



JANEIRO-ABRIL 2025

Vol 26 nº 01

RE D P

QUALIS
A2

e-ISSN nº 1982-7636

Rio de Janeiro - Brasil

Revista Eletrônica de Direito Processual

PPGD Direito Processual da UERJ

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*)



JANEIRO-ABRIL 2025

Vol 26 nº 01

RE DP

QUALIS
A2

e-ISSN nº 1982-7636
Rio de Janeiro - Brasil

Revista Eletrônica de Direito Processual
PPGD Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*)

A Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP é um periódico quadrimestral voltado à divulgação artigos e outros trabalhos de cunho acadêmico que contribuam para a área de Direito Processual (civil, penal, do trabalho, administrativo, internacional, tributário, comparado). A missão da REDP é contribuir para o permanente desenvolvimento do Direito Processual por meio da publicação eletrônica de artigos de alta qualidade, acompanhando a rápida e constante evolução do campo.

The Procedural Law Electronic Review – REDP is a journal published every four months dedicated to the dissemination of articles and other academic works that contribute to the area of Procedural Law (civil, criminal, labor, administrative, international, tax, and comparative). REDP's mission is to contribute to the permanent development of Procedural Law through the electronic publication of high-quality articles, following the rapid and constant evolution of the field.

e-ISSN: 1982-7636 | **Ano de criação/Year of foundation:** 2007 | **Área do conhecimento/Subject matter:** Direito/Law | **Qualis:** A2 (Direito/Law) | **Periodicidade/Publication Frequency:** Quadrimestral/Every four months

Endereço: Campus Maracanã, Pavilhão João Lyra Filho, 7º andar. Bloco F, sala 7123. Rio de Janeiro/RJ. Brasil. Telefones: (21) 2334-0072 ou 2334-0312. E-mail: fhrevistaprocessual@gmail.com

Patrono

José Carlos Barbosa Moreira (*in memoriam*).

Diretores Eméritos/Emeritus Directors

Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Editores/Editors

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Conselho Editorial/Editorial Board

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Hartford, CT, Estados Unidos

Bruno Dantas Nascimento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Bryant Garth, Universidade de Irvine, Califórnia

Chiara Besso Marcheis, Università degli Studi di Torino, Torino, Itália

Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha

Cláudia Elisabete Schwerz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Cleber Francisco Alves, Universidade Federal Fluminense, RJ, Brasil

Darci Guimaraes Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Diego Eduardo López Medina, Universidad de los Andes, Bogotá, Colômbia

Dierle Nunes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Eduardo Oteiza, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina

Fabiana Marion Spengler, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil

Fernando da Fonseca Gajardoni, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, BrasiFlávia Pereira Hill, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Flavio Mirza Maduro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gisele Mazzoni Welsch Medeiros, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, e IDP, Brasil

Hermes Zanetti Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

João Paulo Fernandes Remédio Marques, Universidade de Coimbra, Portugal.

José Roberto dos Santos Bedaque, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

José Rogério Cruz e Tucci, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Leonardo Faria Schenk, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Leonardo José Carneiro da Cunha, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Luiz Mariano Negrón, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Guayama, Porto Rico

Marcio Carvalho Faria, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil

Mauro Braga, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Nuria Belloso Martín, Universidad de Burgos, Burgos, Espanha

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Plínio Lacerda, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Rodrigo Mazzei, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil

Rosalina Moitta Pinto da Costa, Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Amazônia, Brasil.

Santiago Pereira Campos, Universidad de Montevideo, Uruguay

Teresa Arruda Alvim, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Valesca Raizer Borges Moschen, Universidade Federal do Espírito Santo UFES, Brasil

Equipe Editorial/Editorial Support

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Professor Titular - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Márcia Michele Garcia Duarte, Professora Associada - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Amanda de Lima Vieira, Doutora pela UERJ. Assistente Acadêmica - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Larissa Clare Pochmann da Silva, Pós-doutora pela UERJ. Assistente Acadêmica - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Adrielly da Silva Apolinário, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ana Theodoro, Est. Docência – Doutoranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Bruno da Silva de Carvalho, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Cristiane Seredo, Est. Docência – Mestranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Diana Freiha, Est. Docência – Doutoranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Eyshila Cristine Ferreira do Sêro (Bolsista DEPEXT UERJ), Ac. Extensionista - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gustavo Abdalla, Est. Docência – Doutorando - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Stella Klimroth de Sá, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

A responsabilidade pelas opiniões emitidas, pelas informações e ideias divulgadas são exclusivas dos autores.

Revista Eletrônica de Direito Processual REDP [recurso eletrônico]. – V. 26, n. 1, (2007-). – Rio de Janeiro, RJ: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, 2007-
Recurso online.

Periodicidade quadrimestral a partir de 2007.

E-ISSN 1982-7636

Disponível apenas online.

Sigla: REDP

Título, resumos e textos em português, inglês e espanhol.

Preservada digitalmente na Rede Portal de Publicações Eletrônicas da UERJ [<https://www-publicacoes.uerj.br/index/aboutSite>]

1. Ciência Jurídica 2. Direito Processual 3. Periódicos I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD).

CDU: 340

CDD: 340

Indexadores:



SUMÁRIO

ON TRANSINDIVIDUAL SUITS: FROM DERIVATIVE, THROUGH AGGREGATIVE, TO COLLECTIVE LITIGATION <i>Ángel R. Oquendo</i>	07
O APELO AO LEGISLADOR, ENTRE O DIÁLOGO E A ÚLTIMA PALAVRA - UMA FERRAMENTA POSSÍVEL? <i>Beclaute Oliveira Silva</i> <i>Rene Sampar</i> <i>Vinicius Martins Antunes de Souza</i>	36
A SUBJETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL, A PARTIR DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU, E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 <i>Clayton de Albuquerque Maranhão</i> <i>Rafaela Mattioli Somma</i>	60
DIGRESSÕES NECESSÁRIAS SOBRE A “(IR)RECORRIBILIDADE” DA DECISÃO QUE INADMITA O INGRESSO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO JUDICIAL <i>Cristina Grobério Pazó</i> <i>Getúlio Ramos Pimentel Junior</i>	81
A SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE CADUCIDADE E PRESCRIÇÃO POR EFEITO DA MEDIAÇÃO (PRÉ-JUDICIAL): ANÁLISE E REFLEXÕES <i>Diana Leiras</i>	101
A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO-JURISDICIONAL: ENTRE AUTOMATIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA DECISÃO JURÍDICA <i>Fernando Hoffmam</i> <i>Isadora Viero Machado</i>	121
REFLEXÕES SOBRE A BUSCA PESSOAL: TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO RACIONAL DA MEDIDA <i>Flávio Mirza</i> <i>Diogo Malan</i>	153
A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA” E O PRIVATE ENFORCEMENT: BREVES APORTES <i>Gustavo Osna</i> <i>Leonardo Maciel Benedete</i>	171
UNA TEORÍA DE LA INCLINACIÓN AL PARTICULARISMO PROCESAL <i>Ignacio M. Soba Bracesco</i>	188
DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE): DIREITO ADQUIRIDO OU CONQUISTA DIÁRIA? <i>Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira</i> <i>Paulo Wanderson Moreira Martins</i>	198
O TRÂNSITO DE TÉCNICAS DOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA A EXECUÇÃO A PARTIR DA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL <i>Marcela Kohlbach de Faria</i> <i>Caroline Christyne Goebel</i>	214
UMA ANÁLISE DECOLONIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O QUE A JUSTIÇA NEGOCIAL PREVISTA NO PROJETO DE LEI Nº 4.524/2019 PODE REPRESENTAR EM NOSSO CENÁRIO TROPICAL PERIFÉRICO <i>Marlon Amaral Húngaro</i> <i>Ricardo T. P. Genelhú</i>	232

A BANALIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O FUTURO DAS AÇÕES ESTRUTURAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	259
<i>Matheus Casimiro</i> <i>Eduarda Peixoto da Cunha França</i>	
EL ACCESO A LA JUSTICIA, EN CONDICIONES DE IGUALDAD, DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	278
<i>Paulo Ramón Suárez Xavier</i>	
PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: SUPERANDO O DOGMA DA NULIDADE DA SENTENÇA	297
<i>Renato Barth Pires</i>	
ASPECTOS PROCESSUAIS RELATIVOS À DEFICIÊNCIA NO RELATÓRIO DA SENTENÇA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE NULIDADES	312
<i>Roberta Marina Cioatto</i> <i>Manoel Urbano de Sá Neto</i>	
A (DES)NECESSÁRIA DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL: PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE OS PROJETOS DE LEI 4.257/19 E 6204/19 E ANÁLISES DE SUA CONSTITUCIONALIDADE	325
<i>Samuel Augusto Bianchini</i> <i>Lucas Pires Maciel</i>	
ENFOQUE SISTÊMICO DE LA JUSTICIA CIVIL DESDE EL DERECHO PROCESAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	345
<i>Santiago Pereira Campos</i>	
POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE RITOS NA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS	388
<i>Thiago Rodvalho</i> <i>Ana Flávia Violante</i>	
OS REFLEXOS DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O PROBLEMA NAS INTERVENÇÕES DELITIVAS CONJUNTAS	407
<i>Victor Américo Alves de Freitas</i>	

ON TRANSINDIVIDUAL SUITS: FROM DERIVATIVE, THROUGH AGGREGATIVE, TO COLLECTIVE LITIGATION¹

AÇÕES TRANSINDIVIDUAIS: DAS AÇÕES DERIVATIVAS, PASSANDO PELAS AÇÕES AGREGATIVAS, ATÉ OS LITÍGIOS COLETIVOS.

Ángel R. Oquendo²

George J. and Helen M. England Professor of Law, University of Connecticut;
Ph.D., M.A. (Philosophy), A.B. (Economics and Philosophy), Harvard
University; J.D., Yale Law School.

ABSTRACT: Transindividual litigation has revolutionized modern law. It has altered the ad-judication of legal claims to the bone. Beyond their impact on a large number of people, the underlying actions operate in a unique fashion. In particular, they call for the constant protection of the interests of the parties under the plaintiffs' deputization. Not surprisingly, corporate law has partaken in this phenomenon. For instance, derivative suits allow individuals to sue for a larger collectivity, somewhat along the lines of citizen suits from over a century later. Of course, they turn on the assertions of the corporation, rather than those of society as a whole. Likewise, stockholders have deployed class actions on a regular basis. Thereby, they have for the most part aggregated their claims against the corporate entity besides the board of directors. This Article will concentrate on (1) derivation suits alongside (2) shareholder class actions. It will surface a deep divergence underneath a surface resemblance between them. Most significantly, complainants aim at the

vindication of a genuinely collective, indivisible right in the former. They exert themselves for the enforcement of an aggregation of individual entitlements upon the latter. Consequently, these mechanisms contradistinguish themselves at the core. They differ in several cardinal respects: from their representative mode, onto their objective, through their internal construction of fairness, to their perspective on adequate representation. An appreciation of their dichotomous opposition can contribute to an understanding of the inner workings of each of them. It additionally irradiates the relationship among the internal players: from the corporation itself, onto the directorate, through the investors, to the stakeholders. Upon a grasp of the dichotomy, one gains invaluable insights into group entitlements generally. Moreover, a new interpretation of the key contradistinction, omnipresent in the caselaw, of (1) derivative from (2) direct corporate assertions will become

¹ Artigo recebido em 05/11/2024 e aprovado em 20/12/2024.

²The author would like to thank Owen Fiss, Ben. Haldeman, Lauren Kinell, Alexi Lahav, Alan Palmiter, and Claudia Schubert for their invaluable contribution to the development of the ideas of this Article.

necessary. Specifically, it will require a focus on the nature of the right at stake.

KEYWORDS: Trans-individual Litigation; Derivative Suits; Shareholder Class Actions; Stakeholders; Corporate Law.

