. *In: Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. III.

CUNHA, Guilherme Antunes da. **Das razões de decidir aos padrões decisórios**. Londrina: Thoth, 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito ao silêncio no processo civil brasileiro (arts. 347, CPC, e 229, CC)**, disponível em https://www.diritto.it/pdf_archive/24620.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

DOMIT, Otávio Augusto. **Iura novit curia e causa de pedir**. São Paulo: RT, 2016.

DUTY TO DISCLOSE ADVERSE AUTHORITY. *In: Black’s Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009.

FLOYD, Daisy Hurst. Candor versus advocacy: court's use of sanctions to enforce the duty of candor toward the tribunal. *In: Georgia Law Review*, vol. 29.

FUGA, Bruno Sampaio. **Superação de precedentes**. Londrina: Thoth, 2020.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

_____. **Derecho, Proceso penal y proceso**: El proceso como situación jurídica. Tradução de Jacobo L. B. de Quiroga, Ramón F. Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2017.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELENDO, Santiago Sentís. **El juez y el derecho**: Iura novit curia. Buenos Aires: Ejea, 1957.

MICHELI, Gian A. **La carga de la prueba**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Colombia: Temis, 1989.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *In: Revista da EMERJ*, v. 4, n° 16, 2001.

_____. O processo contemporâneo: um enfoque comparativo. *In: Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 24, 2003.

_____. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *In: Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, sétima série.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NICOLI, Ricardo L. **Padrões decisórios**. Londrina: Thoth, 2022.

PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Attico**. CEDAM, 1933.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A influência dos fatos na formação dos precedentes**. Londrina: Thoth, 2022.

PINTO, Murilo. STJ e *duty to disclose adverse authority*: o que pode vir a ser. *In: Revista Consultor Jurídico*, 27 de setembro de 2022. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-set-27/murilo-pinto-stj-duty-to-disclose-adverse-authority#_ftn2. Acesso em 20 out. 2022.

PORTO, Guilherme Athayde. **O direito de não produzir prova contra si: A prova desabonatória**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

REINO UNIDO. **The Civil Procedure Rules 1998**. Londres: *Supreme Court of England and Wales*, 1998. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents>. Acesso em: 03 out. 2022.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: Bosch, 2004, n. 9.4.3.2.

_____. **O novo processo civil: Presente e futuro.** 2. ed. Londrina: Tho-
th, 2022.

_____. **Provas Atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia:** La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007.

STF, 2ª Turma, **HC 119941/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 25.03.2014,**
DJe 080, Divul. 28.04.2014, Public. 29.04.2014.

STF, Tribunal Pleno, RE 971959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2018,
DJe -190, Divulg. 30.07.2020, Public. 31.07.2020.

STF, Tribunal Pleno. RE 971959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2018,
DJe - 190, Div. 30.07.2020, Pub. 31.07.2020.

STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl no RMS 34477/DF, Rel. Min. OG FER-
NANDES, j. 21.06.2022, DJe 27.06.2022.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge.** Milano: Guiffè, 1980.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade.** Tradução de Daniela
Accatino Scagliotti, Madrid: Marcial Pons, 2010.

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.** São Pau-
lo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO 15

DELINEAMENTO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ARRECADAÇÃO DOS BENS DOS AUSENTES¹

Guilherme Christen Möller²

1 Inicialmente, o título do capítulo era “Comentários aos arts. 744 e 745 do Código de Processo Civil” e foi desenvolvido em forma de comentários aos arts. 744 e 745 do Código de Processo Civil para obra coletiva, “Comentários ao Código de Processo Civil de 2015”, descontinuada no ano de 2022.

2 *Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche sulla l'Università degli Studi di Firenze* (UniFi). Mestre e Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Escola de Processo da Unisinos (EPU). Coordenador do Instituto von Bülow. Membro do Grupo de Pesquisa “Tradições, transformações e perspectivas avançadas” (TTPA), vinculado à PUC/SP, e do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo”, vinculado à UNISINOS e do Grupo de Pesquisa “Processo, Constituição, Conformidade e Integridade”, vinculado à UFSC. Membro da Comissão de Acesso à Justiça e Membro Consultivo da Comissão de Direito Processual Civil da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do estado de Santa Catarina. Autor, organizador e coordenador de obras e artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (*lato sensu*). E-mail: contato@guilhermchristenmoller.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga as nuances e expõe a proceduralização do procedimento especial “dos bens dos ausentes”, previsto nos arts. 744 e 745 do Código de Processo Civil. A pesquisa foi estruturada de forma que a progressão da leitura permita compreender o conteúdo central do capítulo, dividindo-se em oito pequenos tópicos: (1) o objeto (imediato e mediato) do procedimento; (2) a etimologia jurídica da ausência, pressupostos para a declaração de ausente e a diferença entre a ausência (declaração de ausência) da morte presumida (justificação judicial de morte); (3) os pressupostos do procedimento e a desnecessidade de existência de bens de propriedade/posse do ausente para a proposição da medida; (4) o curador, ordem para o exercício do cargo, poderes e deveres e depositário; (5) aspectos procedimentais e primeira etapa da arrecadação dos bens do ausente; (6) segunda etapa do procedimento: sucessão provisória; (7) terceira etapa do procedimento: conversão da sucessão provisória em definitiva; e (8) retorno do ausente e transmutação da natureza jurídica do processo.

2. OBJETO (IMEDIATO E MEDIATO) DO PROCEDIMENTO

O procedimento especial de arrecadação dos bens do ausente é procedimento de jurisdição voluntária, no qual inexistente outro interesse que não a preservação dos bens do ausente, a declaração do estado de ausente e, posteriormente, o início do processo de sucessão (provisória e definitiva) dos bens deixados pelo ausente.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.016.023/DF (Rel. Ministra Nancy Andrighi, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008), esse procedimento especial constitui interesse

social relevante, transcendendo a tutela dos direitos dos herdeiros do ausente, haja vista que aquilo que se espera, imediatamente, é resguardar os interesses do ausente para que, caso reapareça, possa retomar a sua vida. A sucessão é objetivo mediato desse procedimento e apenas ocorrerá na hipótese de não reaparecimento do ausente.

A arrecadação dos bens, a declaração de ausência, a sucessão provisória e definitiva (com a declaração de morte presumida) ocorrem em momentos distintos. A seção “dos bens dos ausentes” é sucinta, possuindo, apenas, dois artigos, entretanto, é complementada por outras disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, especialmente aquelas relacionadas à herança jacente.

3. ETIMOLOGIA JURÍDICA DA AUSÊNCIA, PRESSUPOSTOS PARA A DECLARAÇÃO DE AUSENTE E A DIFERENÇA ENTRE A AUSÊNCIA (DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA) DA MORTE PRESUMIDA (JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL DE MORTE)

Na etimologia jurídica, a ausência está relacionada com a pessoa; é um estado próprio dela e se configura quando desconhecido o seu paradeiro. Conforme os arts. 22 e 23 do Código Civil, será considerada ausente a pessoa que (1) desaparecer de seu domicílio sem deixar notícias, (2) se não houver deixado representante ou procurador para a administração dos seus bens, ou (3) se deixar mandatário que não queira ou não possa exercer (ou continuar) o mandato – ou se os seus poderes forem insuficientes.

A ausência não deve ser confundida com a morte presumida. No Direito Civil, são instituições distintas e que, por vezes, na prática, são erroneamente associadas. A existência da pessoa natural termina com a morte (*mors omnia solvit*), a qual se comprova mediante certidão que declara o seu óbito. No caso da morte presumida, há necessidade

de produção de prova indireta para comprovação do óbito e suprir a carência dessa documentação.

Esse meio indireto não se confunde com a ausência, em que se tem a certeza do desaparecimento sem a presunção da morte. Nos termos do art. 6º do Código Civil, o ausente apenas será considerado morto quando aberta a sucessão definitiva dos seus bens, considerando como a data da sua morte, para fins legais, a data de publicação da sentença que declarou a ausência.

Ambos estados (ausência e morte presumida) devem ser declarados judicialmente, porém, cada qual de uma forma. Inexiste ação de declaração de ausência por morte presumida. A demanda fundada em ação que se objetiva a declaração de ausente está embasada, como dito anteriormente, na certeza do desaparecimento da pessoa, o que não ocorre naquela que objetiva a declaração da morte presumida da pessoa (justificação judicial de morte), art. 88 da Lei n. 6.015/73; a certeza do desaparecimento é suprimida pela presunção da morte da pessoa – trata-se de uma imperícia que ocasiona na carência de pressuposto processual (interesse de agir).

4. PRESSUPOSTOS DO PROCEDIMENTO E A DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE/POSSE DO AUSENTE PARA A PROPOSIÇÃO DA MEDIDA

A grande discussão sobre a arrecadação dos bens do ausente está nos pressupostos específicos desse procedimento. Dependendo da interpretação sobre o objetivo do procedimento, poderá haver dois ou três. Inexiste desacordo (doutrinário e jurisprudencial) de que (1) o desaparecimento da pessoa sem deixar notícias e (2) a inexistência de representante/procurador para a administração dos seus bens (o qual também é suprido no caso de o mandatário que não querer ou não

poder exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes) são pressupostos para a proposição da medida.

O não preenchimento de um deles enseja em carência de interesse de agir, resultando na extinção do processo (art. 485, IV, do CPC). A partir do que se tratou no subtópico da “ausência”, ambos requisitos não são surpresa ou ilógicos, afinal, qual seria a necessidade de promover a medida se a pessoa não desapareceu ou deixou mandatário (regular, interessado e capacitado) para o gerenciamento dos seus bens? Ambos são intrínsecos ao próprio instituto da ausência. Isso é de tamanha clareza que, a título de exemplo, não se encontra uma doutrina processual, sobre o procedimento em comento, que explique com profundidade o motivo de serem pressupostos da arrecadação.

A divergência está no (possível) terceiro pressuposto: a existência de bens de propriedade/posse do ausente para ser arrecadados. A questão é: há necessidade de proposição da arrecadação se o ausente não deixou bens? O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto e é, até o momento, pacífico no sentido de que “se o ausente deixa interessados em condições de sucedê-lo, em direitos e obrigações, ainda que os bens por ele deixados sejam, a princípio, não arrecadáveis, há viabilidade de se utilizar o procedimento que objetiva a declaração de ausência”. Essa afirmação é extraída do mesmo julgamento que foi utilizado para elucidar os objetivos imediato e mediato da arrecadação dos bens do ausente (REsp n. 1.016.023/DF, Rel. Ministra Nancy Andriighi, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008).

A posição da Corte é de que a comprovação da propriedade não é condição *sine qua non* para a declaração de ausência, alinhando-se coerentemente com o objetivo imediato do procedimento. Assim, mesmo o ausente não deixando bens arrecadáveis, é possível a proposição dessa medida para resguardar os interesses do ausente,

visando, como dito anteriormente, retomar a sua vida no caso de reaparecimento. Concorde-se com a Corte, todavia, cabe destacar que na doutrina, o assunto é divergente. Alguns autores adotam posição convergente com a do Superior Tribunal de Justiça, outros, porém, entendem que a existência de bens passíveis de arrecadação é pressuposto para a proposição da arrecadação.

5. CURADOR, ORDEM PARA O EXERCÍCIO DO CARGO, PODERES E DEVERES E DEPOSITÁRIO

O termo “curador” deriva do latim *curator*, de *curare*. Na etimologia jurídica, trata-se de pessoa que zela por outra ou de seus bens. É figura fundamental para o procedimento de arrecadação de bens do ausente. Normativas acerca do curador dos bens do ausente estão dispostas entre os arts. 22 e 25 do Código Civil, aplicando-se, também, as disposições sobre o procedimento da herança jacente.

Via de regra, tratando-se de ausente que seja casado, não estando separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, o legítimo curador será o seu cônjuge. Caso o ausente for solteiro ou viúvo, o legítimo curador dos bens do ausente serão os seus pais ou os seus descendentes, nessa ordem, observando a inexistência de impedimento para o exercício do cargo. Na hipótese de a curadoria ser exercida por descendente, será observado o grau do parentesco em relação ao ausente, precedendo, os mais próximos, aos mais remotos.

Inexistindo cônjuge, ascendente e descendente, o cargo de curador será exercido por pessoa escolhida pelo juiz. A inexistência de indicação e designação de curador não obsta o trâmite do processo, vez que, nessa hipótese, será designado depositário e, após comprometido, lhe entregue os bens arrecadados, mediante simples termo nos autos (art. 740, § 2º, do CPC).

O curador possui poderes e deveres (aplicando-se, igualmente, ao depositário compromissado). Os seus deveres estão dispostos no art. 739 do Código de Processo Civil, sendo eles (1) representação dos bens do ausente em juízo ou fora dele, (2) ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes, (3) executar as medidas conservatórias dos bens, sendo ressarcido posteriormente, (4) apresentar mensalmente ao juiz balancete da receita e da despesa, e (5) prestar contas ao final da sua gestão.

O exercício do cargo de curador percebe remuneração fixada, pelo juiz, de acordo com a situação dos bens, o tempo de serviço e as dificuldades para a sua execução (art. 160 do CPC). Em contrapartida, havendo causado prejuízo (por dolo ou culpa) aos bens sob sua responsabilidade, responderá por eles e perderá a sua remuneração, entretantes, sem prejuízo ao ressarcimento do despendido no exercício do encargo (art. 161 do CPC). Pode, ainda, o curador, ser responsabilizado na esfera penal pelo prejuízo causado e, inclusive, lhe imputado sanção por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 161, parágrafo único, do CPC).

6. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E PRIMEIRA ETAPA DA ARRECADAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE

O procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes possui três fases (ou estágios), sucedidos cronologicamente. A sua primeira fase consiste na arrecadação dos bens do ausente e na constituição de curador. Trata-se de procedimento que necessita de impulso oficial, por parte interessada, mediante petição endereçada ao último domicílio conhecido do ausente (art. 738 do CPC) ou, na carência dessa informação, subsidiariamente, no foro em que estejam os seus bens (art. 48, I, do CPC), a fim de comunicar a ausência (arts. 22 e

23 do CC). Diante da matéria do procedimento, será competente, geralmente, a unidade jurisdicional responsável pelo processamento de feitos familiares.

Na petição, deverão ser arrolados os bens (quando existirem), os quais poderão ser aditados a fim de ampliar o rol de bens do ausente no caso de descobrimento de algum bem abandonado que não se tinha conhecimento quando proposta a inicial (inexiste preclusão; apenas haverá a retificação do valor da causa para inclusão do valor estipulado desse bem), requerendo a arrecadação e a designação de curador para administrá-los.

Recebendo a petição inicial, considerando a afirmação de ausência feita pelo interessado-proponente, será nomeado curador e determinada a arrecadação dos bens arrolados. Feita a arrecadação, lavrado auto, será observado o comando de publicações de editais (igual ao da herança jacente) que dispõem o *caput* do artigo analisado, ou seja, determina-se a publicação de editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens. Os editais serão publicados durante um ano, reproduzidos a cada dois meses.