RESUMO: O litígio transindividual revolucionou o direito moderno. Houve alteração profunda das reivindicações adjudicadas. Além do impacto a grande número de pessoas, essas ações operam de forma única. Possuem a particularidade de exigir a proteção constante dos interesses das partes representadas pelos legitimados. Não surpreendentemente, o direito empresarial tomou parte nesse fenômeno. Por exemplo, as ações derivativas permitem que indivíduos processem uma coletividade maior. Naturalmente, voltam-se para os interesses corporativos em vez de se voltar aos da sociedade como um todo. Do mesmo modo, acionistas têm implantado ações coletivas regularmente. Assim, agregam, em grande parte, suas reivindicações contra a corporação e do conselho de diretores. O objetivo deste artigo é analisar (a) ações derivativas juntamente com (2) as ações coletivas de acionistas. Isso revelará divergência profunda sob uma semelhança superficial entre elas. Mais significativamente, os reclamantes visam à reivindicação de um direito genuinamente coletivo e indivisível nas primeiras. Eles se esforçam para a aplicação de uma agregação de direitos individuais. Consequentemente, esses mecanismos se contradizem no cerne. Eles diferem em vários aspectos cardeais: de seu modo representativo,

para seu objetivo, através de sua construção interna de justiça, para sua perspectiva sobre representação adequada. A apreciação de sua oposição dicotômica pode contribuir para uma compreensão do funcionamento interno de cada um deles. Adicionalmente, irradia o relacionamento entre os participantes internos: da própria corporação, através da diretoria, e por meio dos investidores, além dos *stakeholders*. Ao compreender a dicotomia, ganham-se insights inestimáveis sobre direitos de grupo em geral. Além disso, uma nova interpretação do ponto-chave, onipresente nas situações concretas, entre as pretensões societárias (1) derivativas e as (2) diretas, torna-se necessária. Especificamente, exige seja considerada a natureza do direito em jogo.

PALAVRAS-CHAVE: Litígios Transindividuais. Ações Derivativas. Ações Coletivas de Acionistas. Stakeholders. Direito Empresarial.

INTRODUCTION

Transindividual litigation has revolutionized modern law. It has altered the adjudication of legal claims to the bone. Beyond their impact on a large number of people, the underlying actions operate in a unique fashion. In particular, they call for the constant protection of the interests of the parties under the plaintiffs' deputization.

Not surprisingly, corporate law has partaken in this phenomenon. For instance, derivative suits allow individuals to sue for a larger collectivity,

somewhat along the lines of citizen suits from over a century later. Of course, they turn on the assertions of the corporation, rather than those of society as a whole. Likewise, stockholders have deployed class actions on a regular basis. Thereby, they have for the most part aggregated their claims against the corporative entity besides the board of directors.

This Article will concentrate on (1) derivation suits alongside (2) shareholder class actions. It will surface a deep divergence underneath a surface resemblance between them. Most significantly, complainants aim at the vindication of a genuinely collective, indivisible right in the former. They exert themselves for the enforcement of an aggregation of individual entitlements upon the latter. Consequently, these mechanisms contradistinguish themselves at the core. They differ in several cardinal respects: from their representative mode, onto their objective, through their internal construction of fairness, to their perspective on adequate representation.

An appreciation of their dichotomous opposition can contribute to an understanding of the inner workings of each of them. It additionally irradiates the relationship among the internal players: from the corporation itself, onto the directorate, through the investors, to the stakeholders. Upon a grasp of the dichotomy, one gains invaluable insights into group entitlements generally. Moreover, a new interpretation of the key contradistinction, omnipresent in the

caselaw, of (1) derivative from (2) direct corporate assertions will become necessary. Specifically, it will require a focus on the nature of the right at stake along the delineation below.³

A conventional view of the two procedural instruments at issue will unroll anon.⁴ It will spotlight a seeming coincidence between them in their essence, atop a difference in their technical detail. In the next partial subdivision,⁵ an alternative conception of them will emerge. It will punctuate a deep deviation between them despite their superficial overlap. The terminal segments will build on this punctuation.⁶ They will, in turn, recast the demarcation of derivative from direct claims and re-conceptualize collective rights.

1. A CONVENTIONAL VIEW

On first impression, one might view derivative suits and shareholder class actions as essentially similar. In particular, one might regard them as collective procedures that serve to vindicate the joint rights of stockholders. Accordingly, both devices allow one or several corporate investors to litigate in the name of the collectivity.

Someone taking this approach might maintain that these two types of litigation seek to correct managerial failure. She might add that the judge must simply resolve a dispute as to whether the managers indeed failed to safeguard the entitlements of the shareholders. Thus construed, these adjectival mechanisms resemble each

³ See Part IV *infra*.

⁴ See Part II *infra*.

⁵ See Part III *infra*.

⁶ See Parts IV & V *infra*.

other not only in how they operate but also in what they pursue.

From this outlook, suits that unfold derivatively and stockholder class actions enable, along parallel lines, an extraordinary alteration in the *status quo* to take place. Specifically, they empower a single investor to displace the directorate as the speaker for shareholders as a group, whether conceived as the corporation itself or as a self-standing class. Ordinarily, the board holds the prerogative to speak for the corporative entity and to care for the investors' economic well-being.

The relevant procedural parameters tend to reinforce this standpoint. For example, Federal Rule 23.1 of Civil Procedure authorizes “one or more shareholders . . . to bring a derivative action to enforce a right” of “the corporation.”⁷ It explicitly requires that the plaintiffs “fairly and adequately represent the interests of shareholders . . . who are similarly situated.”⁸ Rule 23, in turn, entitles “[o]ne or more members of a class,” including a stockholder class, to “sue . . . on behalf of all members.”⁹ It expressly demands that “the representative parties . . . fairly and adequately protect the interests of the class.”¹⁰

Of course, Rule 23.1 zeroes in on the entitlements of the corporation and Rule 23, in the context of corporate law, on those of the individual investors.

Nonetheless, both provisions suggest that the nominal claimants act in representation of the interests of the stockholders. This convergence should not come as a surprise because, in a sense, a corporation possesses no interests of its own other than those of its investors.

Consistently, the two rules overlap in compelling the complainant to secure judicial endorsement prior to settling, voluntarily dismissing, or compromising the claim.¹¹ Thus, they evidently aim to assure the rights of other, absent stockholders. In fact, the suitor in a derivation suit must transmit “[n]otice of [the] proposed settlement, voluntary dismissal or compromise . . . to shareholders . . . in the manner that the court orders.”¹² Likewise, the representatives in a class action must send “notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.”¹³

While premised on the overall coincidence of the two kinds of litigation, the position under consideration could readily recognize certain undeniable “technical” dissimilarities. For instance, different regulatory provisions govern each of these procedures: in a federal tribunal, Rule 23.1 applies to derivatively filed suits and Rule 23 controls class actions. While these provisions overlap on the points just discussed, they differ in many of their details.

⁷ Fed. R. Civ. P. 23.1(a).

⁸ *Id.* According to the Advisory Committee, this “sentence recognizes that the question of adequacy of representation may arise when the plaintiff is one of a group of shareholders or members.” Fed. R. Civ. P. 23.1 advisory committee’s note (1966 Amendment).

⁹ Fed. R. Civ. P. 23(a).

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 23(a)(4).

¹¹ Fed. R. Civ. P. 23.1(c); Fed. R. Civ. P. 23(e).

¹² Fed. R. Civ. P. 23.1(c).

¹³ Fed. R. Civ. P. 23(e)(1).

In particular, the pleading requirements vary. In derivation suits, for example, suitors must verify the complaint.¹⁴ In stockholder class actions, in contrast, they need not do so.¹⁵ Litigants launching the latter type of process must “provide a sworn certification” declaring, *inter alia*, that they “reviewed” the filing, that they did not “purchase” their stock “at the direction of” their attorney or for purposes of litigation, and that they will not collect any compensation for their services.¹⁶ They must additionally state whether they have recently lodged any other class suits.¹⁷ Finally, a shareholding plaintiff who initiates a derivative as opposed to a class complaint must submit specific statements as to share ownership,¹⁸ as to the absence of “collusive” intent,¹⁹

and as to “any effort to obtain the desired action from the directors.”²⁰

The case law has interpreted this last pre-requisite to mean that claimants in a derivatively conducted suit—but not in a stockholder class action—must first “exhaust[] . . . intracorporate remedies.”²¹ In other words, they must request the directorial board to prosecute the assertion, unless they show the futility of any such demand in light of the body’s conflict of interest.²² With such a request, the complainant constructively concedes the directors’ “independence”²³ and may proceed only if she demonstrates a “wrongful refusal.”²⁴

The judiciary has thus pushed derivative suits away from the notice-pleading model that prevails in a class action and in litigation as a whole.²⁵ It

¹⁴ Fed. R. Civ. P. 23.1(b) (“The complaint must be verified . . .”).

¹⁵ See Fed. R. Civ. P. 11(a) (“Unless a rule or statute specifically states otherwise, a pleading need not be verified or accompanied by an affidavit.”).

¹⁶ 15 U.S.C. §77z-1(a)(2) (2006) (Private Securities Litigation Reform Act).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(1). See also Del. Ct. Ch. R. 23.1(a); Del. Code Ann. tit. 8, § 327 (West 2011).

¹⁹ Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(2).

²⁰ Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(3) See also Del. Ct. Ch. R. 23.1(a)

²¹ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984), *overruled on other grounds by* Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000).

²² Beam v. Stewart, 845 A.2d 1040, 1048 (Del. 2004) (A “stockholder may not pursue a derivative suit to assert a claim of the corporation unless: (a) she has first demanded that the directors pursue the corporate claim and they have wrongfully refused to do so; or (b) such demand is excused because the directors are

deemed incapable of making an impartial decision regarding the pursuit of the litigation.”).

²³ Levine v. Smith, 591 A.2d 194, 212 (Del. 1991), *overruled on other grounds by* Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000).

²⁴ *Id.* at 200.

²⁵ See *id.* at 210 (“Rule 23.1 is an exception to the general notice pleading standard of the Rules.”); see also Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 254 (Del. 2000) (“Pleadings in derivative suits are governed by Chancery Rule 23.1 . . . Those pleadings must comply with stringent requirements of factual particularity that differ substantially from the permissive notice pleadings governed solely by Chancery Rule 8(a). Rule 23.1 is not satisfied by conclusory statements or mere notice pleading.”). Cf. Fed. R. Civ. P. 8(a)(2) (“A pleading that states a claim for relief must contain . . . a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief.”). “The liberal notice pleading of Rule 8(a),” according to the United States Supreme Court, “is the starting point of a simplified pleading system, which was adopted to focus litigation on the merits of a claim.” Swierkiewicz v. Sorema N.A., 534 U.S.

has basically forbidden a suitor derivatively to institute a complaint that merely notifies the defendants about her contentions and to build her claim through discovery.²⁶ She must, in effect, either make her case upfront or else face an early motion to dismiss. Specifically, such stockholding litigants “must allege with particularity facts raising a reasonable doubt that the corporate action being questioned was properly the product of business judgment.”²⁷

In contrast, a plaintiff in a class action and any other non-derivative suit does not have to present “detailed factual allegations.”²⁸ She must plead, at least in a federal forum, “factual content that allows the court to draw the reasonable inference” of liability.²⁹ Certainly, this requirement considerably thickens the “notice” that the defending parties must receive. It does not imply,

however, that the claimant must factually allege the “with particularity.”

More generally, derivation suits diverge from class actions, according to Delaware’s highest tribunal, with respect to both the locus of the injury and the beneficiary of the redress.³⁰ As previously pointed out, derivative suits stake a corporative rather than a shareholder assertion. Therefore, they involve harm to and relief for the corporation, in the first instance.³¹ Naturally, the damage and the reparation indirectly and ultimately concern the investors as the residual owners. Shareholder direct complaints, for their part, concentrate from the outset on exposing injuries to and gaining damages for the stockholders.³²

2. AN ALTERNATIVE VIEW

506, 514 (2002). “Other provisions of the Federal Rules of Civil Procedure are inextricably linked to Rule 8(a)’s simplified notice pleading standard.” *Id.* at 513. “This simplified notice pleading standard relies on liberal discovery rules and summary judgment motions to define disputed facts and issues and to dispose of unmeritorious claims.” *Id.* at 512.

²⁶ See, e.g., *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 211 (Del. 1991) (explaining that allowing a plaintiff whose complaint does not contain particularized allegations to conduct discovery “would be a complete abrogation of the principles underlying the pleading requirements of Rule 23.1.”).

²⁷ *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 254-255 (Del. 2000).

²⁸ *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007). In *Ashcroft v. Iqbal*, the U.S. Supreme Court held that “the pleading standard Rule 8 announces does not require ‘detailed factual allegations,’ but it demands more than an unadorned, the-defendant-unlawfully-harmed-me accusation.” 556 U.S. 662, 678 (2009) (quoting *Bell Atl. Corp.*, 550 U.S. at 555).

²⁹ *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 678 (2009). The claim must have “facial plausibility,” in the sense that “the plaintiff pleads factual content that allows the court to draw the reasonable inference that the defendant is liable for the misconduct alleged.” *Id.*

³⁰ Derivative suits differ not only from shareholder class actions but also from direct actions, in general, as far as “(1) who suffered the alleged harm (the corporation or the suing stockholders, individually); and (2) who would receive the benefit of any recovery or other remedy (the corporation or the stockholders, individually.” *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette, Inc.*, 845 A.2d 1031, 1033 (Del. 2004). See also *Ams. Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213, 1264-1265 (Del. 2012).

³¹ See *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984), *overruled on other grounds by Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000). (“The derivative action . . . is a suit by the corporation, asserted by the shareholders on its behalf, against those liable to it.”).

³² See generally *infra*, Part IV.

Against the conventional view just delineated, an alternative conception suggests itself. In fact, it leads to a diametrically opposed approach. From this standpoint, as argued in this Part, derivative suits and shareholder class actions converge superficially but diverge more profoundly.

On the surface, both procedures unfold collectively. Actually, they operate trans-individually, insofar as they do not concern an individual but, instead, a larger group.³³ Hence, derivation suits deal with the entitlements of the corporation, not of the complainant. Likewise, stockholder class actions relate to the rights of all included investors, not merely to those of the suitor.

Secondly, the two types of litigation involve representation. The nominal plaintiffs generally proceed on the entitlements of others. In particular, they stand in for the corporation in derivative suits and for a large number of corporate shareholders in stockholder class actions.³⁴

Thirdly, both procedural mechanisms ostensibly aim at the instrumental objective of resolving a

dispute between investors and directors.³⁵ They also overlap in their reflexive or intrinsic aim, which consists in allowing the former and the latter to interact throughout the proceedings in terms of fairness.³⁶ Of course, the litigation itself usually becomes an important part of the relationship between these actors.

Finally, the two procedural devices confront the same primary challenge: they must insure representative adequacy. The plaintiffs must clearly and consistently show that they are adequately representing the relevant collectivity—whether the corporative organization or the class of stockholders.³⁷

Despite resembling each other from a superficial perspective, these procedures differ at a more fundamental level. In reality, the referenced points of apparent convergence reveal themselves as points of divergence upon deeper inspection. As the United States Supreme Court declared in its 1881

³³ See *supra* notes 2, 3, 4 and accompanying text.

³⁴ See *supra* notes 1, 3, 25 and accompanying text.

³⁵ See Fed. R. Civ. P. 23.1(a) (“This rule applies when one or more shareholders or members of a corporation . . . bring a derivative action to enforce a right that the corporation . . . may properly assert but has failed to enforce.”); Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s note (1966 Amendment) (“[A]ctions by shareholders to compel the declaration of a dividend[,], the proper recognition and handling of redemption or pre-emption rights, or the like . . . should ordinarily be conducted as class actions.”).

³⁶ See Ángel R. Oquendo, *The Comparative and the Critical Perspective in International Agreements*, 15 UCLA Pac. Basin L.J. 205, 208 (1997) (“[Contrary to an] exclusively instrumental view, according to which procedure is taken to serve particular ends, . . . a reflexive conception . . . regards procedure as having intrinsic value. The value of procedure [is] thus . . . a function of not only the objectives advanced but also the internal constitution of procedure—e.g., how it processes the arguments made, how it treats the various actors, what kind of power relations it supports.”).

³⁷ See *supra* notes 1, 2, 4 and accompanying text.

opinion in *Hawes v. Oakland*,³⁸ a derivation suit “is a very different affair from a controversy between the shareholder of a corporation and that corporation itself, or its managing directors or trustees, or the other shareholders, who may be violating his rights or destroying the property in which he has an interest.”³⁹ The disparity does not disappear when many investors, rather than one, file the complaint against the corporate entity or board members.

A. *Collective Litigation*

First, although the two types of litigation do indeed proceed collectively, they do so quite dissimilarly. Derivative suits are truly collective because they involve a collectivity, namely, the corporation, as the genuinely interested party, as well as its rights.⁴⁰ In contrast, shareholder class actions aggregate numerous individual assertions.

Consequently, they concern individuals and unfold on a group basis only because they affect the entitlements of an aggregation of parties, instead of those of a single person, whether natural or juridical.⁴¹ “In law,” the United States Supreme Court has proclaimed, “the corporation and the aggregate members of the corporation are not the same thing”⁴²

Granted, the corporate structure has no life of its own. Its concerns often boil down to those of the investors, who residually and ultimately own the company. Apparently, a complaint on behalf of the corporation does not deviate much from a complaint in the name of all of the stockholders.

Nonetheless, the corporate business normally also embodies the interests of many stakeholders, such as its creditors, its employees, its suppliers, and the communities in which it operates.⁴³ Ideally, a derivation suit should take into account these “other”

³⁸ 104 U.S. 450 (1881), *abrogated by* *Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc.*, 500 U.S. 90 (1991).

³⁹ *Id.* at 454 (1881).

⁴⁰ See *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981) (“Derivative suits enforce corporate rights and any recovery obtained goes to the corporation.”).

⁴¹ Some commentators have proposed treating the class as an entity for practical reasons. For instance, Edward Cooper contends that such doing so “may help to sharpen the focus on class-as-client, speaking through one set of agents to another.” Edward H. Cooper, *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, 71 N.Y.U. L. REV. 13, 16. (1996). He maintains that this approach would additionally enable courts to decide, in a more clearheaded fashion, issues of “mootness,” counsel conflict of interest, “jurisdiction,” “due process,” “choice of law,” “adequacy of settlement,” “preclusion.” *Id.* 28-

29. See also David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 Notre Dame L. Rev. 913, 917 (1998) (arguing that the class action “should be viewed as not involving the claimants as a number of individuals, or even as an ‘aggregation’ of individuals, but rather as an entity in itself for the critical purposes of determining the nature of the lawsuit”).

⁴² *Hawes*, 104 U.S. at 455 (quoting *Foss v. Harbottle*, [1843] 2 Hare, 461).

⁴³ See, e.g., 15 Pa. Cons. Stat. Ann. § 1715 (a)(1) (West 2013) (“[The directors] may . . . consider [t]he effects of any action upon any or all groups affected by such action, including shareholders, employees, suppliers, customers and creditors of the corporation, and upon communities in which offices or other establishments of the corporation are located.”); *Conn. Gen. Stat.* § 33-756(d) (3)-(4) (2012) (“[A] director of a corporation . . . may consider . . . the interests of

constituencies.⁴⁴ Even a close corporation in which the stockholders play most or all of these stakeholder roles does not merely amount to the totality of its investors. It possesses an independent juridical persona, bears liability to the extent of its own assets, and holds its own set of rights.

In these respects, an incorporated enterprise differs from a traditional partnership. Contrary to the former, the latter legally adds up to nothing but the sum of its members.⁴⁵ It has no legal personality, property, or entitlements of its own, as opposed to those of its partners.⁴⁶ As a result, suits for the benefit of such an association

the corporation's employees, customers, creditors and suppliers, [as well as] community and societal considerations including those of any community in which any office or other facility of the corporation is located."). See also *Revlon, Inc. v. Macandrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986) ("A board may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, provided there are rationally related benefits accruing to the stockholders."); *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985) ("[The] directors [must analyze] the nature of the takeover bid and its effect on the corporate enterprise. Examples of such concerns may include: . . . the impact on "constituencies" other than shareholders (i.e., creditors, customers, employees, and perhaps even the community generally) . . .").

⁴⁴ Since a plaintiff in a derivative suit stands in for the directors, she should inherit their authority or obligation to consider these stakeholders. See *supra* note 37 and accompanying text.

⁴⁵ See *Grand Grove of United Ancient Order of Druids v. Garibaldi Grove* 130 Cal. 116, 119, 62 P. 486 (1900) ("[Unincorporated associations are not] recognized by the law as persons. They are mere aggregates of individuals called for convenience, like partnerships, by a common name.").

and of the various associates essentially overlap with each other.⁴⁷

Certainly, a traditionally founded partnership does come across as a collectivity, despite lacking official acknowledgment as such. It resembles a corporation in that it seems to enjoy not solely an identity apart from that of its members but additionally its own rights. Not surprisingly, the law has progressed toward conceiving partnerships in these terms.⁴⁸

In any event, an incorporated organization, like a modern partnership, constitutes an entity apart from the persons that form and fund it. It amounts to a distinct group, composed of

⁴⁶ See *id.* ("[Such] associations cannot, therefore, acquire or hold property . . . All the property said to belong to it is in fact the property of its members and each man's share of it is his own private property.").

⁴⁷ See *id.* ("For the same reason such associations cannot sue or be sued. In suits where they are apparently parties, the real parties are the members of the association, who—as in the case of partnerships—are sued by the company name.").

⁴⁸ See Unif. P'ship Act § 6(1) (1914) ("A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit."), *id.*, § 8(1) ("All property originally brought into the partnership stock or subsequently acquired by purchase or otherwise, on account of the partnership, is partnership property."); *id.*, § 8(2) ("Unless the contrary intention appears, property acquired with partnership funds is partnership property."); Unif. P'ship Act § 101(6) (1997) ("Partnership' means an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit . . ."), *id.*, § 201(a) ("A partnership is an entity distinct from its partners."), *id.*, § 203 ("Property acquired by a partnership is property of the partnership and not of the partners individually.").

investors and dressed in corporative form. Whether bare or attired as a corporation, this collective body distinguishes itself from the aggregation of its constituents.

Sometimes class actions function as suits in representation of a collectivity, not of a conglomeration of individuals. They do so particularly under Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(2), when “the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole.”⁴⁹ For example, a school desegregation suit normally aims to realize the entitlements of the excluded race or ethnicity, not those of the various students.⁵⁰

To be sure, a shareholder class ordinarily lacks the cohesiveness and the permanence of a racial or ethnic class. Accordingly, the former rarely amounts to a collective in the same sense as the latter. Moreover, even in a shareholder class action for equitable satisfaction under Rule 23(b)(2), the stockholders do not usually litigate as a cohesive group, but instead as a host of people with separate and interrelated claims.⁵¹

Still, a 23(b)(2) shareholder class action could pursue an injunction against corporate measures that injure stockholders jointly rather than individually. For instance, it might allege that the board arbitrarily revoked a long-established written commitment to distribute dividends regularly to all investors. Such a suit calls to mind the previously cited controversy over discrimination in education in that it would bear upon a particular community as the real party in interest. Class members could not point to an entitlement that they possessed, to an injury that they had endured, or to a remedy that they could request, independent of and severable from those of their peers.

These specific shareholder-class-actions operate collectively somewhat along the lines of derivatively instituted suits. They also stake an assertion that pertains to stockholders as a group. Nevertheless, the interested party is the investor collectivity in its naked state, so to speak, rather than in the garb of a corporation.

All the same, shareholder class actions typically fall under Rules 23(b)(1) or 23(b)(3), not Rule 23(b)(2).⁵² On the one hand, they may launch in cases in which, as expressed in Rule 23(b)(1),

⁴⁹ Fed. R. Civ. P. 23(b)(2).

⁵⁰ See Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s note (1966 Amendment) (Subdivision (b)(2)) (“Illustrative are various actions in the civil-rights field where a party is charged with discriminating unlawfully against a class, usually one whose members are incapable of specific enumeration.”)

⁵¹ See, e.g., *In re Celera Corp. Shareholder Litigation*, 59 A.3d 418, 433 (Del. 2012) (In a suit on behalf of a large number of stockholders,

“certification under Rule 23(b)(2) is appropriate when the rights and interests of the class members are homogeneous. A Rule 23(b)(2) class may seek monetary damages in addition to declaratory or injunctive relief, so long as the claim for equitable relief predominates [sic].”)