A partir daqui, existem três possibilidades: (1) comparecer o ausente, cessando-se a curadoria e extinguindo o processo (a regra contida no § 4º, do art. 745, do CPC, apenas será aplicada após a primeira etapa); (2) sobrevier comprovação da sua morte, cessando-se a curadoria e terá início o procedimento de inventário e partilha; ou, por fim, (3) não ocorrer as hipóteses anteriores, podendo-se, qualquer interessado, após esse prazo de um ano, requerer a abertura da sucessão provisória (§ 1º, do art. 745, do CPC). Cá, adentra-se nas etapas subsequentes, a (2) declaração da ausência e abertura da sucessão provisória

dos seus bens; e, a (3) declaração de morte presumida do ausente, convertendo-se a sucessão provisória em definitiva.

7. SEGUNDA ETAPA DO PROCEDIMENTO: SUCESSÃO PROVISÓRIA

Transcorrido o prazo do edital, sem que se saiba da pessoa, sem a constituição de procurador ou representante ou, uma outra hipótese, mesmo deixando representante ou procurador (nesse caso serão três anos, conforme art. 26 do CC), será pedida a declaração de sua ausência (e a sentença deverá ser averbada, art. 94 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC), podendo-se, assim, requerer a abertura da segunda etapa deste procedimento: a sucessão provisória. Mesmo que siga as regras da sucessão *mortis causa*, ela poderá ser extinta a qualquer momento mediante o retorno do ausente.

Nos termos do art. 27 do Código Civil, consideram-se legitimados para requerer a abertura da sucessão provisória: (1) o cônjuge não separado judicialmente; (2) os herdeiros presumidos, legitimados e os testamentários; (3) os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte; (4) os credores de obrigações vencidas e não pagas – existe, também, a previsão do requerimento poder ser formulado pelo Ministério Público (art. 28, § 1º, do CC) quando não o fizerem os interessados.

Na petição de abertura da sucessão provisória dos bens do ausente, será requerida a citação pessoal dos herdeiros presentes (residentes na comarca) e do curador, e, por edital, dos ausentes (incertos, que se acham em lugar incerto e não sabido ou que residam em outra comarca), a fim de habilitarem-se.

Sobre a habilitação que dispõe o § 2º, do art. 745, do Código de Processo Civil, deve-se observar a forma disposta entre os arts. 687

e 692 do CPC, ou seja, no prazo de cinco dias a contar da juntada do último mandado citatório (art. 690 do CPC) – ou do termo final do prazo do edital –, deverão, os herdeiros, provar sua qualidade e o seu direito.

Protocolada a habilitação, o juiz decidirá o requerimento imediatamente, salvo se este for impugnado e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental, caso em que determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução (art. 691 do CPC). Com o trânsito em julgado da sentença acerca da habilitação, a sucessão provisória retoma o seu rito (art. 692 do CPC).

A sucessão provisória inicia-se com a pronúncia de uma sentença que determina a sua abertura, no entanto, cujo efeito apenas surte após cento e oitenta dias depois de publicada. Vez que se transita em julgado a sentença, procede-se a abertura de testamento (se houver) e ao inventário e partilha dos bens.

No entanto, o prazo anteriormente mencionado é para fins da produção dos efeitos da sentença, não se devendo confundir com a possibilidade de arrecadação dos bens do ausente pelo procedimento de herança jacente no caso de não comparecimento de herdeiro ou interessado para requerer o inventário (§ 2º, do art. 28, do CC).

Supondo, agora, que o inventário foi requerido, os herdeiros deverão dar garantias da restituição para a imissão na posse dos bens do ausente, o que se faz mediante penhores ou hipotecas equivalentes ao valor do bem – no caso de não ser possível prestar caução, existem duas situações: (1) se o herdeiro for ascendente, descendente ou cônjuge, provada sua qualidade de herdeiro, não depende de garantias para entrar na posse dos bens (art. 30, § 2º, do CC); (2) sendo pessoa que não se enquadre em uma das condições anteriores, deverá prestar garantia, sob pena de ser excluído e de os bens que lhe caibam

continuarem ao encargo do curador que foi designado para administração dos bens do ausente, salvo se decidir, o juiz, que esse bem deverá ser administrado por outro herdeiro do ausente, mediante garantia (art. 30, § 1º, do CC). Todo aquele que for empossado nos bens do ausente, mesmo em sucessão provisória, será representante (ativo e passivo) do ausente, inclusive podendo, contra eles, correr as ações pendentes e as de futuro que forem movidas.

Por fim, reaparecendo ou provando a existência do ausente, se (1) antes do estabelecimento da posse provisória, a sucessão será extinta, ou, se (2) depois do estabelecimento da posse provisória, cessarão imediatamente as vantagens dos sucessores nela imitados (inclusive, ficando obrigados a adotar medidas assecuratórias até a entrega dos bens ao seu proprietário).

8. TERCEIRA ETAPA DO PROCEDIMENTO: CONVERSÃO DA SUCESSÃO PROVISÓRIA EM DEFINITIVA

A sucessão definitiva não é tão complexa em termos procedimentais como a provisória. Veja-se, após o prazo de dez anos (ou, conforme o art. 38 do CC, se o ausente contar com oitenta ou mais anos de idade, sem que se haja notícias por cinco anos) a contar do trânsito em julgado da sentença que determina a abertura da sucessão provisória, os interessados irão pedir a declaração da morte presumida do ausente e a sucessão definitiva, bem como o levantamento da caução prestada. Caso, ainda, nesse lapso temporal, tanto o ausente não regressar, quanto algum ascendente ou descendente não promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município, Estado, Distrito Federal ou União, conforme a sua localização (art. 39 do CC).

9. RETORNO DO AUSENTE E TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Pode ocorrer, também, o retorno do ausente. Anteriormente, viu-se algumas hipóteses dos vieses que o processo deveria tomar se isso ocorrer em alguma de suas etapas. No caso da primeira fase, pedido para designação de curador para que seja possível a arrecadação dos bens do ausente: se o ausente retornar ou constituir procurador ou representante, a curadoria será cessada e o processo será extinto. Após o lapso temporal para o pedido de declaração da ausência e abertura da sucessão provisória, retornando o ausente: os seus bens serão restituídos e, caso algum deles tenha gerado rendimentos ou frutos, se ficar provado que a ausência não foi involuntária e injustificada, terá direito a sua parte (art. 33, parágrafo único, do CC).

No caso do retorno (do ausente ou de algum de seus descendentes ou ascendentes) no prazo para a conversão da sucessão provisória em definitiva: haverá os bens existentes no estado em que se acharem (os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo).

Tanto na segunda (sucessão provisória), quanto na terceira etapa (sucessão definitiva), se estará diante do que se denomina por transmutação jurídica do processo: a conversão da jurisdição voluntária em jurisdição contenciosa. Nesse caso, *vide* § 4º, do art. 745, do Código de Processo Civil, regressando o ausente ou algum de seus descendentes ou ascendentes, pedirá a entrega de bens, sendo citados para contestar o pedido os sucessores provisórios ou definitivos, o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública e se seguirá conforme o procedimento comum (art. 318 do CPC). Por fim, cabe destacar que, de mesmo modo como ocorre quando declarada a

ausência, o retorno do ausente também será averbado (art. 104 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve digressão, espera-se ter, na medida do possível (e sabendo que existem assuntos ainda mais específicos ligados ao tema que não foram abordados), exaurir a procedimentalização (pragmaticamente falando) das etapas e nuances desse delicado e, a meu ver, maltratado – pelo legislador processual – procedimento especial; o Código de Processo Civil não se propõe a narrar com clareza a abordagem que se viu nesse ensaio – tanto é que, para fins da investigação, teve-se que fazer uma leitura muito clara e aprofundada sobre institutos do direito civil para, aí sim, poder sistematizar o procedimento dos bens dos ausentes em consonância à complementação dada por outros procedimentos especiais (como, principalmente, a herança jacente) e o procedimento comum.

CAPÍTULO 16

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A (IN) EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: O CASO DO DIFAL E A VEDAÇÃO AO DEPÓSITO JUDICIAL

Luis Carlos Fay Manfra¹

¹ Mestrando em Direito pela UNISINOS. Bolsista PROEX/CAPES. Especialista em Direito Empresarial e Graduado pela PUCRS. Advogado. E-mail: luis.manfra@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Quando o cidadão se vê obrigado a litigar contra o Poder Público, já sabe que a satisfação de sua pretensão, caso acolhida, deverá enfrentar um certo garantismo processual que o ordenamento concede ao Estado, sob a presunção de que a sua presença em juízo pressupõe um embate entre interesses públicos e interesses privados.¹ Nesse contexto, a garantia fundamental de acesso à justiça, tão cara à proteção das garantias individuais em face de eventuais abusos das autoridades públicas, encontra, empiricamente, diversos obstáculos instrumentais e materiais à sua concretização efetiva.

Os pedidos de suspensão de segurança inserem-se nessa política de garantismo dos interesses públicos que devem ser tutelados pelo Estado. Trata-se de medida que atua de modo a restringir a eficácia das decisões proferidas contra o Poder Público, em nome da preservação de valores relevantes, como a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Todavia, o uso indiscriminado desse instrumento, sem as devidas cautelas quanto à preservação das legítimas pretensões do particular em juízo, pode vir a significar o esvaziamento do objeto do processo² e, nesse sentido, uma potencial inefetividade absoluta da jurisdição. Esse contraponto se mostra especialmente relevante na medida em que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, compromissado com a concretização dos direitos fundamentais, impõe-se uma concepção de jurisdição que seja igualmente comprometida com a efetividade na proteção e na promoção desses direitos.

Diante dessa problemática, busca o presente estudo, a partir de pesquisa bibliográfica e da análise de um caso concreto, examinar

1 VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 35.

2 VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 35.

os limites de aplicação do instituto da suspensão de segurança, investigando-se até que ponto se pode considerar coerente com o ideal de jurisdição no contexto do Estado de Direito pós-Constituição de 1988 uma decisão suspensiva que venha a acarretar absoluta inefetividade do processo ou uma potencial efetividade apenas sob o ônus de grave prejuízo ao jurisdicionado. O caso em questão trata de decisão de suspensão de segurança emanada do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a respeito de controvérsia tributária, a qual vedou a possibilidade de realização de depósitos judiciais pelos contribuintes.

2. A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE JURISDIÇÃO: UM PERCURSO EM DIREÇÃO À BUSCA PELA EFETIVIDADE

A concepção de jurisdição está intimamente relacionada à ideia de Estado e, nesse sentido, pode variar conforme varie a forma estatal. Partindo-se da premissa de que o Estado detém o monopólio da jurisdição e de que esse monopólio é um resultado da própria formação do Estado³, é natural que exista uma correlação entre ambos. Ao mesmo tempo, a concepção de jurisdição adotada por determinado Estado - e enquanto reflexo deste - exerce influência em várias áreas do sistema jurídico-processual, refletindo na estruturação do modelo de processo judicial, no poder de império das decisões judiciais, no conceito de imparcialidade do juiz, enfim, desde os aspectos mais abrangentes aos mais específicos.⁴

No modelo atualmente em vigor no Brasil pós-1988, que é o de um Estado Democrático de Direito preocupado com a transformação da realidade social e com a concretização dos direitos fundamentais, uma jurisdição de viés passivo e meramente declaratório já não mais

3 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 35/36.

4 MÁCEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Guiseppe Chioyenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, Ano IV, nº 12, jul./dez. 2014. p. 2.

se mostra suficiente, de modo que ganha espaço, nessa conjuntura, uma concepção de jurisdição mais ativa e construtiva.⁵ Evidentemente que isso não foi sempre assim. Houve um longo percurso histórico⁶ até que se chegasse à concepção de jurisdição atualmente prevalente – a qual, aliás, longe de ser algo pronto e acabado, está em constante evolução. Nesse paradigma, revela-se insuficiente atribuir à jurisdição uma função meramente ordenadora. Passa a ser necessário atribuir-lhe uma função transformadora, voltada à realização do conteúdo material da Constituição, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais.⁷ Daí a precisa observação de Picó y Junoy, quando afirma que a verdadeira garantia dos direitos do indivíduo reside em sua proteção processual, de modo que é necessário distinguir entre os *direitos* e as *garantias desses direitos*, não sendo estas últimas outra coisa senão os instrumentos processuais por meio dos quais é possível a

5 MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Guiseppa Chioyenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba, Ano IV, nº 12, jul./dez. 2014. p. 3.

6 No contexto do Estado Liberal, princípio da separação dos poderes e as grandes codificações – notadamente na Europa continental, buscaram um ideal de certeza do direito como forma de proteção contra o arbítrio estatal. Sob a influência do pensamento racionalista, é possível identificar uma prevalência do valor *segurança* sobre o valor *justiça* (SILVA, Ovídio Araújo Babbista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 104/105). Nesse paradigma, não se vislumbrava uma distinção entre texto e norma, mas se os concebia como sinônimos, adotando-se como referencial dos princípios de segurança jurídica, de liberdade e de igualdade, somente a lei, a qual haveria de ser *conectada* ao caso concreto pelo juiz. Sob esse pano de fundo, a jurisdição era conceituada como um poder que meramente declara a norma para o caso concreto (MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 13/14). O sentido da lei deveria ser pensado como unívoco, de modo que bastaria ao julgador descobrir a verdade e proclamá-la na sentença. Em síntese, tem-se a ideia de juiz como “*bouche de la loi*”. Dessa influência racionalista decorre uma compreensão essencialmente dispositiva do processo, encarando-o como pertencente às partes e restringindo a atividade do juiz a apenas verificar a regularidade dos atos processuais, em uma postura verdadeiramente inerte. No paradigma do Estado Liberal, a jurisdição tinha a função de apenas viabilizar a reparação do dano, não se admitindo que o magistrado pudesse atuar antes que uma ameaça humana tivesse, de fato, violado o ordenamento jurídico (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil volume 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 40). Isso seria outorgar-lhe uma discricionariedade inconciliável com o ideal de império da lei (SILVA, Ovídio Araújo Babbista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 106). Tal concepção, cujas origens remontam a quatro séculos atrás, ainda exerce algum grau de influência nas normas processuais vigentes e no imaginário dos juristas. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 é uma amostra disso. Apenas com as reformas de 1994 é que se começa a romper com esse modelo no cenário processual pátrio. Em síntese, o sistema processual passa a sofrer adequações ao paradigma constitucional democrático, o que tem como um de seus vetores uma demanda por efetividade, aspecto a ser enfrentado adiante.

7 MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Guiseppa Chioyenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba, Ano IV, nº 12, jul./dez. 2014. p. 25.

realização e a eficácia de tais direitos.⁸ Dito de outro modo, é pela via do processo que se assegura a concretização dos direitos.

Tendo isso em mente, é possível compreender por que o modelo dispositivo de processo se encontra desgastado. A jurisdição, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não se limita à função de aplicação da lei, mas deve promover a construção do Direito por meio da participação das partes jurisdicionadas e tendo a Constituição como vetor de sentido. Nesse novo modelo de Estado, os juízes migram da passividade para a atividade e o processo deixa de ser visto como mero instrumento (método), passando a ser compreendido como espaço democrático de construção do Direito.⁹ E tão importante quanto a adequada construção de sentido do Direito (norma) no âmbito do processo é a sua concretização.