⁵² For purposes of this article, Lauren Kinell conducted a survey on Westlaw of United States District Court decisions certifying shareholder class actions for a twelve-month period starting on June 2, 2012. She found that certification

“prosecuting separate actions . . . would create a risk of: (A) . . . incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications . . . that, as a practical matter, would . . . impair [the] ability [of other claimants] to protect their interests.”⁵³ On the other hand, shareholder class actions may address situations in which, as phrased in Rule 23(b)(3), “questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members . . . and . . . a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.”⁵⁴

The Advisory Committee on the key 1966 Amendments to Rule 23 mentioned the possibility of processing “actions by shareholders to compel the

declaration of a dividend[,] the proper recognition and handling of redemption or pre-emption rights, or the like” under Rule 23(b)(1)(B).⁵⁵ It further cautioned that “the matter has been much obscured by the insistence that each shareholder has an individual claim.”⁵⁶ Presumably, these suits could rest on Rule 23(b)(2), as maintained earlier. Significantly, the advisors distinguished such “shareholders’ actions . . . from derivative actions by shareholders dealt with in . . . Rule 23.1.”⁵⁷

Beyond the scenarios discussed in the previous paragraph, shareholder class actions mostly call for certification under the catch-all Rule 23(b)(3).⁵⁸ After all, they combine a multiplicity of discrete assertions. The judiciary could adjudicate the case satisfactorily

always took place either under 23(b)(1) or 23(b)(3). See *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton Co.*, 718 F.3d 423, 427 (5th Cir. Apr. 30, 2013) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *Davis v. Cent. Vermont Pub. Serv. Corp.*, No. 5:11-CV-181, 2012 WL 4471226, at 6-7 (D. Vt. Sept. 27, 2012) (certifying class of shareholders under Rule 23(b)(1)); *In re Winstar Commc’ns Sec. Litig.*, No. 01 CIV. 3014, 2013 WL 1700993, at *3 (S.D.N.Y. Apr. 17, 2013) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *In re Smith Barney Transfer Agent Litig.*, 290 F.R.D. 42, 45 (S.D.N.Y. Mar. 21, 2013) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *In re Merck & Co., Inc. Sec., Derivative & ERISA Litig.*, Nos. 05-1151 & 05-2367, 2013 WL 396117, at *1 (D.N.J. Jan. 30, 2013) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *In re Smart Techs, Inc. S’holder Litig.*, No. 11 CIV. 7673 KBF, 2013 WL 139559, at *1 (S.D.N.Y. Jan. 11, 2013) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *Katz v. China Century Dragon Media, Inc.*, 287 F.R.D. 575, 583 (C.D. Cal. 2012) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)); *Vinh Nguyen v. Radiant Pharmaceuticals Corp.*, 287 F.R.D. 563, 575 (C.D. Cal. 2012) (certifying a class of

shareholders under Rule 23(b)(3)); *In re Schering-Plough Corp./ENHANCE Sec. Litig.*, No. 8-397, 2012 WL 4482032, at *7 (D.N.J. Sept. 25, 2012) (certifying a class of shareholders under Rule 23(b)(3)).

⁵³ Fed. R. Civ. P. 23(b)(1).

⁵⁴ Fed. R. Civ. P. 23(b)(3).

⁵⁵ Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s note (1966 Amendment) (discussing Subdivision (b)(1); Clause (B)).

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s note (1966 Amendment) (Subdivision (b)(1); Clause (B)).

⁵⁸ See Joseph A. Grundfest & Michael A. Perino, *The Pentium Papers: A Case Study of Collective Institutional Investor Activism in Litigation*, 38 *Ariz. L. Rev.* 559, 564 n. 22 (1996) (“Shareholder class actions are most often certified under Rule 23(b)(3)”). In Lauren Kinell’s survey, undertaken for the benefit of this Article, class certification took place under Rule 23(b)(3) in eight out of nine United States District Court cases during a twelve-month period starting on June 2, 2012. See *supra* note 46.

through “separate actions;”⁵⁹ yet it could do so more effectively through a single class action.

In sum, plaintiffs in these and in most other shareholder class actions do not engage in collective litigation in the manner of their counterparts in derivation suits. The latter seek to vindicate the rights of a true collectivity, to wit, the corporative concern. The former, for their part, purport to enforce the personal entitlements of numerous investors in one swoop.

Derivatively run suits relate to shareholder class actions, in this regard, as citizen suits to ordinary class actions. In derivative and citizen suits, the respective real party in interest is a coherent group: the corporation and society as a whole. In shareholder- and standard-class-actions, the interested parties are actually the affected persons.

As an illustration, someone may litigate for the profit of the community at large against a pharmaceutical conglomerate that is allegedly contaminating the air and, hence, the communal quality of life. She may alternatively sue the same defendant in her own name and that of the many others whose homes have similarly depreciated due to the pervasive pollution. The first litigation would recall a derivation suit in that it focuses on the indivisible entitlements of a collectivity. The second would bear a resemblance to a shareholder class action in that it turns on the discrete rights of a mass of persons.

Of course, social and corporate formations ultimately consist of their citizenry and stockholders, respectively. Furthermore, one could assess the value of any asset or any entitlement of either of these collectivities, divide it by the number of constituents, and thus translate any joint claim on it into an assortment of discrete assertions. Nonetheless, such a complex operation would underscore, rather than cast doubt upon, the significance of the distinction between the collective and the individual. In reality, it would lend some support to the notions that people come to exercise unprecedented and only artificially translatable group-rights when they build a nation and that investors position themselves analogously when they incorporate their undertaking.

B. *The Nature Of The Representation*

The second superficial point of similarity between derivative suits and shareholder class actions—their representative character—also exposes itself as a point of dissimilarity upon deeper inspection. In particular, these two procedural mechanisms differ in the kind of representation they entail. In derivation suits, the claimants speak for a party other than themselves and to which they relate as investors.⁶⁰ In shareholder class actions, they litigate for themselves and for other, comparably concerned stockholders.⁶¹

Federal Rule of Civil Procedure 23.1 might generate some confusion on

⁵⁹ Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(A).

⁶⁰ See *supra* note 1 and accompanying text.

⁶¹ See *supra* note 3 and accompanying text.

this front. It asserts: “The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of shareholders or members who are similarly situated in enforcing the right of the corporation or association.”⁶² This provision insinuates, incorrectly, that the complainant, in derivatively prosecuted suits as well as in class actions, acts as the proxy of other, equally entitled investors.

The history of derivation suits may help explain this requirement of adequate representativeness *vis-à-vis* parallelly positioned investors.

*Historically, the derivative suit was conceived of as a double suit, or two suits in one: The plaintiff (1) brought a suit in equity against the corporation seeking an order compelling it (2) to bring a suit for damages or other relief against some third person who had caused legal injury to the corporation.*⁶³

In the first action, the complainant proceeded for herself and other stockholders in an attempt to constrain the company to take action. She therefore had to perform her deputized function properly with respect to her fellow investors. In the second procedure, the actual derivation suit, the

suitor stepped into the shoes of the corporate enterprise and assumed no specific duties in relation to other stockholders.

Presently, the two actions seem to unfold more tightly together as one. According to the Delaware Supreme Court, however, a derivative suit still consists of two components: “the stockholder’s suit to compel the corporation to sue and the corporation’s suit.”⁶⁴ In other words, “[t]he nature of the action is two-fold. First, it is the equivalent of a suit by the shareholders to compel the corporation to sue. Second, it is a suit by the corporation, asserted by the shareholders on its behalf, against those liable to it.”⁶⁵ Consequently, the claimant stands in, on the one hand, for all of her fellow investors in demanding litigation and, on the other hand, for the incorporated organization in vindicating its entitlements.

In the initial stage, the complainant lodges her complaint in the name of stockholders as a group, not of discrete investors. She plays a role analogous to that of someone who launches a 23(b)(2) class action for an injunction against segregation in elementary schools. In both scenarios, the collectivity holds the right, not its members individually. Requiring that derivative suitors “fairly and adequately

⁶² Fed. R. Civ. P. 23.1(a).

⁶³ Robert Charles Clark, *Corporate Law* 639-40 (1986).

⁶⁴ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981).

⁶⁵ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984), *overruled on other grounds by Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000). *See also Harff*

v. Kerkorian, 324 A.2d 215, 218 (Del. Ch.1974) (“The nature of the derivative suit is twofold: first, it is the equivalent of a suit by the stockholders to compel the corporation to sue; and second, it is a suit by the corporation, asserted by the stockholders in its behalf, against those liable to it.”).

represent the interests of shareholders . . . who are similarly situated”⁶⁶ may blur but does not actually alter this fact. The federal regulatory provision on class actions speaks more clearly of fair and adequate representation of “the interests of the class.”⁶⁷

In truth, the opening phase amounts to a genuinely collective class action, like many of those processed under Rule 23(b)(2). Hence, the claimants appear for themselves and other stockholders, not as an aggregation of individuals, but instead as a cohesive community. They posit a claim that belongs to the group as a whole and that allows no apportionment among the various investors.

Once again, citizen suits and ordinary class actions may serve to illustrate the divergence at issue in this subsection. The former, like derivation suits, empower a complainant to substitute herself for a separate entity, which counts her as one of its many constituents. The latter, like stockholder class actions, involve a suitor who acts as a spokesperson for a multiplicity of interested individual class-members, as well as herself.

Accordingly, the plaintiff in the environmental citizen suit evoked earlier undertakes the representation of the society in its entirety. She does not really represent her likewise affected peers among the citizenry or, rather, represents them only as a collectivity. In contrast, the claimant in the parallel class action does file for the benefit of the landowners whose property, like hers, lost value due to the pollution.

C. Instrumental And Reflexive Procedural Aims

Regarding the third point of comparison, namely the underlying aim, derivative suits differ from shareholder class actions in that they instrumentally pursue, beyond the settlement of a dispute between stockholders and directors, the structural reform of the corporation.⁶⁸ In particular, they seek to alter the power structure in order to grant investors more of a say in corporate decision-making, at least with respect to the derivatively asserted claims.⁶⁹ More generally, the introduction of the derivative procedure constitutes a considerable shift of control from the directorate back to the stockholders.

⁶⁶ Fed. R. Civ. P. 23.1.

⁶⁷ Fed. R. Civ. P. 23(a)(4).

⁶⁸ See, e.g., Jessica Erickson, *Corporate Governance in the Courtroom: An Empirical Analysis*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 1749, 1754 (2010) ((explaining that derivative suits more often lead to “reform [in] corporate governance practices” through settlement rather than to “meaningful financial benefit” to the corporation).

⁶⁹ See Bryant G. Garth *et al.*, *Empirical Research and the Shareholder Derivative Suit: Toward a Better-Informed Debate*, 48 Law & Contemp.

Probs. 137, 158 (1985) (“[In derivative suits, the] real question is about controlling economic power. [Therefore], the derivative suit represents a complex social institution that helps regulate power conflicts.”). See also *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 548 (1949) (“This remedy born of stockholder helplessness was long the chief regulator of corporate management and has afforded no small incentive to avoid at least grosser forms of betrayal of stockholders’ interests. It is argued, and not without reason, that without it there would be little practical check on such abuses.”).

In this sense, derivation suits tend not only to distance themselves from shareholder class actions but also to come closer to public-law litigation.⁷⁰ For instance, they focus on creating a completely new state of affairs rather than on reestablishing the *status quo ante*.⁷¹ Upon a favorable ruling, the stockholders as a collectivity end up themselves making the contested decision to sue and augmenting their influence within the corporation.

Furthermore, derivatively prosecuted suits, like public-law litigation and as opposed to shareholder class actions, mostly aim at structurally injunctive, as well as compensatory, satisfaction.⁷² Beyond merely procuring any unclaimed reparation., they purport to compel the corporative organization to stake the assertion at issue.⁷³ As previously suggested, stockholder class

actions may indeed pray for an equitable remedy; yet they normally do not call for significant interference in the board's exercise of authority.

Finally, judges usually become more profoundly engaged in derivative and public-law suits than in shareholder class actions. They must go beyond protecting the interests of absent class members in order to do justice to the investors as a group and to the corporation itself. In a derivation suit, the ultimate judgment must strike a delicate balance among the interests of investors, directors, and stakeholders.⁷⁴ In an ordinary shareholder-class-action, however, the adjudicator must simply assess whether the corporate enterprise has encroached upon the shareholders' entitlements and how best to distribute the compensation in case of liability.⁷⁵

⁷⁰ See generally Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976) (explaining the necessity of judicial involvement in public-law litigation in an increasingly regulated society); Owen M. Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, 53 Wash. & Lee L. Rev. 21 (1996) (explaining that civil class actions can serve a public as well as a private purpose); Owen M. Fiss, *The Social and Political Foundations of Adjudication*, 6 L. & Hum. Behav. 121 (1982) (discussing the role of adjudication in enforcing constitutional values).

⁷¹ See Erickson, *supra* note 67, at 1754.

⁷² See, e.g., *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85, 88 (Del. 2001) (“[Plaintiff] filed . . . [the] action . . . to enjoin the consummation of a merger.”); *MCA, Inc. v. Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd.*, 785 A.2d 625, 629 (Del. 2001) (“[P]laintiffs . . . filed an amended complaint seeking preliminary injunctive relief against consummation of the Tender Offer.”). See also Stephen P. Ferris *et al.*, *Derivative Lawsuits as a Corporate Governance Mechanism: Empirical Evidence on Board Changes Surrounding Filings*, 42 J. Fin. &

Quantitative Analysis 143, 146 (2007) (“The derivative lawsuit might serve its purpose by publicizing the firm’s agency problems, thus leading the firm to institute governance changes not directly captured in the litigation process.”).

⁷³ See *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984), *overruled on other grounds by Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000); *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981).

⁷⁴ See *Zapata*, 430 A.2d at 788 (quoting *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Supp. 274, 285 (1980)) (“[W]e recognize that ‘the final substantive judgment whether a particular [derivative] lawsuit should be maintained requires a balance of many factors—ethical, commercial, promotional, public relations, employee relations, fiscal as well as legal.’”).

⁷⁵ Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure “provides that all class actions maintained to the end as such will result in judgments including those whom the court finds to be members of the class . . . and refers to the measures which can be taken to assure the fair conduct of these actions.” Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s

Of course, derivatively filed suits and stockholder class actions equally entail complex litigation. Therefore, they both demand substantial judicial engagement, which the law defines in almost identical terms. On the one hand, the “court has inherent power to provide for the conduct of the proceedings in a derivative action, including the power to determine the course of the proceedings and require that any appropriate notice be given to shareholders or members.”⁷⁶ On the other hand, in “conducting [a class] action, the court may issue orders that (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument [or that] (B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members”⁷⁷

Nonetheless, derivation suits distinguish themselves from stockholder class actions in that they saddle the tribunal with a qualitative, instead of quantitative, challenge. Specifically, they call on the judge to adjudicate a qualitatively extraordinary

claim, not to entertain a sizeable quantity of standard assertions at once. She must rule, extraordinarily, on the appropriateness of allowing the complainants to displace the directorial board, as well as, rather ordinarily, on whether the corporation should prevail on the merits. In each one of her determinations along the way, she must draw on the entire procedural apparatus at her disposal in order to consider the perspectives of the plaintiffs, investors, the managers, the experts, and the stakeholders and ultimately to promote the company’s well-being. In fact, the directors may at any point and repeatedly prior to trial present an independent-committee finding that the litigation no longer serves the interests of the corporative entity and move for dismissal.⁷⁸

This whole discussion suggests that the two mechanisms deviate from each other in their reflexive, as well as instrumental, objective. Derivatively instituted suits, in contradistinction to shareholder class actions, aspire to enable stockholders, not as individuals but as a collective unit, to relate to

note (1966 Amendment). The tribunal must adjudicate on “the claims . . . of the representative parties,” as well as on “the claims . . . of the class.” Fed. R. Civ. P. 23(a)(3). In addition, it must assure, also in the distribution any damages awarded, a fair and adequate protection of “the interests of the class.” Fed. R. Civ. P. 23(a)(4) & (g)(1)(B). See, e.g., *Eisen et al. v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 165-166 (1974) (“[In] a class action on behalf of . . . odd-lot traders on the New York Stock Exchange, . . . the [trial] court dealt with problems of the computation of damages, the mechanics of administering [the] suit as a class action, and the distribution of any eventual recovery.”).

⁷⁶ Fed. R. Civ. P. 23.1 advisory committee’s note (1966 Amendment).

⁷⁷ Fed. R. Civ. P. 23 (d)(1)(A, B).

⁷⁸ *Zapata Corp.*, 430 A.2d at 788 (“After an objective and thorough investigation of a derivative suit, an independent committee may cause its corporation to file a pretrial motion to dismiss in the Court of Chancery. The basis of the motion is the best interests of the corporation, as determined by the committee. The motion should include a thorough written record of the investigation and its findings and recommendations.”).

management throughout the process and beyond in fair and rightful terms. Once again, the configuration of this relationship during the litigation will bear upon how these and other groups interact with each other afterward.

D. Representative Adequacy

Regarding the fourth and last comparative angle, the challenge of adequacy of representation manifests itself differently in the context of these two formal devices. In shareholder class actions, the tribunal must uphold the due process rights of absent class members. In derivative suits, it must not solely shield the entitlements of the represented entity but additionally exert its authority to preserve the autonomy of that collectivity.

As previously noted, the corporation, rather than any of the stockholders, constitutes the genuinely interested party in derivatively prosecuted suits. It participates in the proceedings as a defendant and, therefore, does not ordinarily risk a violation of its adjectival rights or a systematic disregard of its point of view.⁷⁹ Nonetheless, this type of litigation may entail the displacement or even the sterilization of the directorial board. Hence, it may undermine the investors' collective effort to govern the corporative concern through that deputized body.

⁷⁹ See, e.g., *Cannon v. U. S. Acoustics Corp.*, 398 F. Supp. 209, 213 (E.D. Ill. 1975) (“A derivative suit is, in legal effect, a suit brought by the corporation, but conducted by the shareholders. The corporation [is] formally aligned as a defendant for historical reasons.”); *Sohland v.*

Once again, citizen suits and ordinary class actions present a similar contrast. The former, contrary to the latter, do not call for the protection of the entitlements of the constituents of the collectivity. Instead, they necessitate the prevention of any destabilization of the political branches of government.

In the example evoked earlier, the plaintiff does not endanger the substantive rights of any of her fellow citizens by positing the community's environmental claims against the pharmaceutical conglomerate. Even so, she may hamper the authorities' undertakings on the same front. For instance, the state may have already initiated litigation or may have decided to abstain from doing so in light of the defensive party's voluntary exertions to solve the problem.

Similarly, an investor does not impinge upon the entitlements of her peers when she pursues an assertion against one of the corporation's debtors. Nevertheless, she may frustrate endeavors corporately to address the matter. The directorate may have launched a prior, identical complaint or may have refrained from such a course of action in the expectation of achieving some other benefit, perhaps a concession from the supposed violator.

All too often, the judiciary has approached these complications too narrow-mindedly in corporate controversies. It has assumed that

Baker, 141 A. 277, 281 (Del. 1927) (“[A] stockholder may sue in his own name for the purpose of enforcing corporate rights, though the corporation in question is nominally a party defendant.”).

stockholders, as a group, should exercise their self-determination exclusively through the board.⁸⁰ As a result, the case law authorizes derivation suits only when the directors have hopelessly compromised themselves.⁸¹

Ideally, the law should shift from a representative to a participatory conception of shareholder democracy. It should appreciate, accordingly, that investors participate in the company's decision-making not only through their vote but also through other means, such as stockholder inspections, shareholder proposals, and derivative suits. From this general standpoint, the complaint in these actions would not have to allege with particularity conflict of interest or wrongful denial of prosecution. Moreover, claimants would have the right to minimal process when they

initially ask the corporation to assert the contested claim. They could insist on a written response and, upon making a facially meritorious case on paper, a face-to-face meeting with corporate officials.

In all likelihood, however, tribunals will continue to reject this take out of a somewhat speculative concern with the prospect of a deluge of frivolous filings. They will probably persist in requiring stockholders to demand the board to proceed,⁸² in construing the demand as a concession of directorial independence,⁸³ in allowing the corporation to refuse without any kind of hearing,⁸⁴ and in compelling complainants to establish the wrongness of the refusal during the pre-trial phase.⁸⁵ Thus, derivation suits will hardly develop, in the near future, their

⁸⁰ See *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 200 (Del. 1991) (“The directors of a corporation and not its shareholders manage the business and affairs of the corporation . . . , and accordingly, the directors are responsible for deciding whether to engage in derivative litigation.”); *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), *overruled on other grounds by Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000) (“The business judgment rule is an acknowledgment of . . . managerial prerogatives It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.”); *Miller v. American Tel. & Tel. Co.*, 507 F.2d 759, 762 (9th Cir. 1974) (“The sound business judgment rule . . . expresses the unanimous decision of American courts to eschew intervention in corporate decision-making if the judgment of directors and officers in uninfluenced by personal

considerations and is exercised in good faith.”). See generally James D. Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, 1982 Duke L.J. 959, 972 (“[C]ommercial considerations . . . justify the overwhelming deference courts accord director decisions in normal commercial transactions.”).

⁸¹ See *supra* notes 15-18, 79 and accompanying text.

⁸² See *supra* note 16 and accompanying text.

⁸³ See *Levine*, 591 A.2d at 212 (“A shareholder plaintiff, by making demand upon a board before filing suit . . . tacitly concedes lack of self-interest and independence of a majority of the Board.”).

⁸⁴ See *id.* at 214 (“While a board of directors has a duty to act on an informed basis in responding to a demand . . . , there is obviously no prescribed procedure that a board must follow.”).

⁸⁵ See *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040, 1048-1049 (Del. 2008) (“The . . . directors are entitled to a *presumption* that they were faithful to their fiduciary duties. In the context of presuit demand, the burden is upon the plaintiff in a

full potential as a vehicle for the empowerment of investors as a collectivity.

Certainly, a derivatively conducted lawsuit may thwart the directorate's work. "By its very nature, the derivative action impinges on the managerial freedom of directors."⁸⁶ In other words, it may hinder the shareholders from self-determining through their regular representatives.

The judiciary must keep such danger in mind and at bay. It must painstakingly probe into whether the litigation might undercut the autonomy of stockholders as a collectivity. At the end of the day, while the recommended approach may or may not increase the number of suits, it centers on what matters, namely, the preservation of shareholder self-determination, rather than on intrinsically irrelevant issues, such as whether the pleadings particularize a charge of self-dealing by the directorate.

In any event, judges should acknowledge that investors embark upon an alternative and potentially constructive form of democratic engagement when they sue derivatively. Derivation suits have become, in a formulation by Robert Clark repeatedly quoted by the Delaware Supreme Court, "one of the most interesting and ingenious of accountability mechanisms for large formal organizations."⁸⁷ Consequently, judges should reasonably

accommodate derivative litigation instead of limiting it to clear cases of directorial partiality.

Part V will revisit these questions. In the end, it will propose that derivatively lodged actions follow the lead of citizen suits and entitle the suitors to file even when the collectivity's legitimate delegates show disinterestedness. Under this proposition, the directors would hold the right to: (1) receive notification of the complaint and of any settlement, (2) stake the assertion themselves, and (3) stop the litigation by demonstrating that it would either harm the corporate business or jeopardize the collective autonomy of the investors.

3. DISTINGUISHING DERIVATIVE AND DIRECT SUITS

The perspective adopted in Part III facilitates understanding derivation suits and shareholder class actions. The former basically entail the vindication of an authentically collective right. The latter involve, by and large, the enforcement of an aggregation of individual entitlements.

From this standpoint, adjudicators would be better able to distinguish one procedure from the other. When tracing this distinction in a concrete controversy, they would focus on the kind of rights that the suitor wants to vindicate. The assessment would start

derivative action to overcome that presumption.").

⁸⁶ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 811 (Del. 1984), *overruled on other grounds by* Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000).

⁸⁷ Clark, *supra* note 62, at 639 (cited in *Ams. Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213, 1264 (Del. 2012); *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette, Inc.*, 845 A.2d 1031, 1036 (Del. 2004); *Kramer v. Western Pacific Industries, Inc.*, 546 A.2d 348, 351 (1987)).

by expressly asking whether the allegations rest on collectively or individually held entitlements. Thereafter, it would proceed to consider who underwent the detriment and who would benefit from the redress.

To be sure, the complainant usually aims to represent herself only, not a sizeable number of investors.⁸⁸ In other words, she normally does not institute a stockholder class action. The defending parties, for their part, typically strive to categorize the lawsuit as derivative in order to saddle their adversary with onerous pleading prerequisites.⁸⁹

These more common scenarios present an even starker contrast between the collective and the individual. After all, they turn on a dichotomy between derivatively and individually prosecuted suits,⁹⁰ not between derivation suits and shareholder class actions. The judiciary need not expose an aggregative class

action as, appearances notwithstanding, individual.