Nessa esteira, sustenta Darci Ribeiro que a efetividade compõe um dos elementos integrantes da concepção de Estado Democrático de Direito, podendo-se afirmar seguramente existir um dever constitucional de promoção da efetividade do Direito pela função judicial.¹⁰ Em igual sentido, Cássio Scarpinella Bueno registra que tal dever de efetividade encontra fundamento direto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, a impor que os resultados do processo sejam efetivos, isto é, “concretos, palpáveis, sensíveis no plano exterior do processo”.¹¹ Nas palavras do autor, a jurisdição “não se resume a dizer (declarar

8 Nas exatas palavras do autor, “la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia”. PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: JMB, 1997. p. 18.

9 MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Guiseppe Chioyenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba, Ano IV, nº 12, jul./dez. 2014. p. 24.

10 Segundo o autor, o Poder Judiciário “se encontra submetido ao inarredável dever de propagandear a efetividade dos interesses que lhe são submetidos à apreciação”, não se limitando ao aspecto formal (processual), mas impondo-se tal compromisso também sob a perspectiva material. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 80-81.

11 BÚENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 186/187.

ou reconhecer) o direito”, mas é “também realizar, cumprir, executar satisfazer o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado”.^{12_13}

Resta claro, assim, que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não se encontra mais espaço para uma jurisdição apenas preocupada em propiciar as condições de possibilidade para a aplicação da lei, a partir de uma perspectiva de justiça através do método. Impõe-se uma jurisdição preocupada com a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, com a construção da norma à luz dos princípios constitucionais e com a efetividade das decisões, inclusive para afastar ameaça a direito. Em síntese, a concepção de jurisdição se alterou, porque também o modelo de Estado e sua ideologia se alteraram.¹⁴ E é sob essa ótica que se passa a examinar, adiante, o mandado de segurança – ação constitucional que certamente tem a efetividade como um de seus pilares de sustentação.

3. A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O mandado de segurança foi previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1934, que, como contraponto às restrições quanto ao âmbito de aplicabilidade do *habeas corpus* durante a vigência da anterior Constituição de 1891, passou a

12 BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 290.

13 Cassio Scarpinella Bueno e também Alexandre Freitas Câmara fazem referência, ao tratarem da temática da efetividade do processo, aos cinco postulados propostos por Barbosa Moreira como indispensáveis à busca desse objetivo. São eles: (i) deve o processo dispor de instrumentos de tutela adequados, tanto quanto possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento; (ii) tais instrumentos devem ser praticamente utilizáveis; (iii) deve assegurar condições propícias à completa reconstituição dos fatos relevantes; (iv) deve o resultado do processo assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da utilizada específica a que faz jus; e (v) o atendimento a esses resultados deve ocorrer com o mínimo dispêndio de tempo e energia possível. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 189-190; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 254.

14 Exemplo dessa mudança de paradigma é o Código de Processo Civil de 2015, que dispõe, já em seu art. 1º, que “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”. Na mesma linha, o art. 8º do CPC/2015 prevê que “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Independentemente dos erros e acertos do atual Código Processual, é inegável que ele corporifica uma nova concepção de jurisdição.

prever esse remédio para a salvaguarda de “direito certo e inconteste, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. Previsto em todas as Constituições posteriores, com exceção da de 1937, o mandado de segurança está assegurado na Constituição de 1988 em seu art. 5º, inciso LXIX, como instrumento de proteção ao direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.¹⁵ Segundo aponta Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de verdadeira “especialização do direito de proteção judicial efetiva”, de utilização ampla e abrangente de qualquer direito subjetivo sem proteção específica, destinado, fundamentalmente, à defesa do particular contra atos de autoridade.¹⁶

No âmbito infraconstitucional, a ação de mandado de segurança foi regulamentada, originalmente, pela Lei nº 191/36. Após, durante a vigência da Constituição de 1937 – que, como mencionado, não previa o instituto –, houve, ainda assim, disposição do tema no CPC/39. Posteriormente, essa ação foi disciplinada pela Lei nº 1.533/51, pela Lei nº 4.348/64 e pela Lei nº 5.021/66, até a promulgação da Lei nº 12.016/09, atualmente em vigor e que revogou as leis antes mencionadas, disciplinando e conformando completamente o instituto.

O mandado de segurança constitui remédio jurídico processual¹⁷ que se desenvolve por rito especial e que possui requisitos, finalidade e efeitos específicos. Trata-se de ação de rito célere e prioritário, que não admite instrução processual – pelo contrário, exige-se prova pré-constituída acerca do direito líquido e certo invocado – e cuja sentença detém natureza mandamental e pode ser provisoriamente executada. Trata-se, portanto, de ação que visa à máxima efetividade na proteção do direito invocado pelo particular,

15 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 459.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 460.

17 Segundo Leandro Carneiro da Cunha, “[o] mandado de segurança é um remédio jurídico processual ou, de forma mais simples, um direito a um procedimento específico”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022. p. 537.

repressiva ou preventivamente, em face de ato ilegal praticado ou a ser praticado pela autoridade pública.

Por outro lado, também desde a Lei nº 191/36 existe a figura do pedido de suspensão de segurança, cuja finalidade original era a de evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação ao impetrado, uma vez que, nos termos previstos no art. 11 da referida lei, o recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem não detinha efeito suspensivo.¹⁸ Sob essa ótica, o pedido de suspensão, em sua gênese, foi concebido como uma medida de cunho nitidamente cautelar.¹⁹ O instituto foi mantido no CPC/39, que previa como hipótese de cabimento da medida o risco de lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública. Posteriormente, com a edição da Lei nº 1.533/51, já sob a égide da Constituição de 1946, o tema voltou a ser tratado, mas apenas para dispor que, no caso de concessão do mandado, caberia ao presidente do tribunal competente para conhecer do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, sem definir de modo específico as causas para essa suspensão.²⁰ Mais adiante, suprimindo as lacunas deixadas pela Lei nº 1.533/51, a Lei nº 4.348/64 tratou do pedido de suspensão de liminar e de sentença, definindo expressamente suas hipóteses: existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.²¹ Essa disposição veio, então, a ser reproduzida no art. 15 da atual Lei nº 12.016/09.²²

18 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022. p. 622.

19 VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 39.

20 Segundo explica Elton Venturi, essa lacuna ensejou uma ampla (e indesejável) discricionariedade aos presidentes dos tribunais, tendo-se estendido tal disposição, que a rigor tratava apenas de sentenças, também para a suspensão de liminares. VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 40.

21 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022. p. 622.

22 Para além da sua aplicação em sede de mandado de segurança – que dá origem à difundida expressão “suspensão de segurança” –, há também, no ordenamento brasileiro, outras hipóteses de suspensão de liminares e sentenças concedidas contra o Poder Público, como se depreende do art. 12 da Lei nº 7.347/85 (ação civil pública) e do art. 4º da Lei nº 8.437/92.

Conforme se observa, a origem do instituto remonta a período muito anterior à Constituição de 1988 e a uma concepção de jurisdição diferente da que atualmente vigora. É interessante notar, nesse sentido, que a medida acautelatória da suspensão de segurança nasce em um cenário no qual o recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem não possuía efeito suspensivo, um contexto, portanto, bastante diferente do que se verifica no regramento processual vigente. Não são poucos, aliás, os autores que apontam a incompatibilidade do instituto à atual ordem constitucional, especialmente por violação a garantias como acesso à Justiça, à isonomia e ao devido processo legal.²³ Sem embargo, mesmo para aqueles que admitem que o instituto, não seria, em si, inconstitucional, a sua *aplicação* no dia a dia forense não passa a salvo de duras críticas.²⁴

Retomando-se, neste ponto, a ideia de jurisdição no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, é interessante notar como esse instituto da suspensão de segurança se posiciona, simultaneamente, como um instrumento que, de um lado, tem por fundamento preservar interesse público relevante – ordem, saúde, segurança e economia públicas, o que só pode ser constitucionalmente compreen-

23 A propósito, Elton Venturi traça um excelente panorama da doutrina nacional acerca do tema, com referência às posições de Sérgio Ferraz, de Marçal Justen Filho, de Nelson Nery Jr. e de Cássio Scarpinella Bueno, as quais opta-se por não se trazer em detalhe neste momento com vistas a se manter maior objetividade no presente texto. VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 49/50.

24 Segundo Elton Venturi, a existência de um especial instrumento cautelar capaz de sustar, temporariamente, a eficácia das decisões judiciais sob fundamento de grave lesão a interesses públicos não afronta à Constituição (ainda que sustente que a discussão acerca da constitucionalidade dos pedidos de suspensão “encontra-se totalmente aberta à provocação do STF, na medida em que nenhum julgamento de mérito a esse respeito foi proferido e concluído pelo Plenário do Tribunal”). Todavia, ressalva o autor que a conclusão é diversa no que diz respeito à verificação do que efetivamente ocorre com a utilização desses pedidos de suspensão no dia a dia forense, quando, sob a justificativa de se tratar de instrumento puramente político para a salvaguarda o interesse público, não raramente garantias derivadas do devido processo legal restam solapadas pelas presidências e colegiados dos Tribunais brasileiros. VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 52-57.

didado sob o prisma dos direitos fundamentais²⁵ – e, de outro, coloca-se de modo a impedir a efetividade da jurisdição, na medida em que não se discute, no âmbito desse incidente, o mérito da decisão concessiva de liminar ou da segurança. Ou seja: a despeito da existência do direito líquido e certo invocado pelo impetrado e reconhecido pelo juiz em sede de cognição precária ou exauriente, o instituto da suspensão coloca-se de modo a obstar, ainda assim, a eficácia dessa decisão, em nome de razões de interesse público.

Daí porque boa parte da doutrina afirma que o fundamento para a concessão da suspensão de liminar é predominantemente político. É que, na medida suspensiva, não se perquire acerca do mérito da impetração, mas apenas sobre a ocorrência dos pressupostos estabelecidos na lei. Assim, estando caracterizado o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é cabível a suspensão, ainda que a decisão liminar ou a sentença tenham sido proferidas em estrita observância aos requisitos para tal.²⁶ Essa concepção, todavia, há de ser vista com parcimônia, pois, sob a justificativa de se tratar de decisão de suposto fundamento político, pode-se abrir espaços para decisões arbitrárias e insuscetíveis de adequado controle judicial. Com efeito, quando os Tribunais são provocados a decidir sobre os pedidos de suspensão, o fazem no exercício de

25 O interesse público capaz de embasar validamente o pedido de suspensão, sob a perspectiva constitucional, é o interesse primário, que na célebre classificação de Roberto Alessi, difundida entre nós por Celso Antônio Bandeira de Mello, consiste naquele interesse autêntico da coletividade e que, como tal, é indisponível, não podendo ser colocado em risco – trata-se da razão de ser do próprio Estado. Esse interesse, no entanto, não se confunde com os interesses secundários, que são os interesses da Administração, tidos pela pessoa jurídica de direito público (Estado), tal qual poderia ter qualquer particular. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 63/64; VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 31/32. Na mesma esteira, complementa Marçal Justen Filho ao afirmar que [a] tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40. Sob essa perspectiva, argumentar-se, por exemplo, a simples queda de arrecadação aos cofres públicos como razão para embasar um pedido de suspensão de liminar não é o mesmo que comprovar que a economia do Ente público será a tal ponto afetada que serviços públicos essenciais não poderão ser prestados à coletividade no caso de cumprimento dessa decisão. Na primeira hipótese, tem-se pura e simplesmente um interesse secundário – o do Ente estatal de manter seus níveis arrecadatórios. Na segunda hipótese, tem-se um interesse primário – o bem-estar da coletividade e, em última análise, a garantia de preservação e promoção dos direitos fundamentais dessa coletividade.

26 MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 201/202.

autêntica atividade jurisdicional, estando, portanto, vinculados a deveres constitucionais – inclusive de fundamentação. Não se trata de um exercício de poder discricionário na sua acepção administrativa, pois se assim fosse, estar-se-ia a admitir que os órgãos de cúpula dos Tribunais brasileiros poderiam sustar a eficácia de decisões judiciais com base em critérios de conveniência e oportunidade, o que, para além de promover insegurança e estimular a arbitrariedade, desvirtuaria o próprio Estado Democrático de Direito.²⁷

Nesse sentido, pode-se argumentar que a lógica que subjaz ao instituto da suspensão de segurança é a de que se admite uma restrição à efetividade da decisão judicial individual para evitar lesão a direitos fundamentais da coletividade. Partindo-se dessa premissa, a análise do instituto é realmente interessante à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, já que guarda um inegável viés autoritário, mas o faz sob a justificativa da preservação de direitos também consagrados pela Constituição. Opera a suspensão, nessa conjuntura, quase que como um “freio” à efetividade da jurisdição. Todavia, qual é o limite para isso? Poderá a suspensão de segurança, por exemplo, implicar a completa inefetividade do provimento jurisdicional? Um caso concreto pode auxiliar na investigação da questão.

4. O CASO DO DIFAL E A VEDAÇÃO AO DEPÓSITO JUDICIAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A controvérsia jurídica envolvendo a exigência do DIFAL nas vendas interestaduais a não contribuintes dominou o cenário tributário no ano de 2022. No ano anterior, ao reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança do tributo na ausência de lei complementar e exclusivamente com base no Convênio ICMS nº 93/2015, do CONFAZ, o STF decidiu por modular os efeitos das decisões, de

²⁷ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 74/75.

modo a projetar sua eficácia apenas para o exercício de 2022, como forma de permitir que o Congresso Nacional editasse a necessária norma complementar.²⁸ Todavia, a Lei Complementar nº 190/2022, que veio a regular a matéria, foi sancionada pela Presidência da República apenas no dia 04/01/2022 e publicada no dia 05/01/2022. Nesse contexto, muitos contribuintes foram ao Judiciário questionar a validade da exigência – grande parte deles via mandado de segurança –, sustentando que a garantia constitucional da anterioridade impõe que esse tributo só poderia ser exigido a partir do exercício de 2023. Com isso, liminares começaram a ser concedidas em favor dos contribuintes, para suspender a exigibilidade desse crédito tributário, com base no art. 151, inciso IV, do CTN, e não tardou para que os Estados e o Distrito Federal formulassem pedidos de suspensão de segurança aos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça, fundamentalmente sob os argumentos de que haveria risco à ordem e à economia públicas. Das 27 Unidades da Federação, pelo menos 17 contam com medidas suspensivas concedidas em incidentes dessa natureza²⁹.