The Delaware Supreme Court has struggled to differentiate derivative and direct suits as clearly and as straightforwardly as possible.⁹¹ In *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette, Inc.*, it truly confronted “a purported class action”⁹² and went on to discard “some concepts in [its] prior jurisprudence” as “not helpful and... erroneous.”⁹³ The justices thereupon “set forth . . . the law to be applied . . . in determining whether a stockholder’s claim is derivative or direct.”⁹⁴ “That issue,” they proclaimed, “must turn *solely* on the following questions: (1) who suffered the alleged harm (the corporation or the suing stockholders, individually); and (2) who would receive the benefit of any recovery or other remedy (the corporation or the stockholders, individually)?”⁹⁵

The tribunal further elaborated on its test:

That is, a court should look to the nature of the wrong and to

⁸⁸ Compare *Feldman v. Cutaia*, 951 A.2d 727, 729 (Del. 2008) (Plaintiff “contends that his claim . . . was an individual one and not derivative in nature.”) with *Tooley*, 845 A.2d at 1033 (“Plaintiff-stockholders brought a purported class action in the Court of Chancery”).

⁸⁹ See, e.g., *Feldman*, 951 A.2d at 730 (“[T]he defendants moved to dismiss [plaintiff’s] complaint The motion to dismiss asserted that [plaintiff] had lost standing to pursue derivative claims.”); *Tooley*, 845 A.2d at 1033 (“The Court of Chancery granted the defendants’ motion to dismiss on the sole ground that the claims were . . . claims of the corporation being asserted derivatively. They were, thus, held not to be direct”).

⁹⁰ See *Ams. Mining Corp.*, 51 A.3d at 1264 (“[A] stockholder who is directly injured retains the right to bring an individual action for those

injuries affecting his or her legal rights as a stockholder. Such an individual injury is distinct from an injury to the corporation alone.”); *Tooley*, 845 A.2d at 1036 (“A stockholder who is directly injured [has] the right to bring an individual action for injuries affecting his or her legal rights as a stockholder. Such a claim is distinct from an injury caused to the corporation alone. In such individual suits, the recovery or other relief flows directly to the stockholders.”).

⁹¹ See *Tooley*, 845 A.2d at 1036 (“Therefore, it is necessary that a standard to distinguish such actions be clear, simple and consistently articulated and applied by our courts.”).

⁹² *Id.* at 1033.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

*whom the relief should go. The stockholder's claimed direct injury must be independent of any alleged injury to the corporation. The stockholder must demonstrate that the duty breached was owed to the stockholder and that he or she can prevail without showing an injury to the corporation.*⁹⁶

Consequently, a lawsuit qualifies as derivative, as opposed to direct, if the corporate entity, rather than the investors, not merely has endured the loss but additionally would stand to gain from any award issued. In a direct action, claimants must verify a detriment to them separate from any damage to the business itself.

The Delaware's highest tribunal has repeatedly endorsed this 2004 "landmark decision."⁹⁷ In *Americas Mining Corp. v. Theriault*, it accordingly distinguished a derivation suit from "a class action [in the name of] minority stockholders only."⁹⁸ "Because a derivative suit is brought on behalf of the corporation," the justices underscored,

"any recovery must go to the corporation."⁹⁹

The *Tooley* standard zeroes in on two crucial elements for the classification of a particular lawsuit as derivative or direct: the locus of the loss and the beneficiary of any satisfaction.¹⁰⁰ It should have added and should have indeed started with the key factor: the type of right at stake. In this regard, the probe boils down to a determination of whether the claimant is attempting to vindicate collective or individual entitlements.

Granted, *Tooley* does allude to this matter. It notes, in its elucidation, that the complainant in a direct action "must demonstrate that the duty breached was owed to the stockholder."¹⁰¹ And a duty ordinarily correlates with a right.¹⁰² Thus, when defendants shirk an obligation, they typically encroach upon an individually possessed entitlement.

Maybe the Delaware Supreme Court did not include the nature of the right in the analysis because it believed that doing so would amount to circular reasoning. Specifically, it may have thought that it was trying to define the

⁹⁶ *Id.* at 1039.

⁹⁷ *Feldman v. Cutaia*, 951 A.2d 727, 729 (Del. 2008); see, also, *Ams. Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213, 1264-1265 (Del. 2012); *Brooks-McCollum v. Emerald Ridge Bd. of Dirs.*, No. 104, 2011, slip op. at 5 (Del. Oct. 5, 2011).

⁹⁸ *Ams. Mining Corp.*, 51 A.3d at 1265.

⁹⁹ *Id.* at 1264.

¹⁰⁰ See *Tooley*, 845 A.2d at 1033.

¹⁰¹ *Id.* at 1039.

¹⁰² See generally Joseph Raz, *The Nature of Rights* (Ch. 7), *The Morality of Freedom* 165-192, 166 (1986) ("'X has a right' if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect

of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty."). Cf. Martha Nussbaum, *Capabilities and Human Rights*, 66 *Fordham L. Rev.* 273-300, 274 (1997) ("Still another unresolved question is whether rights—thought of as justified entitlements—are correlated with duties. If A has a right to S, then it would appear there must be someone who has a duty to provide S to A. But it is not always clear who has these duties—especially when we think of rights in the international context. Again, it is also unclear whether all duties are correlated with rights.").

entitlement at hand. Had the justices faced such a task, they indeed would have had every logical reason to refuse to list the entitlement's definition as one of the inquiry's prongs.

Nevertheless, the tribunal was attempting to characterize the claim, not the right. It should have perceived the former concept as broader than and as inclusive of the latter. A claim or assertion commonly encompasses a declared entitlement and injury, and prayer for compensation. The complainant must point to the harm experienced and the redress prayed for, in addition to the infringed-upon right.¹⁰³ She may not claim anything if she fails to identify the damage imposed and the reasonably requested reparation, even if she, in fact, holds the entitlement invoked.

Ordinary language supports, to some extent, such a divide between the terms “claim” and “right.” Parties normally *assert* or *stake* a claim.¹⁰⁴ In contradistinction, they *vindicate* or *enforce* a right.¹⁰⁵ This usage suggests that the underlying objects diverge from each other.

In sum, judges may consistently construe an assertion as derivative or direct based on whether the entitlement, the detriment, and the pursued remedy pertain collectively to the corporative unit or individually to the shareholders. Admittedly, this approach would not necessarily expedite the investigation. Nonetheless, it would lead the bench to zero in on all of the relevant considerations and to deal with hard cases more soundly.

The facts in *Feldman v. Cutaita*¹⁰⁶ help illustrate the point. Feldman directly impugned the validity of certain stock options, which two managing directors and the general counsel of Telx had received in 2004 and exercised upon the corporation's merger into GI Partners in 2006.¹⁰⁷ He evidently contended that the compensation plan took full effect in 2006 and that, at the time, it solely could have injured the investors and called for judgment in favor of them, inasmuch as Telx had ceased to exist.¹⁰⁸

Under *Tooley*, Feldman should have prevailed on this position. First, he had persuasively averred that the contested measure would exclusively harm the individual shareholders, if

¹⁰³ Under the Federal Rules of Civil Procedure a “statement of the claim” must include a “showing that the pleader is entitled to relief” and “a demand for the relief sought.” Fed. R. Civ. P. 8(a). The entitlement to relief rides on the existence and the violation of a right.

¹⁰⁴ See Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged 414 (3d ed. 2002) (defining “claim” as “a calling on another for something due or supposed to be due.”). *But cf. id.* (defining “claim” as “a privilege to something: right . . . specifically: a title to a debt, privilege, or other thing in the possession of

another.”); see also *id.* at 131 (defining “assert” as “to demonstrate the existence of.”).

¹⁰⁵ See *id.* at 1955 (defining “right” as “something to which one has a just claim” and as “something that one may properly claim as due.”); see also *id.* at 2553 (defining “vindicate” as “to protect from attack or encroachment: preserve, defend.”).

¹⁰⁶ 951 A.2d 727 (Del. 2008).

¹⁰⁷ *Id.* at 729-730.

¹⁰⁸ The Delaware Supreme Court reports that Feldman alleged “that the defendants breached their fiduciary duties by not reconsidering the validity of the Challenged Stock Options before approving the Merger agreement.” *Id.* at 730.

anybody.¹⁰⁹ Secondly, he had established that any damages would have to inure to them.¹¹⁰

Delaware's highest tribunal just affirmed the Court of Chancery's ruling "that the alleged harm" in 2006 was "the same as the Company would have suffered [in 2004] from the invalidity of the Challenged Stock Options."¹¹¹ It concluded, sensibly but inconsistently with *Tooley*, that if the original detriment readily qualified as derivative during Telx's existence, so must have the subsequent, fundamentally identical injury. "In order to state a direct claim," the justices insisted, "the plaintiff [would have had to endure] some individualized harm not suffered by all of the stockholders at large."¹¹²

This argument, at the very least, begs the question: If the board had a duty to revoke the invalid stock options before approving the 2006 fusion, would a violation not have subsequently inflicted damage upon and demanded reparation for the investors? If so, the corresponding assertion would have come across as direct under *Tooley*.

Certainly, the trier might have ascertained that the directorate actually had no such obligation, that no infringement or impairment had taken place, or that the shareholders deserved no indemnification. He might have even found that *Feldman* was simply rehashing, in the context of the 2006 merger approval, a prior contention about the 2004 stock-options scheme. These findings would have surely undermined the assertion on the

substance; yet they would not have transformed it from direct into derivative.

Moreover, a hypothetical adjudication in which the directors cashed in the stock options ahead of the combination would not essentially differ from the actual dispute. Still, it would have allowed the adjudicator to see the corporate person both as having sustained the loss and as eventually profiting from any relief awarded. *Tooley* would have problematically invited her to concentrate on these two factors and therefore to treat the two factual configurations differently.

In fact, judges should interpret a claim like that in *Feldman* as derivative since it rests on a genuinely collective entitlement possessed by the corporation and by the investors as a whole. Whether this collectivity subsists after the dissolution of the incorporated organization, at least for purposes of litigation, bears on the enforceability, but not on the kind of right. In general, the disappearance of the real party in interest does not render her representative in court the holder of her entitlements, although it may forestall any vindication thereof.

Under the extraordinary circumstances of *Feldman*, (1) the type of right at play runs counter to and ultimately trumps the other criteria, *viz.*, (2) the locus of the injury, and (3) the anticipated recipient of any award. Otherwise, these three parameters usually point in the same direction. In any event, the judiciary may rely on the

¹⁰⁹ *Id.* at 728-30.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 730.

¹¹² *Id.* at 733.

second and third parameters when in doubt with respect to the first one.

If the case law were to embrace the suggestion submitted at the end of Part III and shift away from the burdensome complaint-requirements presently attached to derivation suits, it would reduce the significance of this entire differentiation. Courts would tend to go into the merits straightaway. They would label the lawsuit as derivative or direct chiefly in order to decide how to allocate the satisfaction.

As conceded earlier, the judiciary will probably keep compelling suitors filing derivatively to make much of their case already in the pleadings.¹¹³ In all likelihood, it will also continue insisting that they “maintain stockholder status in the corporate defendant throughout the litigation.”¹¹⁴ Even so, judges might show themselves more open to the proposed benchmark for distinguishing derivative from direct suits because it would not, in any way, lower the bar for investors striving to sue derivatively.

4. CONCEPTUALIZING COLLECTIVE RIGHTS

At the end of the day, grasping the difference between derivation suits and shareholder class actions sheds light on what collective entitlements are all about. Most fundamentally, one perceives that a genuinely collective right differs from an aggregation of

discrete entitlements insofar as it belongs to the group, not to the members.

Accordingly, a derivatively driven suit concentrates on the entitlements of the corporate enterprise or of the stockholders as a unit, not on those of individual investors, who retain nothing but an indirect interest.¹¹⁵ In contrast, a shareholder class action turns on the individually held rights of the shareholders. It combines, for purposes of efficacy in processing, a multiplicity of such entitlements, yet it does not thus become an authentically collective procedure.

The temptation to reduce a collective right to an array of individual entitlements may stem, in part, from the desire to avoid reifying the collectivity. A corporation or a group of investors does not exist in and of itself. Whoever attributes rights to such an entity seems to be treating it, implicitly, as existent.

Still, the statement that derivative suits focus on the entitlements of the corporative unit or of the collection of stockholders does not imply the paradoxical existence of either. It simply means that the incorporated organization subsists as a juridical person and, as such, holds rights that the investors may vindicate derivatively. Such a construct of law can possess no other kind of subsistence.