Para os propósitos deste estudo, chamou à atenção especificamente a decisão proferida pela 1ª Vice-Presidência³⁰ do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no âmbito do incidente de suspensão de segurança nº 5010518-52.2022.8.24.0000. No caso, o Estado catarinense pleiteou a medida para “suspender, até o trânsito em julgado na origem, os efeitos das decisões judiciais para que seja restaurada a exigibilidade do DIFAL”, bem como para “suspender, até o trânsito em julgado, as decisões autorizativas de depósitos judiciais relativos ao DIFAL, a fim de que os contribuintes mantenham o seu recolhimento diretamente aos cofres públicos”. Ambos os pedidos foram

28 ADI nº 5.469 e RE nº 1.287.019 (Tema nº 1.093), cuja tese de repercussão geral restou fixada nos seguintes termos: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

29 São elas: AL, AP, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MT, PA, PB, PE, RN, SC, SE, SP e TO.

30 O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina estabelece, no seu art. 269, que a concessão de suspensão de liminar, de segurança e de sentença será apreciada pela 1ª Vice-Presidência

deferidos pelo Desembargador 1^a Vice-Presidente, que entendeu configurado “risco de grave lesão à economia, a partir da potencial proliferação de demandas semelhantes” e determinou a suspensão da execução de decisões liminares, consignando que a medida suspensiva que se estava a deferir seria aplicável, inclusive, às situações “em que se concedeu medida liminar ou tutela provisória para suspender a exigibilidade do DIFAL mediante o depósito do montante integral do tributo”³¹. Esse comando judicial, contudo, levanta uma problemática interessante sob a perspectiva da potencial (in)efetividade da jurisdição.³²

É que o tributo em discussão, pela sua natureza, comporta a chamada transferência de encargo financeiro. Sendo assim, caso haja o recolhimento do imposto à Fazenda estadual³³, a sua restituição pelo contribuinte somente poderá ocorrer mediante prova de autorização

31 “Ressalte-se, por fim, que o presente efeito suspensivo é aplicável igualmente às situações em que se concedeu a medida liminar ou tutela provisória para suspender a exigibilidade do DIFAL mediante o depósito do montante integral do tributo, como verificado no Mandado de Segurança n. 5025449-88.2022.8.24.0023/SC”. SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (1^a Vice-Presidência). **Suspensão de liminar e de sentença n° 5010518-52.2022.8.24.0000**. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerido: Juízo da 3^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis. Florianópolis: 10 de março de 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321646936284466947263823679724&evento=321646936284466947263823703630&key=7c3ad17198973de4fa9010695744bf56cf5bf4029374785e7ed274d65bffdeb4&hash=ae9f9e9ef6cc2b-8daec5a9ce44cc62f0c. Acesso em: 23/07/2022). É importante referir que, no âmbito da ação mencionada na decisão (Mandado de Segurança n° 5025449-88.2022.8.24.0023/SC), o pedido formulado pela parte foi o de deferimento de liminar para “autorizar” a realização dos depósitos judiciais mensais dos valores relativos ao tributo controvertido, “nos termos do inciso II do art. 151 do CTN, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário”, ao passo que decisão foi no sentido de, exatamente, “autorizar” a realização dos depósitos”. O fato de ter havido um pedido de “concessão de liminar” quanto à realização dos depósitos poderia levar à conclusão de que a suspensão da exigibilidade estaria sendo concedida *pela* decisão judicial – isto é, como decorrência direta do exercício da jurisdição. Todavia, quer parecer que a menção ao art. 151, inciso II, do CTN, não permite essa interpretação, não se tratando de depósito como medida de contracautela. Fosse este o caso, e a garantia fosse uma condição para a concessão de liminar (nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09), a suspensão da exigibilidade decorreria do inciso IV do art. 151 do CTN (“concessão de medida liminar em mandado de segurança”), e não do inciso II. De todo modo, em ambas as hipóteses, a questão da potencial completa inefetividade da ação mandamental se coloca da mesma forma.

32 É necessário dizer que essa não é a única problemática advinda dessa decisão. Isso porque ela também parece partir de uma premissa equivocada, qual seja, a de que suspensão da exigibilidade do tributo em razão da realização do depósito integral seria uma decorrência da jurisdição e, portanto, passível de suspensão. No entanto, não o é. Como leciona Hugo de Brito Machado, o depósito judicial realizado nos termos do art. 151, inciso II, do CTN, não se confunde com a prestação de garantia para obtenção de liminar (contracautela). O depósito judicial, nos termos do referido dispositivo, é apenas um ato do interessado visando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cujo efeito é a suspensão da exigibilidade, o que “não decorre de qualquer provimento judicial, mas do próprio fato do depósito”. MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 224/225 e 230. Portanto, não há decisão judicial a ser suspensa, porque o efeito da suspensão da exigibilidade decorrente do depósito integral não emana do exercício da jurisdição, mas da própria lei.

33 Quando se fizer alusão às Fazendas estaduais, compreenda-se também a Fazenda do Distrito Federal.

pelo terceiro que suportou esse ônus, na forma do art. 166 do CTN. No entanto, como as operações sobre as quais incide o DIFAL questionado são destinadas exclusivamente a consumidores finais, e se está a tratar, em grande parte, de contribuintes vendedores que atuam no segmento de *e-commerce*, vislumbra-se um cenário no qual é praticamente impossível, sob a perspectiva prática, obter-se autorizações de todos os consumidores para se ressarcir dos valores do DIFAL pago ao Fisco Estadual.

Assim, o dilema no qual se encontram os contribuintes jurisdicionados diante desse contexto é o seguinte: (i) adimplir o DIFAL, tendo a certeza de que esses valores não poderão ser recuperados no caso de deslinde favorável da ação mandamental; ou (ii) deixar de recolher o DIFAL aos cofres públicos e efetuar o depósito judicial, mesmo sabendo que ele não suspenderá a exigibilidade crédito tributário, o que acarretará uma série de gravames ao desenvolvimento das suas regulares atividades³⁴. Perceba-se, nesse sentido, que se desenha uma verdadeira (in)efetividade da jurisdição, já que não haverá alternativa capaz de permitir que o jurisdicionado promova a discussão judicial sem perecimento de seu direito ou sem a ocorrência de grave prejuízo.

Com isso, retorna-se ao tema que permeia todo este texto: o cenário acima descrito está de acordo com uma concepção de jurisdição que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve estar comprometida com a concretização dos direitos fundamentais e, assim, com a efetividade? Quer parecer que a resposta, especificamente para a situação ora examinada, é negativa.

Se o processo há de ser “entendido como elemento indispensável para o exercício da liberdade ou a manutenção dos bens

³⁴ Inscrição de débitos em dívida ativa, possíveis execuções fiscais, impossibilidade de renovação de certidões de regularidade fiscal, potencial prejuízo a benefícios fiscais, medidas de cobrança como protestos e inscrição em órgãos de restrição ao crédito, dentre outros inúmeros embaraços gerados pela existência de débitos tributários com exigibilidade plena.

em sociedade”, como bem aponta Darci Ribeiro³⁵, não se afigura compatível com esse ideal a adoção de uma medida (suspensiva) que inviabilize qualquer resultado útil ao processo, ou que o faça apenas às custas de graves e talvez irreparáveis prejuízos para o jurisdicionado. Ainda que de um lado esteja o interesse público,³⁶ de outro, há o interesse do particular, que diz respeito aos seus direitos fundamentais à propriedade, à liberdade e de acesso à jurisdição de forma efetiva. Tais direitos, embora titularizados pelo particular (perspectiva subjetiva), também detêm um uma perspectiva pública (objetiva), na medida em que indisponíveis e que expressão da própria supremacia da Constituição.³⁷

Dessa forma, mesmo partindo-se da premissa de que o interesse público que motiva a suspensão de liminar seja genuíno e esteja devidamente caracterizado, uma jurisdição comprometida com o paradigma do Estado Democrático de Direito deve buscar solucionar o conflito sem incorrer em invasão no núcleo essencial de outros direitos fundamentais (proibição de excesso). No entanto, a medida suspensiva ora examinada, que obstou a realização de depósitos judiciais – ou, ao menos, os efeitos suspensivos da exigibilidade do tributo decorrentes desse depósito – incorre nessa invasão. Para além de impedir que decisões liminares e sentenças concedidas em sede de ações de mandado de segurança sejam executadas – o que, por si, já significa uma providência bastante extrema sob a ótica

35 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 79.

36 E nem se está a discutir propriamente se o interesse público que está concretamente embasando a suspensão de segurança acima referida se enquadraria como um interesse primário, isto é, como um autêntico interesse da coletividade

37 Como examina Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais revelam uma dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade”. Nesse sentido, a respeito da dimensão objetiva, prossegue o autor, na esteira de importante precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (caso *Lüth*), referindo que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 141-143.

dos direitos fundamentais, notadamente considerando-se que a ação mandamental tem como pressuposto a demonstração de violação a um direito líquido e certo ou do justo receio de que isso ocorra -, a Vice-Presidência do Tribunal catarinense, ao obstar que se garanta o tributo questionado mediante depósito em dinheiro como forma de suspender a sua exigibilidade, acabou por aniquilar qualquer perspectiva dos contribuintes de conduzirem a discussão judicial vislumbrando um resultado efetivo do processo em caso de sucesso. Como pontuado anteriormente, restou o jurisdicionado diante de uma encruzilhada, na qual, ou opta pelo recolhimento do tributo aos cofres públicos, sem perspectiva de recuperar o valor em caso de êxito na ação, ou arca com as (graves) consequências de não recolher o tributo diretamente ao Erário e de ficar com o débito tributário em aberto com sua exigibilidade plena. Ocorre que esse dilema representa, no limite, um esvaziamento do direito de acesso à jurisdição efetiva e, nesse sentido, apresenta-se em descompasso com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se procurou demonstrar neste breve estudo, a concepção de jurisdição, no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, não mais se identifica com uma função meramente procedimental e passiva, mas assume compromissos com a concretização dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, a ideia de efetividade ganha

³⁸ Essa constatação também traz a lume uma realidade já vislumbrada por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em seu "Teoria Geral do Processo", quando apontavam que concretização da efetividade do processo como meio de acesso à justiça não depende apenas das disposições normativas - que prevejam os instrumentos adequados a uma jurisdição efetiva -, mas também da postura mental dos operadores do sistema (juizes, advogados etc.). CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53. É dizer, não basta que o instrumento adequado esteja previsto no texto normativo (e, no caso em exame, o instrumento é o depósito judicial, perfeitamente regrado no CTN). Faz-se necessário também que a leitura desses mecanismos seja voltada à efetividade da jurisdição.

relevância, podendo-se afirmar existir, inclusive, um dever constitucional de promoção da efetividade do Direito pela função judicial.

O mandado de segurança, desde sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, sempre constituiu remédio processual fortemente marcado pela sua efetividade na proteção do direito invocado pelo particular. Na sua atual configuração, conforme disciplinado pela Lei nº 12.016/09, a ação segue essa tradição, buscando de forma célere e eficaz proteger o direito líquido e certo do jurisdicionado, repressiva ou preventivamente, em face de ato ilegal praticado ou a ser praticado pela autoridade pública.

Por outro lado, quase tão antiga quanto o mandado de segurança em nosso ordenamento, é a suspensão de segurança, instituto que remonta à Lei nº 191/36. Esse instrumento processual nasce com evidentes contornos de medida cautelar, posto que sua finalidade era a de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ao impetrado em um cenário normativo no qual o recurso cabível contra a decisão concessiva da segurança, por expressa previsão legal, não detinha efeito suspensivo. Todavia, o instituto se manteve ao longo dos anos, sendo reeditado por novas legislações. Mesmo no atual regramento processual, em que há instrumentos para a atribuição de efeito suspensivo no âmbito da própria ação mandamental, a suspensão de liminares e sentenças pela Presidência do Tribunal segue existindo, com previsão expressa no art. 15 da Lei nº 12.016/09.

Examinando esse incidente sob a perspectiva da efetividade da jurisdição, é interessante perceber como ele se posiciona, a um só tempo, enquanto medida que tem por fundamento preservar um interesse público genuíno relevante – ordem, saúde, segurança e economia públicas –, mas que, por outro lado, atua de modo a impedir que a concretização da proteção ao direito invocado pela parte

impetrante, operando, assim, quase que como um “freio” à efetividade da jurisdição. Uma questão que se coloca a partir desse panorama – dentre as tantas que envolvem esse instituto – é qual o limite para esse óbice à efetividade da ação mandamental. Isto é, pode a suspensão de segurança ser utilizada como instrumento para acarretar a *completa* inefetividade do provimento jurisdicional?

Para o exame dessa questão, apresentou-se recente exemplo de uma suspensão de segurança concedida pelo 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da controvérsia tributária envolvendo o DIFAL, em cuja decisão foi obstada, inclusive, a possibilidade de depósito judicial dos valores em discussão, sob o fundamento de risco à economia pública. Essa decisão, como visto, acarretou uma situação de possível inefetividade absoluta do processo, mesmo em caso de concessão da ordem.³⁹ Isso porque o tributo em discussão, pela sua natureza, comporta a chamada transferência do encargo financeiro, o que exige, para fins de restituição do montante recolhido ao Erário, a apresentação de autorização pelo terceiro que arcou com esse ônus, na forma do art. 166 do CTN. No entanto, como as operações sobre as quais incide o DIFAL questionado são destinadas exclusivamente a consumidores finais, e se está a tratar, em grande parte, de contribuintes vendedores que atuam no segmento de *e-commerce*, vislumbra-se um cenário no qual é praticamente impossível obter-se autorizações de todos os consumidores para se ressarcir dos valores do DIFAL pago ao Fisco Estadual.

Assim, restaram os jurisdicionados diante de duas escolhas: (i) ou recolhem o DIFAL aos cofres públicos, sabendo que não poderão recuperar esses valores em caso de êxito na ação; (ii) ou arcam com as graves consequências de não recolher o tributo diretamente ao Erário

³⁹ Para além de ter incorrido em uma impropriedade, ao pretender suspender um efeito que não decorre da jurisdição, mas da lei, já que o depósito judicial do valor do tributo implica, *ex lege*, a suspensão da exigibilidade, na forma do art. 151, inciso II, do CTN, não decorrendo de decisão judicial, mas do próprio fato do depósito. A propósito, *vide* nota de rodapé nº 32, acima.

e de ficarem com os débitos tributários em aberto com sua exigibilidade plena. Esse dilema, no entanto, não se mostra compatível com um ideal de jurisdição comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e com a efetividade do processo.

Ao obstar que se garanta o tributo controvertido mediante depósito em dinheiro, acabou o Tribunal de Santa Catarina por aniquilar qualquer perspectiva dos contribuintes de conduzirem a discussão judicial vislumbrando um resultado efetivo do processo em caso de sucesso. E esse esvaziamento do direito acesso à jurisdição efetiva não se mostra adequado com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim e BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Guiseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. **ANIMA: Revista Eletrôni-**

ca do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba, Ano IV, nº 12, jul./dez. 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 1: teoria geral do processo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: JMB, 1997.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (1ª Vice-Presidência). **Suspensão de liminar e de sentença nº 5010518-52.2022.8.24.0000**. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerido: Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis. Florianópolis: 10 de março de 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321646936284466947263823679724&evento=321646936284466947263823703630&key=7c3ad17198973de4fa9010695744bf56cf5b-f4029374785e7ed274d65bffdeb4&hash=ae9f9e9e6cc2b8daec5a9ce44c-c62f0c. Acesso em: 23/07/2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Babtista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CAPÍTULO 17

O LIMITE TERRITORIAL DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO TEMA 1075 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Maria Laura Maciel Fernandez¹

¹ Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX/CAPES). Pós-graduanda em Advocacia Cível pela FMP. Graduada em Direito pela UFPEL. E-mail: maria-laura-95@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, com o aumento da complexidade das relações humanas, as regras de composição dos litígios individuais passaram a não ser mais suficientes para conter litígios em massa que ingressavam no Poder Judiciário. Neste sentido, nasceu a necessidade de criação de um macrossistema que protegesse os direitos metaindividuais, em especial, no que tange aos direitos do consumidor, meio ambiente, crianças e adolescentes, idosos e patrimônio público.