This insight illuminates collective entitlements more broadly. In particular,

¹¹³ See *supra* notes 81-84 and accompanying text.

¹¹⁴ *Feldman*, 951 A.2d at 731 (citing *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, 1046 (Del. 1984)).

¹¹⁵ See generally Joseph Raz, *National Self-Determination* (Chap. 6), *Ethics in the Public*

Domain 125, 120 (1995) (“Group interests are conceptually connected to the interests of their members but such connections are nonreductive and generally indirect.”)

citizen suits concern the citizenry and its rights along similar lines. Such a civic community boasts not just an equivalent legal existence, recognized at the very least by the statute that authorizes the litigation, but additionally entitlements of its own, which its constituents may exercise on its behalf.¹¹⁶ In the pharmaceutical air-contamination example invoked in Part III, the society as a whole exists in this sense and a local activist vindicates its environmental entitlements.

Certainly, one need not postulate a metaphysically bizarre communal artifact in order to speak of collective entitlements that pertain to a group rather than to its members. One merely has to acknowledge that people may create an institution that may hold a right that indirectly benefits them but that does not belong to them, e.g., a corporation, club, town, or internationally sovereign regime. Frequently, the process of creation occurs less formally—as with neighborhoods, ethnicities, or nations—

and legal recognition may take place *ex post facto*.¹¹⁷

Similarly, the enforcement of collective entitlements does not thwart that of individual rights. In fact, the two unfold independently of, even though they may interrelate with and impinge upon, each other. For instance, a derivation suit to prevent, as corporate waste, a massive bonus for the directorate would run separately from a shareholder class action to force the distribution of certain overdue dividends, although it may restrict the amount of money available for such payments. Analogously, a civic suit to stop a chemical plant from polluting the air would proceed apart from, but would most likely bear upon, a class action by the neighbors requesting reparation for the depreciation of their property.

As a final observation, the implementation of group entitlements does not have to operate oppressively *vis-à-vis* the constituents and their rights. As observed in the preceding paragraph, it involves a different and independent set of entitlements, which

¹¹⁶ For example, section 4911 of the 1972 Noise Control Act expressly authorizes the use of citizen suits in federal court for air noise control violations. See Noise Control Act's Citizen Suit Provision, 42 U.S.C. §4911(b) (2006) (“[A]ny person (other than the United States) may commence a civil action on his own behalf . . . against any person . . . who is alleged to be in violation of any noise control requirement The district courts of the United States shall have jurisdiction, without regard to the amount in controversy, to restrain such person from violating such noise control requirement.”).

¹¹⁷ The communal entity, whether formally or informally created, must simply meet the requirements of numerosity, commonality, typicality, and adequate representation in order

to attain recognition as class. See Fed. R. Civ. P. 23 (a). If it shows that “the party opposing [it] has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class” in violation of its rights, it may request “final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole.” Fed. R. Civ. P. 23 (b)(2). See *also* Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee’s note (1966 Amendment) (Subdivision (b)(2)) (“This subdivision is intended to reach situations where a party has taken action or refused to take action with respect to a class, and final relief of an injunctive nature or of a corresponding declaratory nature, settling the legality of the behavior with respect to the class as a whole, is appropriate.”).

do not belong to the members in the first place. All the same, the exercise of such rights by a self-appointed proxy may undermine the collectivity's autonomy and, consequently, calls for special judicial control.

In a derivative suit, the claimant enforces the corporation's entitlements, not her own or those of other investors.¹¹⁸ Nonetheless, the bench must ensure that she properly represents the incorporated business in a legitimate act of participatory democracy. It must limit her participation in corporative decision-making to matters open to stockholder direct engagement and otherwise keep her from neutralizing the duly designated board.

In a citizen suit, the complainant likewise vindicates the rights of the polity, instead of her own or those of her fellow citizens,¹¹⁹ as in the previously cited pharmaceuticals-example. The tribunal must guarantee, however, that she acts consistently with the principles of participatory and representative democracy. It must rely on its own judgment and on the authorities' input, in order to preclude her from hampering the work of the political branches of government.

In both cases, the judiciary should steer clear of granting the

democratically elected representatives a prerogative to speak for the collectivity. It should appreciate the value and the legality of alternative modes of representation, whether within the corporation or society in its entirety. Litigation should go forward so long as the suitor meets the basic statutory or regulatory prerequisites, even if she cannot prove a clear conflict of interest or a manifest incapacity on the part of the official decision-makers.

On this front, citizen suits might lead derivation suits toward more openness. The former, as opposed to the latter, do not compel the claimant to establish in the complaint, or at trial, that office holders have compromised themselves.¹²⁰ Ideally, derivative suits might follow civic suits down this road and end up embracing a comparable approach.

If so, a litigant lodging a suit derivatively would not have to prove that the directors lacked independence. She would solely have to confirm that she offered them the opportunity to institute the action themselves. Such a confirmation would function to some extent like a verification of exhaustion of administrative remedies in a citizen suit against a governmental agency.¹²¹

Subsequently, the trier would pass on the appropriateness of the

¹¹⁸ See Fed. R. Civ. P. 23.1(a); see also *Tooley v Donaldson, Lufkin & Jenrette, Inc.*, 845 A2d 1031, 1036 (Del. 2004) (“[The derivative suit] enables a stockholder to bring suit on behalf of the corporation for harm done to the corporation. Because a derivative suit is being brought on behalf of the corporation, the recovery, if any, must go to the corporation.”); *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 200 (Del. 1991) (“A shareholder

derivative suit is a uniquely equitable remedy in which a shareholder asserts on behalf of a corporation a claim belonging not to the shareholder, but to the corporation.”).

¹¹⁹ See *supra* note 114 and accompanying text.

¹²⁰ See *supra* notes 19, 22-23, 112 and accompanying text.

¹²¹ See *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450, 460 (1881) (“[B]efore the shareholder is permitted in

board's refusal. It would thereby consider whether further litigation would serve the company's well-being. Lastly, the judicial focus would turn to the merits of the derivative assertion.

In civic suits, the state profits not only from its usually superior financial resources and expertise in the defense of the public interest but also from a number of adjectival advantages. It must normally receive notice ahead of the litigation,¹²² in addition to a copy of any eventually proposed consent decree.¹²³ The authorities may then object to the latter, as well as intervene.¹²⁴ Moreover, they may file for dismissal if they are already "diligently prosecuting an action" on the matter.¹²⁵

In the context of derivation suits, the board currently enjoys many of these

procedural benefits, along with others. It ordinarily has a right to notification in the form of a demand on it by the person intending to sue.¹²⁶ Besides, the corporation appears as a defendant,¹²⁷ as do the directors if the complainant stakes a claim against them. The concern's leadership therefore participates in the proceedings, as well as in any settlement negotiations. Furthermore, it may move to dismiss the complaint by invoking its own ongoing diligent prosecution,¹²⁸ which would justify the rejection of an additional identical lawsuit and, by the same token, the extinction of the suitor's "legal ability to initiate a derivative action."¹²⁹ Finally, at any point prior to the trial, "an independent committee possesses the

his own name, to institute and conduct a litigation which usually belongs to the corporation, he should show . . . that he has exhausted all the means within his reach to obtain, within the corporation itself, the redress of his grievances, or action in conformity to his wishes."); see also *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811-812 (Del. 1984), *overruled on other grounds by Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000) ("Hence, the demand requirement of Chancery Rule 23.1 exists at the threshold, first to insure that a stockholder exhausts his intracorporate remedies, and then to provide a safeguard against strike suits. Thus, by promoting this form of alternate dispute resolution, rather than immediate recourse to litigation, the demand requirement is a recognition of the fundamental precept that directors manage the business and affairs of corporations.").

¹²² See, e.g., Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (1980) (CERCLA), 42 U.S.C. § 9659(d)(1), (e) (2006).

¹²³ See, e.g., Clean Air Act, 42 U.S.C. § 7604(c)(3) (2006) ("No consent judgment shall be entered in

an action brought under this section in which the United States is not a party prior to 45 days following the receipt of a copy of the proposed consent judgment by the Attorney General and the Administrator . . ."); Clean Water Act, 33 U.S.C. § 1365(c)(3) (2006) ("No consent judgment shall be entered in an action in which the United States is not a party prior to 45 days following the receipt of a copy of the proposed consent judgment by the Attorney General and the Administrator.").

¹²⁴ See, e.g., CERCLA, 42 U.S.C. § 9659(g).

¹²⁵ See, e.g., *id.*, § 9659(d)(2).

¹²⁶ See *supra* note 16 and accompanying text.

¹²⁷ See *supra* note 78 and accompanying text.

¹²⁸ See *Maldonado v. Flynn*, 413 A.2d 1251, 1263 (Del. Ch. 1980) ("The stockholder's right to litigate is secondary to the corporate right to bring suit only for so long as the corporation has not decided to refuse to bring suit.").

¹²⁹ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 (Del. 1981) ("A demand, when required and refused (if not wrongful), terminates a stockholder's legal ability to initiate a derivative action.").

corporate power to seek the termination of a derivative suit.”¹³⁰

Conversely, citizen suits could themselves evolve by drawing on derivatively conducted actions. For instance, they might take a page from the latter with respect to standing. This issue has generated considerable controversy in the literature.¹³¹

A civic suit presently necessitates an “injury in fact,” demanding that “the party seeking review be himself among the injured.”¹³² In *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*,¹³³ the federal Supreme Court explained that “requiring a particular injury” entails “that the injury must affect the plaintiff in a personal and individual way.”¹³⁴ In *Bond v. United States*,¹³⁵ the justices proclaimed that: “It is not enough that a litigant ‘suffers in some indefinite way in common with people generally.’”¹³⁶

Derivation suits, in contradistinction and more appropriately, rest on the assumption that the claimant does not have a

subjective stake of her own in the underlying group-assertion. If she did, she would be positing an individualized claim, or, at most, a cluster thereof. As a result, she would need to launch a direct action, or perhaps a shareholder class action.

In a thoroughly collective lawsuit, the complainant does not and cannot have an individual stake. Hence, judges should not insist that she show the opposite. They should exclusively ask her to persuade them that the collectivity has a cognizable claim to which she will do full justice.

In sum, the study of derivative and citizen suits may contribute to clarifying the nature and the inner workings of group entitlements. It may ultimately help in the transformation and improvement of these actions by virtue of such clarification. Of course, other types of collective litigation might change and improve on the same basis.

REFERENCES

Cass R. Sunstein, *Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond*, 147 U. Pa. L. Rev. 613 (1999); Cass R. Sunstein, *Standing and the Privatization of Public Law*, 88 Colum. L. Rev. 1432, 1434 (1988); Cass R. Sunstein, *What’s Standing After Lujan? Of Citizen Suits, “Injuries,” and Article III*, 91 Mich. L. Rev. 163 (1992); Steven L. Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 Stan. L. Rev. 1371, 1395 (1988).

¹³² *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 734-735 (1972).

¹³³ 131 S. Ct. 1436 (2011).

¹³⁴ *Id.* at 1442 (quoting *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560 n.1 (1992)).

¹³⁵ 131 S. Ct. 2355 (2011).

¹³⁶ *Id.* at 2366 (quoting *Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447, 488 (1923) (decided with *Massachusetts v. Mellon*)).

¹³⁰ *Id.* at 785; see also *id.* at 788 (“After an objective and thorough investigation of a derivative suit, an independent committee may cause its corporation to file a pretrial motion to dismiss in the Court of Chancery.”).