Dessa necessidade, foi editada a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347, de 1985), que regula o procedimento coletivo, com o fim de dar tratamento célere e adequado para as lides envolvendo direitos transindividuais. Entretanto, o artigo 16 da referida lei, com modificação trazida após a Lei nº. 9.494, de 1997, prevê um limitador territorial, restringindo os efeitos da sentença civil aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), com o julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.937/SP, pôs fim a uma discussão que perdurava desde a mencionada alteração: a (in)constitucionalidade do dispositivo mencionado que tinha a intenção declarada de restringir a eficácia de sentenças proferidas em ações civis públicas. Portanto, tendo em vista a discussão na doutrina acerca do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e o recente julgamento do STF, o presente artigo tem como objetivo analisar o Tema 1075, uma vez que o Poder Judiciário foi o poder “escolhido” para pôr fim a uma dúvida que pairava por anos nos corredores da justiça.

Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, como forma de, partindo de análises gerais acerca da configuração da ação civil pública, foi analisada a (in)constitucionalidade da limitação territorial da eficácia da sentença. Ademais, foi utilizado

como procedimento a pesquisa bibliográfica, com o estudo de artigos e publicações científicas sobre o tema. Após, foi utilizado o estudo de um caso dedutivo, uma vez que após a revisão bibliográfica pronta, procedeu-se à aplicação de todas essas informações na análise do caso concreto, ocorrido no Tema 1075.

O artigo se estrutura em três capítulos. No primeiro capítulo, busca-se contextualizar a ação civil pública, demonstrando suas características e seus elementos centrais. Após, passa-se a analisar os aspectos da coisa julgada em sede de ação civil pública e as suas controvérsias nos tribunais superiores, uma vez que o Poder Judiciário foi chamado diversas vezes para resolver esse imbróglio do artigo 16 da mencionada lei. Por fim, pretende-se analisar o Tema 1075, uma vez que este pôs fim à dúvida acerca da (in)constitucionalidade da limitação da eficácia das sentenças proferidas em sede de ação civil pública à competência territorial do órgão que a proferir.

2. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEUS ELEMENTOS CENTRAIS

A ação civil pública está consagrada no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos¹.

Além do mencionado anteriormente, no dispositivo constitucional, a ação civil pública também segue o disposto na Lei nº. 7.347, de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

providências. Ademais, também se encontra no disposto na Lei n.º. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), na Lei n.º. 8.437, de 1992, na Lei n.º. 8.884, de 1994, na Lei n.º. 11.448, de 2007, na Lei n.º. 12.529, de 2011, na Lei n.º. 12.966, de 2014 e na Lei n.º. 13.004, de 2014².

Conceitualmente, pode-se definir a ação civil pública como a ação constitucional adequada para a instauração de processo civil destinado à obtenção de tutela jurisdicional em defesa do patrimônio público, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, do meio ambiente, da ordem econômica, dos consumidores, da ordem urbanística, do patrimônio social, da honra e da dignidade humana de grupos raciais, étnicos ou religiosos, e de qualquer outro direito difuso ou coletivo, mediante o acionamento por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública, da União, de Estado-membro, do Distrito Federal, de Município, de autarquia, de fundação pública, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de associação civil regularmente constituída há pelo menos um ano e com finalidade institucional de proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, nos termos do artigo 5º, inciso V, alínea “b”, da Lei n.º. 7.347, de 1985³.

Ademais, Costa⁴, conceitua a ação civil pública como:

[...] o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua

2 SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2017.

3 BRASIL. **Lei n.º. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

4 COSTA, Kalleo Castilho. Ação Popular e Ação Civil Pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, 2011.

conduta irregular. Podendo ser definida, também, como sendo o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, interesses difusos da sociedade⁵.

Enquanto o processo civil tradicional tem como objetivo os conflitos individuais, por sua vez, o processo coletivo tem como objetivo a composição de conflitos de grupos, classes ou categorias de lesados.

Assim, por exemplo, se Caio invade o imóvel de Tício, o processo civil nos dá remédios possessórios e dominiais para a defesa de Tício. Mas, se uma fábrica coloca no mercado milhares de produtos em série com o mesmo defeito, seria inviável exigir de milhares, ou até milhões de lesados, que buscassem a defesa de seus interesses por meio do processo individual, dadas as notórias desvantagens deste último. Resultado: uma grande parte dos lesados abandona a defesa individual do direito, e os poucos que se aventurarem aos custos e às delongas das ações individuais, receberão decisões contraditórias, ainda que estejam na mesma situação de fato e de direito. Tudo isso só aumenta o descrédito da Justiça⁶.

Logo, justamente, para assegurar o efetivo acesso à Justiça por parte de todo o grupo de lesados (consumidores do mesmo produto, moradores de uma região poluída, etc.), é que foi necessário instituir um processo coletivo, que fosse apto para enfrentar as peculiaridades que distinguem a defesa coletiva da defesa individual. Por conseguinte, enquanto no processo individual, como regra, têm-se conflitos entre pessoas determinadas, no processo coletivo os conflitos podem envolver grupos inteiros situados em posições antagônicas⁷. Ademais, outra característica do processo coletivo é que, diversamente do processo individual, em que cada lesado age em nome próprio na

5 COSTA, Kalleo Castilho. Ação Popular e Ação Civil Pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, 2011. p. 2.

6 MÁZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. *Revista Jurídica*, n. 337, p. 9-20, 2016. p. 10.

7 ARAÚJO, Rodrigo Rodrigues de. *Ação civil pública*. Orientador: Nilton Bussi. 2004. 55 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

defesa do seu interesse próprio, no processo coletivo, os legitimados ativos estão autorizados por lei a agir não em nome próprio, mas na defesa de interesse de todo o grupo lesado, conforme o preceituado no artigo 5º, da Lei nº. 7.347, de 1985⁸ e no artigo 82, da Lei nº. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)⁹.

Mais, no processo individual, a coisa julgada material tornará imutável o *decisum* apenas entre as partes, sendo que no processo coletivo, em algumas hipóteses, a coisa julgada se tornará imutável para além das partes formais do processo, ou seja, a chamada coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme artigo 16 da Lei nº. 7.347, de 1985 e artigo 103, da Lei nº. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Ademais, no processo individual, o produto da indenização ficará com o vencedor da ação, enquanto que no processo coletivo, o produto da indenização, quando divisível, será repartido entre os lesados individuais, ou, em caso contrário, irá para um fundo fluído, a ser usado de forma indivisível, em proveito de todo o grupo lesado, nos termos do artigo 13 da Lei nº. 7.347, de 1985 e artigos 97 a 100 da Lei nº. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)¹⁰.

Os direitos humanos positivados são divididos em três dimensões. Os direitos de terceira dimensão dispõem sobre a posição do homem na sociedade, vinculado ao princípio da fraternidade, como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, direito à autodeterminação dos povos, direito à paz, tratando-se essencialmente de direitos metaindividuais, em que o homem não é visto de forma individual, mas em sua coletividade. Desta forma, o reconhecimento constitucional dos direitos metaindividuais, em especial, após a Cons-

8 BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

9 BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. *Revista Jurídica*, n. 337, p. 9-20, 2016.

tituição Federal de 1988, também trouxe a preocupação na criação de mecanismos processuais específicos para a proteção daqueles, como foi o caso da Ação Civil Pública¹¹.

Tradicionalmente, os interesses coletivos em sentido amplo (interesses transindividuais, ou seja, de grupo, classe ou categoria de pessoas), são divididos em (I) difusos, (II) coletivos em sentido estrito e (III) individuais homogêneos, cujas distinções são de fundamental importância. Segundo Fux & Santos¹², os interesses difusos são aqueles que possuem indeterminação de titulares e indivisibilidade de objeto. Em outros termos, não é possível definir exatamente a quem pertencem e em que medida, mas evidentemente se pode indicar que são da coletividade. Como exemplo, dá-se o caso do meio ambiente e de alguns aspectos da relação consumerista, como a nocividade de produtos disponibilizados ao mercado.

No caso dos danos ambientais, apesar de não haver dúvida de que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não é possível declinar a exata medida do direito de cada pessoa quando determinado poluidor causa dano ambiental. Nesse caso, não seria possível fornecer soluções diferentes à coletividade atingida: ou bem se tutela o direito, ou não¹³.

Já, os interesses coletivos em sentido estrito podem ser definidos como os direitos transindividuais titularizados por um grupo predeterminado, sobretudo em razão de uma relação base pré-existente. Como exemplo, pode-se mencionar o caso do direito tributário, em que além de a relação jurídica base ser pré-existente (relação tributária), a coletividade também é individualizada (con-

11 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal - Tema 1075, de repercussão geral. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

12 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021.

13 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021. p. 936.

tribuintes). Assim, o interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão do vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem, no entanto, situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva¹⁴.

Por fim, Fux & Santos¹⁵ preceituam que os interesses individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma origem comum, ou seja, apesar de pertencerem a pessoas, decorre todos de um mesmo fato ou de um somatório de fatos, e, com isso, podem ser tratados conjuntamente. Por conseguinte, em algumas circunstâncias, o tratamento unitário terá limitações, de forma que a liquidação da extensão do dano sofrido terá de ser feita individualmente, levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso.

Os requisitos para configuração de direito individual homogêneo são a origem e a homogeneidade. Quanto ao primeiro, pode-se exemplificar com a situação em que um mesmo evento causa danos individuais a uma pluralidade de pessoas, como ocorreria em dano ambiental que afete comunidade de pescadores que depende da vida marinha do local acometido. Já a homogeneidade pode ser maior ou menor, a depender da situação, e, em algumas hipóteses, é possível que se tenha de aferir a prevalência do direito coletivo sobre o individual¹⁶.

Neste sentido, devido às características dos direitos metaindividuais, marcados especialmente pela abrangência massificada de beneficiários, surgiu a necessidade de institutos processuais específicos para a tutela dos conflitos coletivos, em especial, visando uma solução isonômica da lide entre os diversos envolvidos, além de visar

14 ARAÚJO, Rodrigo Rodrigues de. **Ação civil pública**. Orientador: Nilton Bussi. 2004. 55 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

15 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021.

16 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021. p. 937.

a eficiência do Poder Judiciário, evitando que milhares de conflitos abarrotassem as cortes¹⁷.

Assim, diante das características mencionadas anteriormente dos direitos de terceira dimensão, marcados essencialmente por sua coletividade, houve a criação de regramento processual específico, sendo um dos efeitos mais relevantes deste instrumento o efeito da coisa julgada na solução de conflitos metaindividuais. Desta maneira, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº. 7.347, de 1985, determinava que a sentença civil faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova¹⁸.

Entretanto, após a Lei nº. 9.494, de 1997, o mencionado artigo 16 passou a contar com uma limitação territorial, sendo que tal alteração foi classificada por parte da comunidade jurídica como um retrocesso na proteção dos direitos metaindividuais, trazendo diversas discussões para o Poder Judiciário, alcançando os Tribunais Superiores¹⁹.

3. EFEITOS DA COISA JULGADA NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A SUA CONTROVÉRSIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Medida Provisória 1.570-5, de 1997, trouxe a alteração do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 1985, passando a prever limitação

17 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

18 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

19 BRASIL. Lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

territorial da coisa julgada proveniente de ação civil pública. Tal norma foi, então, convertida, pelo Congresso Nacional na Lei n.º 9.494, de 1997, de forma que a limitação foi definitivamente incorporada ao Ordenamento Nacional:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei n.º 9.494, de 10.9.1997)²⁰.

Antes da alteração, em sua redação original, o artigo indicava que a sentença em ação civil pública tinha efeito *erga omnes*, abrangendo todos os beneficiários que se encontrassem na mesma situação fática, sem qualquer limitação territorial. Nesse sentido, desde a modificação trazida em 1997, o artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública passou por diversos questionamentos jurisprudenciais, sendo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou, por mais de uma década, a legalidade da restrição. Mas, em 2011, alterou radicalmente o entendimento até então adotado para afastar a limitação territorial dos efeitos da sentença em casos que versassem sobre qualquer espécie de interesse, pois afirmou que a natureza do dano é que deveria ditar o alcance subjetivo da decisão²¹.

Entretanto, durante um tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) oscilou sobre a validade do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, bem como seu âmbito de aplicação, uma vez que tempos depois da decisão de 2011, reiterou seu entendimento de que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública não poderia ser aplicado quando tutelados direitos difusos e coletivos em sentido

20 BRASIL. **Medida Provisória n.º 1.570-5, de 21 de agosto de 1997**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1570-5.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

21 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

estrito. Entretanto, delimitou a aplicação do dispositivo nas ações civis públicas que envolvessem direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os diversos titulares dos direitos autônomos, embora heterogêneos, por meio do julgamento do Recurso Especial 1.114.035/PR. Ou seja, a solução oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) vinha sendo no sentido de afastar a aplicação do artigo 16 quando diante de direitos coletivos ou difusos, mas aplica-lo quando a tutela envolvesse direito individual homogêneo, que comportaria decisões eventualmente distintas²².

Porém, em 2016, o resultado do Recurso Especial 1.243.887/PR foi expressamente referendado nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.134.957/SP, oportunidade em que foi superado de vez qualquer limitação territorial das decisões decorrentes de ações civis públicas. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a ter posicionamento uniforme no sentido da impossibilidade de limitação territorial da eficácia da sentença proferida em ação civil pública, independentemente da espécie de direito tutelado, seja difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo²³.

Já, no Supremo Tribunal Federal, a primeira discussão sobre o tema foi abordada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 1.576, em que ficou decidido que a limitação territorial deveria prestigiar a vontade do legislador, não se vislumbrando prejuízo na então nova redação do artigo 16 para a defesa de direitos transindividuais. Ademais, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordina-

22 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021.

23 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021.

rio 612.043/PR, o Ministro Marco Aurélio concedeu eficácia limitada aos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas de rito ordinário, nas quais o polo ativo atua mediante representação processual, os efeitos da coisa julgada têm limitação territorial²⁴.

Entretanto, com a limitação imposta pelo artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, houve um espaço aberto para insegurança jurídica, uma vez que sob o prisma processual inexistente limite territorial para coisa julgada no espaço físico de um país. Assim, naturalmente, sendo proferida decisão por juiz brasileiro, ela valerá em todo o território nacional, e será protegida pela autoridade da coisa julgada quando cumpridos seus requisitos, situação em que todos os integrantes do grupo atingido serão beneficiados. Um exemplo dessa situação, como bem explica Didier Jr & Zaneti Jr.²⁵, é de que

[...] não é compatível com a sistemática da coisa julgada que, sendo proferida sentença coletiva que proíba que pessoas fumem em aeronaves, tal comando apenas seja válido no Estado do Rio Grande do Sul. Caso mantida a teratologia do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, chegar-se-ia ao absurdo de defender que a companhia, ingressando no espaço aéreo de outro Estado da Federal (como Santa Catarina), poderia permitir o consumo de produtos derivados do tabaco.

Por isso, diante da necessidade de julgamento sobre a constitucionalidade do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.101.937/SP (Tema 1075), em que o Supremo Tribunal Federal deu fim à controvérsia envolvendo o assunto. Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário foi instado a se manifestar sobre a opção do legislador de limitar os efeitos da coisa julgada em sede de ação civil pública. Dito movimento, entre instituições, hoje, possui grande repercussão, uma vez que uma

24 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

25 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 448.

parcela da doutrina defende que o Poder responsável por tal decisão seria o Legislativo, representante do povo e que o Judiciário não seria legítimo para tanto, por não ter a legitimidade dos votos. Entretanto, o Poder Judiciário, como bem preleciona Ribeiro²⁶, ante a falência institucional dos poderes Legislativo e Executivo, com seus decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exarcebado do uso de Medidas Provisórias, acaba por ser o ator predominante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, uma vez que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário, pois

[...] o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Essa abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais²⁷.

Assim, segundo Ribeiro²⁸, o Judiciário está em franca vantagem para realizar as promessas da modernidade. O autor preleciona que a legitimação do mesmo se dá, não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação, os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo como garantia constitucional do Estado

26 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

27 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 103.

28 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Democrático de Direito, que o direito é realmente criado, e não a lei. Ademais, o Judiciário possui alto grau de credibilidade social quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.

4. LIMITE TERRITORIAL DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O TEMA 1075 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coube, então, ao Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, ao Poder Judiciário, colocar fim à controvérsia sobre a redação do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.937/SP, reconhecido como Repercussão Geral (Tema 1075)²⁹. O relator foi o Ministro Alexandre de Moraes, que cunhou a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS. [...]. 4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional. [...]. (RE 1101937, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)³⁰

O recurso extraordinário teve origem em ação coletiva proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) contra diversas entidades bancárias, buscando a revisão de contratos

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

de financiamento habitacional celebrados por seus associados. O juízo de primeiro grau (Justiça Federal de São Paulo) determinou liminarmente a suspensão da eficácia das cláusulas contratuais que autorizavam as instituições financeiras a promover a execução extrajudicial das garantias hipotecárias dos contratos³¹.

O Tribunal Regional Federal da 3^o Região (TRF-3) acolheu recurso das instituições financeiras para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao caso e revogou a liminar do juízo de primeiro grau. Após, afastou a aplicabilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que, como mencionado anteriormente, dispõe que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* (contra todos) nos limites da competência territorial do órgão julgador. Entretanto, para o TRF-3, o direito reconhecido na causa não poderia ficar restrito ao âmbito regional, em razão da amplitude dos interesses e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão nesse ponto, por entender indevido limitar a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante³².

Em seguida, os bancos apresentaram recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal buscando reverter o entendimento alegando que, ao afastar a incidência da norma, o Superior Tribunal de Justiça violava a cláusula de reserva de plenário, ao não observar o rito previsto para a declaração incidental de inconstitucionalidade, que exige seu julgamento pelo órgão especial. Assim, ao verificar a relevância do tema e se posicionar pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 1075), o ministro Alexandre de Moraes afirmou que cabia ao Supremo definir se o dispositivo era harmônico com a Constituição Federal de 1988. Após o reconhecimento da repercussão o ministro determinou a suspensão nacional de todos os processos

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

em andamento em que a matéria era discutida, nos termos do artigo 1.035, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. Na época, a decisão do recurso serviu de parâmetro para a resolução de 2.669 ações com discussão semelhante que tramitavam em outras instâncias³³.

O relator do recurso, ministro Alexandre de Moraes, destacou que, para tornar eficaz a proteção dos interesses difusos e coletivos, os efeitos da ação civil pública devem abranger todos os seus beneficiários. Explicou que limitá-los aos residentes no território julgador terá como consequência o ajuizamento de diversas ações no território nacional com o mesmo pedido, levando à indesejável ocorrência da demora e de julgamentos contraditórios. Além disso, observa que a norma diminui a segurança jurídica, pois as pessoas mais vulneráveis atingidas pelo dano ou com menos acesso à Justiça terão mais dificuldades para obtenção de direitos. Segundo ele, a limitação territorial dos efeitos da sentença em ação civil pública fere a essência da proteção coletiva e contraria os princípios constitucionais da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional³⁴.

O relator, ainda, apontou que a limitação dos efeitos resulta no fracionamento da defesa dos direitos por células territoriais, modelo que parece ignorar o longo processo de amadurecimento político da proteção dos direitos coletivos, iniciado com a Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717, de 1965), que já reconhecia a inexistência de limites territoriais em ações coletivas. Já, em relação ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 1990), um dos pilares da proteção coletiva instituídos a partir da Constituição Federal de 1988, ressaltou, o ministro, que o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer limitação territorial ao alcance das sentenças, destacando, ainda, na homologação de acordos sobre perdas com planos econômicos, que resolveu milhares

33 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

34 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

de ações que tramitavam por anos, ficou assentado que as cláusulas que fazem referência à base territorial devem ser interpretadas favoravelmente aos poupadores, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, em detrimento da lei da ação civil pública³⁵.

Mais, em seu voto, o relator, ministro Alexandre de Moraes, apontou que o dispositivo veio na contramão do avanço institucional de proteção aos direitos coletivos, destacando que, justamente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) reforçou a ideia de que, na proteção dos direitos coletivos, a coisa julgada é para todos (*erga omnes*) ou *ultrapartes*, o que significa dizer que os efeitos subjetivos da sentença devem abranger todos os potenciais beneficiários da decisão judicial, não tendo qualquer menção na norma à limitação territorial. Assim, ao limitar os efeitos da sentença aos beneficiados residentes no território da competência do julgador, o artigo obriga o ajuizamento de diversas ações, com o mesmo pedido e causa de pedir, em diferentes comarcas ou regiões, possibilitando a ocorrência de julgamentos contraditórios³⁶.

Por fim, finaliza o relator, reforçando que a finalidade do dispositivo, apesar de se referir à coisa julgada, foi restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência. Na sua avaliação, além de enfraquecer a efetividade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica, essa hipótese permite que sujeitos vulneráveis, que foram afetados pelo dano, mas que residem em local diferente daquele da propositura da demanda, não sejam protegidos³⁷.

Portanto, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da

35 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347, de 1985). A decisão se deu em sessão virtual finalizada no dia 7 de abril de 2021, uma vez que o ministro Alexandre de Moraes proferiu voto pelo provimento do recurso na sessão do Plenário realizada em 4 de março de 2021 e, na ocasião, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos. Seguiram integralmente o relator os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Nunes Marques, Luiz Fux (presidente) e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Já, o ministro Edson Fachin, seguiu o relator com ressalvas, ficando vencido o ministro Marco Aurélio. Não participaram do julgamento o ministro Dias Toffoli, por estar impedido, e Luís Roberto Barroso, que afirmou suspeição³⁸.

Filho & Martins³⁹, inclusive, ressaltam que a alteração no dispositivo em questão acendeu diversos debates sobre a constitucionalidade do mesmo. Asseveram que a justificativa do legislador foi resolver uma conhecida deficiência do processo de ação civil pública que deu ensejo a inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se investissem de uma pretensa jurisdição nacional, com a persistência de algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças dos juízes de primeiro grau.

Neste sentido, para os defensores da redação atual do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, a limitação territorial dada aos efeitos das decisões proferidas em ação civil pública passava por uma contenção do ativismo judicial. Na visão daqueles, este tipo de ação é, por vezes, usado de forma inapropriada, visando a imposição, por juízes de primeiro grau, de questões de cunho ideológico. Ademais, os defensores da constitucionalidade da novel redação do mencionado artigo 16 alertavam sobre o possível retorno do chamado *forum shopping*, em que a parte autora distribui uma determinada ação, dentre os Juízos competentes, naquele que lhe seja mais

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

39 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal - Tema 1075, de repercussão geral. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

favorável, em desprestígio do juiz natural⁴⁰.

Porém, outra parte da doutrina, em sentido oposto, defendeu que a limitação territorial incluída era um retrocesso na proteção dos direitos transindividuais, pois contrariava toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los ou pulverizá-los, uma vez que a alteração implicaria na multiplicação de processos, justamente quando o Poder Judiciário busca uma saída para resolução de conflitos de forma mais eficiente possível, comprometendo o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Felizmente, o saldo do julgado é positivo para uma aplicação cada vez mais propositada dos instrumentos processuais de garantias transindividuais. Com essa tese, após anos de reclamos da comunidade jurídica, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que valoriza a Carta Magna e protege a tutela coletiva no Brasil, mantendo o protagonismo do país em tal matéria⁴¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou a partir da análise de um caso concreto, mostrar a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto a (in)constitucionalidade da limitação territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública. Desta forma, após o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.101.937/SP, com repercussão geral reconhecida (Tema 1075), o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347, de 1985).

No julgamento, foi ressaltado pela maioria dos ministros que a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada em ação civil

40 FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 9, p. 1035-1049, 2021. p. 1042.

41 FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/SP. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021. p. 950.

pública seria inconstitucional, uma vez que atentaria aos princípios da isonomia e segurança jurídica, trazendo a possibilidade de diversos julgamentos sobre uma mesma matéria. Ademais, não se coadunaria com os princípios da eficiência e acesso à justiça, por pulverizar a decisão de uma questão que trata de direitos indivisíveis, como são os direitos transindividuais, em diversas ações, conforme a competência territorial, trazendo prejuízo para a resolução da lide e para a própria administração da Justiça.

Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal acaba com uma discussão de anos acerca da (in)constitucionalidade do limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública, merecendo elogios, uma vez que o Poder Judiciário deve continuar a ser protagonista na proteção da tutela coletiva, protegendo seus instrumentos e efetivamente garantindo o acesso à justiça, confirmando que este poder possui tão ou mais legitimidade quanto os outros para a tomada de decisões como esta.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo Rodrigues de. **Ação civil pública**. Orientador: Nilton Bussi. 2004. 55 f. TCC (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília,

DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº. 1.570-5, de 21 de agosto de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1570-5.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

COSTA, Kalleo Castilho. Ação Popular e Ação Civil Pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FILHO, Augusto Martinez Perez; MARTINS, Juliana Bruschi. Breves reflexões sobre o limite territorial da coisa julgada em sede de ação civil pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal – Tema 1075, de repercussão geral. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 9, p. 1035-1049, 2021.

FUX, Rodrigo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Limite territorial e coisa julgada na ação civil pública: comentários ao artigo 16 da lei 7.347/1985 à luz do julgamento do recurso extraordinário 1.101.937/

SP. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 930-957, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. **Revista Jurídica**, n. 337, p. 9-20, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 1.101.937** RG-Mérito, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ata de julgamento publicada em 14/4/2021.

CAPÍTULO 18

A JURISDIÇÃO NA GRÉCIA DO PERÍODO CLÁSSICO E NO DIREITO ROMANO: APORTES HISTÓRICOS PARA OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS

Tarciano José Faleiro de Lima¹

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos. Pós-graduado em Direito Público e Gestão Pública pela Faculdade Damásio. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Auditor-Fiscal da Receita Municipal de Porto Alegre. Autor e professor. *E-mail*: tarciano.delima@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Os meios (ou métodos) adequados (ou alternativos) de resolução de conflitos não são novidade em nosso País. Encontram-se discussões bastante estruturadas há pelo menos duas décadas. Nesse ínterim, ideias, conceitos e técnicas avolumaram-se e espalharam-se entre os juristas de forma a promover a confiança e a segurança na aplicação de meios autocompositivos e na formação de um novo conceito de jurisdição, não necessariamente provida judicialmente. Surgiu também a necessidade de meios mais céleres para a solução dos litígios, o que acelerou a passagem do papel para a prática de meios que visem um acordo, não conduzidos pelo Estado, mas por este validados. A junção destes dois fatores, a consciência da necessidade de uma justiça participativa e a morosidade da justiça estatal, propiciaram o surgimento de legislações configurativas do acordo, de forma que o Direito atenda também os cidadãos que desejem fazer justiça de forma colaborativa e pacífica, dizendo o Direito enquanto verdadeira e legítima origem do poder e da decisão.

Quanto à morosidade do Poder Judiciário no cumprimento da sua função estatal de prestação de serviço jurisdicional, vislumbram-se, nos últimos tempos, números e prazos incompatíveis com a Constituição de 1988, como no descumprimento do Princípio da razoável duração do processo, insculpido no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna. Segundo o Conselho Nacional de Justiça¹, durante o ano de 2020, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 25,8 milhões de processos e foram baixados 27,9 milhões. Significa que o chamado Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre os processos baixados e os que ingressaram, no ano de 2020 foi de 108,2%. Bravo! No entanto, o Poder Judiciário ainda contava com um estoque

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. p. 50, 103, 169 e 202.

de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020 (52,3% na fase de execução). Nas varas estaduais os processos de conhecimento têm média de tramitação de 3 anos e 4 meses do início até a baixa e os processos de execução chegam a 7 anos e 2 meses. Nas varas federais os processos de execução tramitam, até a baixa, por 8 anos e 11 meses. E isso só no 1º grau de jurisdição. Tem-se, na prática, uma irrazoável duração do processo. Esperar mais de 10 anos para ter seu direito reconhecido não pode ser tomado como algo aceitável. E sobre o custo do acesso à justiça estatal? A sociedade arca com pesados impostos que custeiam toda essa máquina – o Poder Judiciário custou mais de 100 bilhões de reais somente no ano de 2020 – e quando se precisa de seus serviços ainda há que se pagar as famigeradas custas, que somadas aos honorários advocatícios, transformaram o efetivo acesso à justiça em privilégio de poucos.

Algo precisa mudar, e talvez passe pela formação de uma nova ideia de jurisdição, com suporte aos meios adequados de resolução de conflitos atualmente em discussão e já em operação, com foco nos meios autocompositivos da mediação e da conciliação. Para isto, este trabalho, através da pesquisa bibliográfica, assume a complexa tarefa de apresentar uma primeira abordagem acerca da jurisdição ampla, que inclui a autotutela, não como justiça com as próprias mãos, mas como justiça com o próprio cérebro. O texto aborda a prestação jurisdicional ao longo do tempo, limitando o estudo aos períodos da Grécia Clássica e do antigo Direito Romano. Assim, espera-se alcançar um melhor entendimento do fenômeno dos meios adequados de resolução de conflitos hoje apresentados, perante a nova perspectiva do acordo, a partir de aportes históricos cuidadosamente recortados de períodos de intensa participação popular na vida pública e nas decisões sociais.

2. A JURISDIÇÃO NA GRÉCIA CLÁSSICA

A vida pública, a política e a justiça eram ideias muito presentes na vida e no imaginário dos habitantes da Grécia do período clássico, do que ascendeu o fenômeno da democracia, ressaltando-se a necessidade de um estudo inicial acerca do uso vocabular dos termos à época. Isso porque não há como entender a democracia e outros termos gregos sob os sentidos normalmente utilizados contemporaneamente. Há inúmeras dificuldades nessa missão, não só semânticas, mas relativas à tradução do idioma.

Anteriormente ao século VI a.C. pouco se pode falar em termos de jurisdição, consistindo-se, em muito, na direta aplicação de ordens a partir de conjuntos de regras familiares. Assim, cada família ou clã aplicava suas próprias regras e sanções pelo cometimento de crimes e mesmo no trato com estrangeiros, em procedimentos pautados pela oralidade. Com a substituição da monarquia pela aristocracia ao final da civilização micênica, abriu-se espaço para outras ideias de forma de governo, como a democracia, que se notabilizaria mais tarde, no chamado período clássico. No período anterior ao clássico, denominado arcaico, deu-se um forte desenvolvimento da economia, com a transformação dos genos em grandes unidades políticas: as cidades-estado ou pólis. Fala-se que chegaram a existir mais de cem cidades-estado na Grécia. Nesse contexto, torna-se inviável obter um formato jurisdicional que contemple toda a civilização grega da época. Apesar de apresentarem características comuns, cada pólis tinha suas próprias leis e aplicações. Assim, a experiência com maior número de fontes vem de Atenas, motivo pelo qual este estudo tomá-la-á como parâmetro jurisdicional do período grego clássico. Outra dificuldade para os estudos contemporâneos acerca da jurisdição (e da justiça) na

Grécia clássica é a ausência de uma sistematização das normas, como ocorreu no Direito Romano.

Uma primeira distinção para o período é que o Direito como hoje se conhece tem pouca relação com as ideias da época. Dessarte, não cabe interpretar os vocábulos traduzidos de textos no idioma grego de 2.500 anos com o significado utilizado no Direito e na jurisdição atuais; é, de outra forma, mais apropriado extrair a ideia visada pelos autores. Nas obras dos grandes filósofos gregos, como Platão e Aristóteles, a justiça e a injustiça eram temas frequentes, de forma que as grandes discussões da aplicação das normas apresentavam a busca de um equilíbrio entre as leis escritas e as leis da natureza, um equilíbrio entre a norma e o justo, o que incluía um procedimento justo, equânime.

A criação de instituições constitucionais, como o Conselho e a Assembleia, possibilitou o início da produção de leis escritas, cujas discussões – em maior parte filosóficas – deixaram um indescritível legado para a humanidade. O Conselho tinha o poder de emitir uma espécie de parecer preventivo sobre as decisões da Assembleia, tanto em matéria legislativa quanto judiciária. A Assembleia, por sua vez, detinha a competência para a produção das normas escritas, inclusive sobre política externa, e para o controle sobre a administração e sobre os atos dos magistrados. Estes eram escolhidos dentre os cidadãos atenienses sabidamente obedientes às leis, destacando-se dentre os termos de seu juramento as obrigações de votar de acordo com a leis e os decretos do povo ateniense, de votar sobre as matérias pertinentes ao caso, de ouvir igualmente acusador e defensor e de julgar de acordo com a opinião mais justa², princípios processuais até hoje vigentes.

2 BORGES, Guilherme Roman. **O direito constitutivo**: um resgate greco-clássico do *Nóμιμον ἔθoρ* como *Εὐθαξία Νόμιμη* e *Δικαζήτικὴ Ἀζκηζή*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 127.

Observa-se do juramento do magistrado, além da clara limitação de sua atuação, uma preocupação com o equilíbrio da relação processual. Já o julgamento de acordo com a opinião mais justa, apesar de suscitar divergências, parece indicar uma primitiva ideia de hermenêutica jurídica, especialmente quando o caso concreto encontrava lacunas legais ou conflitos entre a lei e o justo. Interessa, em particular, o fato de há 2.500 anos já existir a ideia de arbitragem e conciliação³:

[...] havia ainda, entre os gregos, a possibilidade de se levar a questão, antes ou durante o processo, para um *δηηέηη* (árbitro) e não diretamente ao juiz. Este, que poderia ser público ou privado, era escolhido pelas partes e sua decisão vincula os seus interesses, de modo que, tal o mundo contemporâneo, a existência da decisão de um árbitro impedia que a matéria fosse revista por um tribunal. O objetivo do árbitro era buscar a conciliação e pacificar o conflito entre os cidadãos. Contudo, caso alguém se sentisse desconfortável com a decisão do árbitro, nada impedia que fosse questionar em juízo. Isso poderia ser feito pela *έθεζηο* (recurso de apelação), de modo que as provas eram colocadas num vaso e levadas ao tribunal – de modo que nunca um tribunal poderia analisar provas novas; pela *δίθε έξεκνο* (oposição); ou, enfim, pela *έηζαγγεία* (acusação pública), em razão da má conduta do árbitro. Não resolvida a questão em sede arbitral, e, ultrapassada a propositura da ação, iniciava-se o rito processual. O juiz (designados entre os *δηθαζηαί* ()) para conduzir a instrução e presidir o tribunal) recebia a petição e determinava uma *άλαρηζηο* (audiência) para contraditório, o pagamento da *πεπηαλέηα* (custas processuais), e abria espaço para que, também por escrito, o acusado pudesse se defender através da *άληηηηξαθή* (apenas nos processos privados havia o *ύζηηεξόο ιόγηο* – tréplica).

Aristóteles traz a ideia da mediação de conflitos como função ou resultado da ação do juiz na *Ética a Nicômaco*⁴. Nesta passagem, o filósofo grego entende o juiz como responsável por estabelecer a mediania, sendo inclusive chamado de mediador em alguns lugares. O

3 BORGES, Guilherme Roman. **O direito constitutivo**: um resgate greco-clássico do *Νόμιμον έθορ* como *Εθηαζία Νόμιμη* e *Δικαζηηηκή Αζηηζηη*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 192-193.

4 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 190-191.

atingimento da mediania, nesse caso, reproduz o atingimento do justo, ou seja, o justo é uma espécie de mediania atingida pelo mediador.

A justiça era, para Aristóteles, o encontro, a comunhão entre as leis e o justo, e o justo reclamava a justiça da alma, não vista como algo mítico, mas racional, manifestado no mundo real pela equidade, a média dos valores, o comedimento dos desejos. A atividade de mediação exercida pelo juiz consistia em restaurar o equilíbrio, a equidade dentro da lei, muitas vezes lacunar pela sua própria característica genérica e abstrata, e o mediador encarna esse ideal de justiça, de modo que as partes saiam do conflito melhores do que entraram. Sem dúvida é necessária uma adaptação, inclusive semântica, para a jurisdição atual, visto que o culto às virtudes exaltado pelos filósofos gregos infelizmente não se faz mais presente em nossa sociedade. Aliás, Aristóteles chegou a dizer que a justiça é a virtude maior ou a soma das virtudes. O notável é que parece ser um ideal de possível restabelecimento por meio da mediação entre particulares. Até a Revolução Francesa (1789) tinha-se a justiça (e os preceitos morais) como objetivos da sociedade. Essa conexão foi praticamente dizimada no período monárquico absolutista francês e definitivamente aniquilada pelos revolucionários da guilhotina, a ponto de hoje na academia pouco se falar em justiça, mas somente em direito. O iluminismo e o movimento revolucionário francês resultaram no banimento do ideal de justiça do imaginário humano, independentemente de ter sido desejado por seus idealizadores. Rousseau, por exemplo, falava em povo virtuoso, mas não praticava a virtude; resumia a vida pública à política e à lei (norma estatal).

Na mediação moderna será fundamental o resgate da ideia de justiça, dentro das normas, ou qualquer tentativa resultará em mera formalidade usada por governantes e burocratas. Já se observa o Poder Judiciário assumindo a autoridade sobre os meios autocom-

positivos e ordenando a conciliação dentro do processo judicial, o que é inaceitável. A prática dos meios autocompositivos de resolução de conflitos deve partir da sociedade, dissociada da imposição estatal. A prática jurisdicional advinda da voluntariedade, da mediação e da justiça é o mínimo do legado da Grécia Clássica que se deve apreender para a aplicação nos meios autocompositivos contemporâneos.

3. A JURISDIÇÃO NO DIREITO ROMANO

Assim como a filosofia grega, o Direito Romano é um dos pilares da civilização ocidental, sendo sua sistematização até hoje parte constitutiva e inseparável do estudo e da aplicação do Direito. Também a proximidade da língua favorece esta missão, visto que o latim era a língua oficial de Roma à época de interesse. Para limitação do trabalho, interessa particularmente a ideia de jurisdição desenvolvida a partir do Digesto de Justiniano, imperador bizantino que governou de 527 d.C. até sua morte em 565.

Até então, o conceito de *iurisdictio* tinha feição mais ampla, mas através do Digesto o instituto assumiu a função de declaração do direito. Para parte da doutrina, essa concepção de jurisdição sugeria oposição entre os termos *iurisdictio* e *imperium*, sendo o primeiro constituído pelo procedimento ordinário, ou seja, o *iurisdictio* não englobava o poder de ordenar. Ovídio Araújo Baptista da Silva⁵ explica esse entendimento:

As razões pelas quais se excluem os interditos do conceito de jurisdição, portanto, são estas: (a) o 'comando' imposto pelo pretor era 'condicionado', quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, uma 'composição' (definitiva) do conflito; (b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura publicistica*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir

⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

um reconhecimento (declaração) de direitos, nunca uma ordem, declaração esta relativa sempre a uma relação de direito privado.

Embora não seja entendimento pacífico, a distinção entre *iurisdictio*, como declaração do direito, e *imperium*, como *potestas*, poder de ordenar, traz-nos a importante ideia de composição da lide, em que se observa um “dizer o direito”, confiado a um privado, e uma efetiva declaração ou declaração oficial do direito, realizada pelo pretor (faz-se a ressalva de que a interpretação do “dizer o direito” deve-se, para alguns, não à forma, mas à característica da oralidade do processo). Diz Silva⁶, por exemplo, que “Não havia decisão de direito, apenas sobre fato. Quanto ao direito, havia julgamento, não decisão, enquanto ato de vontade”. Ora, a composição entre os privados sobre o fato já seria de grande avanço para os tempos atuais, movidos basicamente pela litigiosidade. Explica ainda o jurista que em nosso direito a jurisdição é concebida como pura declaração do direito, algo inclusive legitimado pela doutrina ao distinguir entre decidir e julgar: “Com efeito, julgar, enquanto ato intelectualivo, é apenas o antecedente lógico, ou o pressuposto, para a decisão, que é ato de vontade”. A exceção dar-se-ia unicamente na visão de Montesquieu do juiz como a “boca da lei”, confundindo a pronúncia das palavras contidas na lei com as próprias palavras.

Sem a intenção de exaurir a discussão sobre a efetividade do “dizer o direito” no período clássico romano, faz-se mister trazer à discussão dos meios autocompositivos a ideia do processo formulário (também chamado processo formular ou *per formulas*), bem anterior a Justiniano. O processo formulário teve início em 149 a.C. visando resolver os conflitos com estrangeiros, sendo posteriormente estendido a todos. Nesse processo, o pretor (magistrado *in jure*), após ouvir as partes, redigia uma fórmula escrita, estabelecendo as diretrizes do

6 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34-36.

juízo para um juiz privado, por ele designado, cuja composição, segundo José Cretella Jr.⁷, indica um procedimento composto por uma parte consideravelmente fixa, ou seja, aplicável a todos os casos, e uma parte variável, de acordo com o caso concreto. O descumprimento da primeira parte (parte genérica) anularia a fórmula, por atentar contra o princípio formalista.

O Digesto de Justiniano, promulgado em 529 d.C., constitui-se de uma compilação da legislação romana, dividida em livros e estes em leis ou fragmentos (precedidos do nome do jurisconsulto romano e da obra de onde foram retirados). O Digesto fazia parte do *Corpus Juris Civilis*, que, mesmo vigorando por quase 1.000 anos no Império Romano, restou desconhecido do mundo ocidental, sendo descoberto somente por volta do ano 1.100. Dentre as normas básicas acerca da jurisdição extraídas do Livro Segundo do Digesto⁸, cujo Título I pode ser traduzido como “A jurisdição”, podem-se, exemplificativamente, destacar: (a) Ulpiano. Livro I. Regras. A jurisdição é ampla, abrangendo o poder de conceder a posse de bens, imitar na posse, nomear tutores a órfãos menores e dar juizes aos litigantes; (b) Javoleno. Livro VI. Doutrina de Cássio. Os poderes necessários ao exercício da função designada são com ela transferidos; (c) Ulpiano. Livro II. O ofício do *Questor*. “O *imperium* ou é *merum* [puro] ou é *mixtum* [misto]”. O *imperium merum*, também chamado de *potestas* (poder de ordenar), destinava-se às sanções hoje próprias do Direito Penal, enquanto o *imperium mixtum*, que inclui a jurisdição, tratava de questões relacionadas a bens, hoje próprias do Direito Civil. Conforme o Digesto, a “jurisdição é também a faculdade de dar juiz”; e (d) Ulpiano. Livro III. Todos os tribunais. A delegação da jurisdição pode ser parcial,

7 CRETILLA JR., José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 304.

8 JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano**: livro segundo: jurisdição. Tradução: José Isaac Pilati. Florianópolis: Ed. da UFSC/FUNJAB, 2013. p. 25, 27, 29 e 37.

devendo o delegatário desempenhá-la “ao modo” da autoridade delegante.

O Título I (*De Iurisdictione*) do Livro II do Digesto inicia pela abrangência da jurisdição, onde se observa novamente a distinção entre *imperium* e *iurisdictione*, bem como a limitação dos poderes do pretor e da sua delegação. O ofício de ministrar jurisdição (*Officium ius dicentis*) expressava a função do magistrado romano (figura inexistente no Direito atual), que ao longo do tempo foi exercida pelo rei, pelos cônsules e pelos pretores (peregrinos e urbanos). Já a jurisdição (*iurisdictione*, de *ius dicere*) era manifestada, de forma similar ao processo formulário, através de uma fase *in iure*, perante o pretor, e de uma fase *apud iudicem*, perante um juiz ou árbitro privado, que recebia a delegação do pretor (*praetor*) com o poder de sentenciar o feito. Quanto ao dar juiz aos litigantes (*iudicem dare*), é importante o esclarecimento de que a *iurisdictione* constava de três palavras (*tria verba solemnna*): *dico* (publicar uma regra geral em um edito, ou regular uma contenda por um interdito); *do* (dar juiz às partes); e *addico* (reconhecer o direito em benefício de uma parte; também, homologar o que as partes pactuam; exercer jurisdição voluntária). *Dicere* na linguagem jurídica e religiosa é dizer com caráter solene, técnico. *Addicere* é aprovar, estar de acordo; adjudicar, confirmar a vontade das partes (por ato jurisdicional). Dar um juiz não significa apenas designar um particular para decidir a causa, mas também constituía-se em uma delegação *ad hoc* da *iurisdictione* ao nomeado, como é possível extrair da tradução do Digesto.

A riqueza do procedimento positivado na codificação romana denotava a importância da ideia de *res publica* para os romanos e, sem dúvida, mostra o quanto hoje a sociedade renuncia à coisa pública enquanto participação efetiva, seja na ação ou na fiscalização. Tal qual as noções de justiça emanadas dos grandes autores gregos, a sistematização legislativa prática e a participação dos cidadãos nos processos

decisórios, inclusive jurisdicionais, observadas no Direito Romano, podem ser reproduzidos atualmente, com as devidas adaptações, no Estado Democrático de Direito.

A *res publica*, seja como respeito à coisa do povo ou como participação e decisão pelo povo, deve constituir ideal da sociedade, independentemente da forma de governo e dos governantes do momento. Nos processos autocompositivos pode-se buscar um maior respeito à *res publica* e à cidadania, através do acordo entre as partes. A ideia de jurisdição do Direito Romano revela que a decisão realizada pelos particulares em nada mitiga o poder estatal, mantendo, para os nossos dias, a prerrogativa constitucional da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. A jurisdição participativa já teve vez numa das mais avançadas civilizações em termos de justiça e participação cidadã, não havendo motivo para o seu insucesso nos dias de hoje, com recursos tecnológicos sequer possíveis de serem imaginados pelos romanos. Basta a sua aplicação com conhecimento e honestidade.

4. A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA

Diversas outras épocas da nossa civilização trouxeram importantes contribuições para o estudo da jurisdição e, em terminologia atual, do acesso à justiça. Nesse intuito, o estudo dos extraordinários tempos da ágora ateniense e do fórum romano traz um recorte substancial para análise. A participação popular observada nos procedimentos às épocas citadas, advinda da cultura do cuidado com a coisa pública, deve ser também objetivo da sociedade contemporânea, inclusive porque insculpida nas normas constitucionais.

A questão crucial é que a jurisdição contemporânea não atingiu o objetivo para o qual foi concebida. O excesso de processos no Poder Judiciário e o tempo demasiadamente longo para a conclusão das lides

já impedem uma possível efetividade da jurisdição estatal. Quando somados ao alto custo da litigância, aqueles fatores transformam a jurisdição em uma possibilidade quase exclusiva das elites econômica e política. Em uma sociedade na qual a jurisdição é limitada e as decisões políticas constituem exclusividade dos poderosos, a participação social efetiva praticamente inexistente, criando fenômenos indesejados da democracia (representativa) como o povo-ícone, bem descrito por Darci Guimarães Ribeiro⁹. O discurso democrático é frequentemente direcionado ao povo, mas que povo? Afinal, a democracia seria o governo do povo ou, pelo menos, o governo de muitos. No entanto, o que se observa é o povo como mero símbolo para validação de discursos políticos e ideológicos. O autor inclusive ressalta que a maioria das constituições modernas tem o povo como o pilar do Estado Democrático de Direito: “tal definição de povo o enquadra na célebre frase de Lincoln – *the government of the people* – na medida em que o governo está instituído por ele o povo-legitimador”. Esse povo não é tangível, mas tão somente usado como fonte de validade do poder estatal. Uma parte da sociedade, constituída por poucos para os quais é atribuído o poder, é que em verdade ditará os rumos do Estado, de acordo com as suas próprias ideias e preferências, ou, como explica Ribeiro, esse povo-ativo “é o titular dos direitos políticos e aquele que possibilita o governo do povo, *the government of the people, le gouvernement du peuple*”.

A maioria do povo, no entanto, é a mais invocada e a que menos se vê; é a que legitimidade alguma tem no presente sistema, a que só recebe importância nos discursos, sendo por isso denominada povo-ícone. As decisões estatais deveriam atender o ordenamento jurídico de acordo com a efetiva vontade popular. A participação popular efetiva mais parece uma ilusão apresentada por um sistema

9 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 96-98.

que decide por si (e por vezes para si e seus representantes) enquanto diz falar pelo povo. Essa ausência de participação popular efetiva acaba se verificando nas decisões políticas e em várias outras áreas, como na jurisdição.

Na prestação jurisdicional voltada à resolução dos conflitos, a história já mostrou haver outras possibilidades. A doutrina¹⁰ usualmente considera a jurisdição apenas como a prestação estatal impositiva constituída para esse fim e a autotutela como a justiça praticada pelos particulares de forma ilegal ou violenta, no entanto esses conceitos precisam evoluir. Ressalta-se que de forma alguma tal evolução pode significar “fazer justiça com as próprias mãos”, mas fazer justiça com o próprio cérebro, com a própria razão, dentro da lei. É uma comunhão entre a lei e a justiça, e isso não é nenhuma novidade. Ribeiro¹¹, ao tratar do Processo Civil, explica que no Direito grego a lei não provada não era aplicada. Milênios antes do Estado Democrático de Direito já se entendia que a resolução de conflitos pelos particulares (no caso, similar à arbitragem) devia cumprir a lei e, mais que isso, devia cumprir a lei efetivamente aplicável. Era a busca do justo dentro da característica genérica da norma, ou, em termos modernos, a busca pelo efetivo acesso à justiça. Ada Pellegrini Grinover inclusive explica a natureza cíclica dos elementos jurisdição e acesso à justiça¹²: “o acesso à justiça concretiza-se pela jurisdição e o elemento essencial da jurisdição é o acesso à justiça”.

A contemporaneidade marcada pelo acesso ao conhecimento e à tecnologia praticamente exige que se trabalhe com o enfoque do acesso à justiça¹³ na perspectiva de oferecer um tratamento justo

10 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92 e 99.

11 RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022. p. 46.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

13 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

a quem dele precise. Os chamados meios adequados de resolução de conflitos encorpam essa perspectiva e já estão funcionando com sucesso em diversos países. Considerando que o modelo de monopólio estatal da jurisdição falhou na resolução dos conflitos sociais, busca-se outro modelo, concorrente ao primeiro, mas não excludente, em que a solução do conflito não mais seja visto pela oposição de interesses, com ganhador e perdedor, como explica Fabiana Marion Spengler¹⁴, mas pela composição realizada pelas próprias partes na busca do justo e da paz. Os meios adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem e a transação, e especialmente os autocompositivos, como a conciliação e a mediação, podem trazer essa solução. E, mais, podem criar uma ideia de jurisdição até então não considerada, na qual o objetivo do acordo e do diálogo passa a ser fator predominante na busca da resolução do conflito. Nesse propósito, os sujeitos em conflito passam a percorrer a trilha da justiça, encontrando o acesso à justiça para cada envolvido e para toda a comunidade através de um processo de diálogo, racionalidade e respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do uso de meios adequados de resolução de conflitos, em especial dos chamados meios autocompositivos, vem-se desenvolvendo há um bom tempo no País, e o excesso de processos no Poder Judiciário, com tempo de resolução médio de vários anos, acabou por deixar clara a necessidade de uma mudança jurídica e cultural.

No entanto, a doutrina da jurisdição parecia um empecilho à efetiva aplicação de novos meios juridicamente válidos, o que se deve, em parte, a ideologias como a legalidade e a “estatalidade”, sendo alguns de seus efeitos largamente sentidos pela sociedade, como a renúncia à ideia de coisa pública, o alto custo de manutenção

¹⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. (Des)caminhos do estado e da jurisdição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 114.

da máquina pública, a ilegitimidade dos representantes, o excesso burocrático e a ausência, nas decisões, de efetiva participação do povo.

A história mostrou, como na Grécia Clássica e no Direito Romano, que as pessoas são capazes de resolver os seus próprios conflitos, talvez não em todos os casos, mas pelo menos em alguns, através de um movimento de busca pelo diálogo, escapando dos longos e custosos processos da prestação jurisdicional estatal. As ideias-base procedimentais dos meios adequados de resolução de conflitos são antigas, como visto neste trabalho, e podem ser retomadas na democracia contemporânea.

O chamado povo-ícone é resultado da democracia, sendo a razão pela qual as decisões estatais (governamentais) frequentemente atendem apenas interesses de grandes empresas, de corporações ou de movimentos sociais, e, raramente, de todos os indivíduos. A icônica (sem ironia) frase de Abraham Lincoln “o governo do povo” faz-nos pensar que os pais-fundadores dos Estados Unidos não desejavam a democracia, mas a *res publica* do ideal romano. Não por acaso Platão tinha a democracia como uma forma degenerada de governo ou tendente à degeneração. O enfoque no acesso à justiça pode vir a resolver ou ao menos a amenizar tais consequências do desenvolvimento político recente.

O povo pode transformar-se em ativo a partir do momento em que tomar consciência da sua necessária participação na vida pública, e isso inclui a participação na própria jurisdição, uma espécie de autojurisdição, pacífica e obediente às normas legislativas, provida a partir do ato justo e racional e da composição com o outro. Eis a nova jurisdição do acordo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BORGES, Guilherme Roman. **O direito constitutivo**: um resgate greco-clássico do *Νόμιμον ἔθος* como *Εὐηαξία Νόμιμη* e *Δικαζησηκή Ἀζκηζη*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano**: livro segundo: jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Ed. da UFSC/FUNJAB, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. 2. ed. Londrina: Thoth, 2022.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. **(Des)caminhos do estado e da jurisdição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Advogado 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491

C

Constitucional 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23,
24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44,
45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54,
55, 57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74,
75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86,
87, 88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98,
99, 100, 101, 111, 134, 136, 138,
139, 141, 142, 143, 147, 151, 154,
155, 156, 161, 165, 166, 167, 168,

169, 171, 172, 174, 175, 180, 181,
182, 183, 184, 185, 188, 189, 190,
191, 192, 200, 201, 202, 203, 208,
209, 210, 212, 213, 214, 216, 217,
218, 219, 225, 230, 231, 232, 233,
234, 235, 236, 238, 239, 240, 241,
243, 244, 245, 248, 250, 251, 254,
255, 256, 258, 264, 266, 269, 275,
276, 279, 280, 281, 282, 284, 299,
302, 303, 310, 316, 317, 323, 324,
325, 326, 327, 328, 329, 330, 331,
332, 334, 335, 338, 341, 344, 346,
348, 349, 350, 351, 352, 353, 355,
357, 358, 359, 362, 363, 367, 368,
372, 375, 376, 377, 378, 379, 382,
383, 386, 387, 388, 389, 390, 391,
392, 393, 394, 395, 396, 397, 399,
401, 402, 404, 405, 406, 408, 409,
410, 412, 413, 414, 415, 418, 421,
422, 424, 428, 432, 433, 434, 435,
436, 439, 444, 446, 448, 449, 450,
456, 457, 458, 464, 465, 468, 470,
473, 476, 477, 480, 481, 483, 485,
488, 489, 491

D

Democracia 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,

349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491

I

Inteligência Artificial 14, 15, 16, 17, 20,
22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42,
43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52,
53, 54, 55, 57, 60, 61, 63, 65, 70, 71,
73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84,
85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 95, 96,
97, 98, 99, 100, 101, 111, 134, 136,
138, 139, 141, 142, 143, 147, 151,
154, 155, 156, 161, 165, 166, 167,
168, 169, 171, 172, 174, 175, 180,
181, 182, 183, 184, 185, 188, 189,
190, 191, 192, 200, 201, 202, 203,
208, 209, 210, 212, 213, 214, 216,
217, 218, 219, 225, 230, 231, 232,
233, 234, 235, 236, 238, 239, 240,
241, 243, 244, 245, 248, 250, 251,
254, 255, 256, 258, 264, 266, 269,
275, 276, 279, 280, 281, 282, 284,
299, 302, 303, 310, 316, 317, 323,
324, 325, 326, 327, 328, 329, 330,
331, 332, 334, 335, 338, 341, 344,
346, 348, 349, 350, 351, 352, 353,
355, 357, 358, 359, 362, 363, 367,
368, 372, 375, 376, 377, 378, 379,
382, 383, 386, 387, 388, 389, 390,
391, 392, 393, 394, 395, 396, 397,
399, 401, 402, 404, 405, 406, 408,
409, 410, 412, 413, 414, 415, 418,
421, 422, 424, 428, 432, 433, 434,
435, 436, 439, 444, 446, 448, 449,
450, 456, 457, 458, 464, 465, 468,
470, 473, 476, 477, 480, 481, 483,
485, 488, 489, 491

J

Justiça 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24, 26,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36,
37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46,
47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57,
60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75, 76,
77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88,
89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491

P

Processo 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,

- 192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491
- Processual 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491
- Tribunal 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
57, 60, 61, 63, 65, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 111, 134, 136, 138, 139,
141, 142, 143, 147, 151, 154, 155,
156, 161, 165, 166, 167, 168, 169,
171, 172, 174, 175, 180, 181, 182,
183, 184, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 200, 201, 202, 203, 208, 209,
210, 212, 213, 214, 216, 217, 218,
219, 225, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 238, 239, 240, 241, 243,
244, 245, 248, 250, 251, 254, 255,
256, 258, 264, 266, 269, 275, 276,
279, 280, 281, 282, 284, 299, 302,
303, 310, 316, 317, 323, 324, 325,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332,
334, 335, 338, 341, 344, 346, 348,
349, 350, 351, 352, 353, 355, 357,
358, 359, 362, 363, 367, 368, 372,
375, 376, 377, 378, 379, 382, 383,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 399, 401,
402, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
412, 413, 414, 415, 418, 421, 422,
424, 428, 432, 433, 434, 435, 436,
439, 444, 446, 448, 449, 450, 456,
457, 458, 464, 465, 468, 470, 473,
476, 477, 480, 481, 483, 485, 488,
489, 491

TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO

Terceira Série

O grande mérito desta publicação é congregar três âmbitos de discussão distintos e, de certa forma, complementares. Contribuíram com seus (qualificados) artigos pesquisadores da Graduação, Mestrado e Doutorado que integram a Escola de Processo da Unisinos (EPU). Também abrilhantam esta obra artigos escritos por alunos das Disciplinas “Teoria Crítica do Processo” e “Processo, Jurisdição e Democracia”, ministradas por este organizador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, junto ao Doutorado e ao Mestrado, respectivamente, em Direito da Unisinos. A obra tornou-se ainda mais completa com os artigos encaminhados pela professora Flávia Pereira Hill e pelo professor Luiz Fernando Castilhos Silveira, que honraram nossas disciplinas acadêmicas e o Grupo de Pesquisa com palestras inesquecíveis.

Organizadores

RFB Editora
Home Page: www.rfbeditora.com
Email: adm@rfbeditora.com
WhatsApp: 91 98885-7730
CNPJ: 39.242.488/0001-07
Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12,
Nazaré, Belém-PA, CEP 66035065