¹³¹ See generally, e.g., Daniel A. Farber, *A Place-Based Theory of Standing*, 55 UCLA L. Rev. 1505 (2008); John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L. Rev. 962 (2002); William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 Yale L.J. 221, 223, 229 (1988); Myriam E. Gilles, *Representational Standing: U.S. ex rel. Stevens and the Future of Public Law Litigation*, 89 Cal. L. Rev. 315 (2001); Edward A. Hartnett, *The Standing of the United States: How Criminal Prosecutions Show That Standing Doctrine Is Looking for Answers in All the Wrong Places*, 97 Mich. L. Rev. 2239 (1999);

- CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281, 1976.
- CLARK, Robert Charles, *Corporate Law*. 639-40, 1986.
- ERICKSON, Jessica. *Corporate Governance in the Courtroom: An Empirical Analysis*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 1749, 1754, 2010.
- FISS, Owen M. *The Political Theory of the Class Action*, 53 Wash. & Lee L. Rev. 21, 1996.
- FISS, Owen M. *The Social and Political Foundations of Adjudication*. 6 L. & Hum. Behav. 121, 1982.
- GARTH, Bryant G.; et al., *Empirical Research and the Shareholder Derivative Suit: Toward a Better-Informed Debate*, 48 Law & Contemp. Probs. 137, 158, 1985.
- GRUNDFEST, Joseph A; PERINO, Michael A. *The Pentium Papers: A Case Study of Collective Institutional Investor Activism in Litigation*, 38 Ariz. L. Rev. 559, 564 n. 22, 1996.
- NUSSBAUM, Martha. *Capabilities and Human Rights*, 66 Fordham L. Rev. 273-300, 274, 1997.
- OQUENDO, Ángel R. *The Comparative and the Critical Perspective in International Agreements*. 15 UCLA Pac. Basin L.J. 205, 208, 1997.
- RAZ, Joseph. *The Nature of Rights* (Ch. 7), *The Morality of Freedom* 165-192, 166, 1986.

O APELO AO LEGISLADOR, ENTRE O DIÁLOGO E A ÚLTIMA PALAVRA - UMA FERRAMENTA POSSÍVEL?¹³⁷

THE APPEAL TO THE LEGISLATURE, BETWEEN DIALOGUE AND THE LAST WORD - A POSSIBLE TOOL?

Beclaute Oliveira Silva

Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica (UFPE). Mestre em Direito Processual (UFAL). Graduado em Direito (UFAL). Maceió, AL, Brasil. Universidade Federal de Alagoas beclaute@uol.com.br; Grupo de Estudos Processo e Decisão Jurídica.

Rene Sampar

Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Filosofia (UEL). Graduado em Direito (UEL). Curitiba, PR, Brasil. Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, renesampar@gmail.com, Grupo de Estudos Publius.

Vinicius Martins Antunes de Souza

Pós-graduado em Direito Constitucional (ABDCONST) e pós-graduado em Direito Privado Contemporâneo (Faculdade de Direito de Sorocaba), São Paulo, SP, Brasil, viniucius.martins@vmalaw.adv.br.

RESUMO: O propósito deste artigo é estudar a técnica do *appellentshcheidung* ou, em tradução à língua portuguesa, apelo ao legislador, indagando a possibilidade de se considerar como uma ferramenta razoável a ser inserida na moderna prática processual constitucional, tendo em vista o papel do Poder Judiciário, enquanto detentor da última palavra no sistema constitucional brasileiro. Na medida em que o país tem passado por sucessivas crises institucionais ao longo da última década, assuntos como a legitimidade democrática formal e material de cada um dos Poderes da República, em sua lida diária na resolução dos mais variados casos, são trazidos ao debate público. Ora o Legislativo se encontra hipertrofiado, ora se encontra atrofiado quando

comparado aos dois outros Poderes; e estes, conforme o momento histórico, sofrem do mesmo dilema. Entre um diálogo obrigatório entre os Poderes da República e uma imposição jurisdicional de quais são os sentidos da Constituição, haveria espaço para participação das forças legislativas no âmbito do processo constitucional? Ou seria a determinação de sentidos da constituição, ao longo do tempo, exclusividade do Poder Judiciário, mesmo que supostamente carente de uma legitimidade popular? O estudo, que se vale do método de revisão bibliográfica, utiliza-se de alguns artigos acadêmicos voltados à teoria do Direito e à dogmática constitucional, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de maneira a lançar luzes e localizar uma práxis brasileira no

¹³⁷ Artigo recebido em 05/07/2023 e aprovado em 30/06/2024.

que concerne a este instrumento. Ao fim, propõe-se algumas possíveis aplicações do apelo ao legislador, para além daquelas já existentes, considerando o seu potencial de maximizar ganhos em termos de performance deliberativa do STF em suas interações com os demais poderes da República. A intenção de lançar luz a este tema é fortalecer o Estado Democrático de Direito, na esperança de que a mitigação de tensões e a busca pela melhor resposta aos problemas sociais possa ser fruto de um processo de construção conjunta, ao longo do tempo, entre as instituições. Assim deve funcionar uma democracia constitucional, como é, e pretende ser, a brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:

Appellentshcheidung; Apelo ao Legislador; Diálogo entre Poderes; Cortes Constitucionais; Inconstitucionalização Normativa.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze *appellentshcheidung* technique or, in portuguese, the appeal to the legislature, arguing the possibility of considering it as a reasonable tool to be inserted in the constitutional procedural practice, specially by the Brazilian Judiciary be the holder of the last word in our constitutional system. As the country has gone through successive institutional crises over the last decade, issues such as the formal and material democratic legitimacy of each of the branches, in their daily dealings in resolving the most varied cases, are brought to the public debate. Sometimes the Legislature is

hypertrophied, sometimes it is atrophied when compared to the other two branches; and these, depending on the historical moment, suffer from the same dilemma. Between an obligatory dialogue among the branches and a jurisdictional imposition of what are the meanings of the Constitution, would there be a gap, for the participation of legislative forces within the scope of the constitutional process? Or would the determination of the meanings of the constitution, over time, be exclusive to the Judiciary, even if it supposedly lacks popular legitimacy? The analysis, which uses the literature review as research methodology, bases some academic articles focused on the theory of law and constitutional, as well as the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court, in order to understand and locate a Brazilian praxis regarding the *appellentshcheidung*. Finally, some possible applications of the appeal to the legislature are proposed, in addition to those that already exist, considering its potential to maximize gains in terms of deliberative performance of the Brazilian Federal Supreme Court in its interactions with the other branches. The intention on this issue is to strengthen the Democracy and Rule of Law system, hoping that the mitigation of tensions and the search for the best response to social problems may be the result of a process of joint construction, over time, between the institutions. This is how a constitutional democracy should work, as it is, and intends to be, the Brazilian one.

KEYWORDS: *Appellentshcheidung*; Appeal to the Legislature; Dialogue;

Constitutional Courts; Normative Unconstitutionalisation.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho, apesar de intrigante e, aparentemente, atual, diante a diversas crises institucionais pelas quais o Brasil passou nos últimos dez anos, trata de uma ferramenta que conta com ainda tímida abordagem doutrinária. Isto não serve, de qualquer maneira, como demérito à temática, apenas demonstra, possivelmente, como o Direito Constitucional Brasileiro esteve felizmente dedicado à solidificação da supremacia normativa da Constituição e na construção de sólidas bases teóricas com as quais as futuras gerações de estudiosos poderiam exercer seu trabalho complementar, com satisfatório grau de eficiência.

Muito embora existam alguns limitadores ao debate aqui exposto, especialmente certa predisposição na doutrina em apresentar respostas predeterminadas e, de certo modo, autoritativas quanto ao regime de separação de poderes e, especialmente, o papel da Corte Constitucional enquanto detentora de uma última palavra – provisória, como adiante será discutido -, este artigo não pretende superar os modelos previamente apresentados, em sua razão de ser epistêmica, ou, menos ainda, diminuir o relevantíssimo debate em torno da hermenêutica jurisdicional, sobremodo importante ao regime democrático e na delimitação dos limites epistêmicos do debate jurídico, quando submetido ao fórum próprio.

Antes, isto sim, este texto pretende apresentar um diálogo mínimo entre a ciência jurídica e a ciência política - tão costumeiramente dissociadas -, de maneira a apresentar razões pelas quais o apelo ao legislador, ferramenta jurisdicional relevante na prática constitucional alemã e dedicada à autocontenção judiciária face a uma necessidade presente de intervenção do Poder Legislativo em determinado aspecto do ordenamento jurídico, fulminado por processo de *inconstitucionalização*, pode representar um ganho à Corte Constitucional na lógica interativa da separação de poderes.

Exatamente por isto, este artigo ousa iniciar pela abordagem teórica do “Apelo ao Legislador”, para, então, mergulhar na análise do vigente arcabouço normativo e sua relação com a Suprema Corte brasileira, na lida diária de superação dos dilemas constitucionais que lhes são apresentados. É necessário, assim, trazer salutar clareza ao debate de modo a que a construção do conhecimento adiante seja feita de maneira lógica e justa, sem incorrer no danoso perigo de expandir em demasia as fronteiras da temática, limitada a tão curto espaço de escrita, típico do artigo.

Ao longo da primeira parte, voltaremos os olhos para dois artigos de matizes distintos, um que tem por fito apresentar as diferentes facetas do apelo ao legislador e, outro, voltado à ciência política, com intuito de propor uma possível visão a respeito da interação entre poderes em uma democracia instituída sob um Estado Democrático de Direito. Na segunda

parte, por sua vez, analisaremos brevemente o estado de coisas infraconstitucional, do ponto de vista do processo constitucional, bem como o tratamento dedicado ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

Em derradeiro, ao longo da terceira e derradeira a parte, pautado numa visão do construtivismo jurídico, propomos uma abordagem imaginativa e com intenção inovadora, de modo a buscar pequena contribuição à comunidade jurídica em torno da ferramenta do apelo ao legislador, concluindo por sua viabilidade na utilização, pela Corte constitucional, na interação com o Parlamento.

Os desafios não são poucos, contudo, pretendemos entregar ao leitor algumas provocações epistêmicas, especialmente a relevante lição de Mangabeira Unger, trazida ao fim, de que o moderno jurista deve dedicar seu pensamento para além das fronteiras normativas e estruturais, de modo a propor de forma saudável e racional, mudanças ou melhorias ao sistema vigente – sempre em busca da maximização de uma função do Direito, aqui entendida como a satisfatória performance deliberativa da Corte constitucional no jogo dos poderes.

1. APPELLENTSHCEIDUNG: ORIGENS E ÂMBITO DE SUA OCORRÊNCIA

O apelo ao legislador pode ser definido como uma técnica jurisdicional construída pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE)

para servir de instrumento analítico da relação entre o Direito e a política. De modo único, contudo, o BVerfGE passou a reconhecer que determinado texto normativo ou situação jurídica não “se tornou *ainda* inconstitucional”, exortando “o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – a correção ou a adequação de *situação ainda inconstitucional*”¹³⁸.

A teoria clássica do controle de constitucionalidade, aos moldes do *judicial review*, pautada na declaração de inconstitucionalidade de textos normativos, seguida da remoção destes do mundo jurídico por incompatibilidade à Constituição, sofre um temperamento único na jurisprudência do BVerfGE. A lei ou situação jurídica, apesar de existente e aparentemente imperfeita, *ainda* não padece de inconstitucionalidade, contanto que determinadas medidas de natureza legislativa – e, portanto, submetidas ao debate político próprio dos órgãos legiferantes – adotem esta ou aquela medida corretiva.

O tempo, desta forma, ingressa na equação jurisdicional de maneira a permitir que o BVerfGE não deixe de exercer seu mister de guarda do texto constitucional. Há um elemento, todavia, digno de nota. Como bem afirma o professor Gilmar Mendes, a influência do Tribunal não se limita às questões que lhe foram submetidas: as demais forças políticas existentes na Alemanha tendem a se adaptar ao

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – appellentshceidung - na Práxis da

Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista De Direito Administrativo*, 188, abr. 1992, p. 36.

entendimento da Corte¹³⁹. As decisões oriundas do BVerfGE – ou até mesmo suas orientações – influenciam iniciativas legislativas e, não raro, são citadas nas exposições de motivos de alguns projetos de lei¹⁴⁰.

A rigor, as recomendações são dirigidas na forma de *obter dicta* constantes dos pronunciamentos do BVerfGE, seja em sentenças de rejeição de inconstitucionalidade, nas sentenças que proferem interpretação conforme à Constituição, nas declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e nas decisões declaratórias de nulidade¹⁴¹. Em outras palavras, o apelo ao legislador, conforme consagrado pelo Tribunal, pode ser exercido de maneira meramente discursiva, mas com relevante papel na consideração por parte dos órgãos legiferantes.

Segundo Gilmar Mendes, a expressão “*appellentshcheidung*” foi utilizada pela primeira vez “no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da *sentença de rejeição de inconstitucionalidade* vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse medidas corretivas necessárias”. Contudo, a origem do instituto data de 1954, em decisão do BVerfGE sobre o Estatuto de Sarre, na qual se assentou que as providências empreendidas pelo legislador com vistas a superar o diploma legal, ainda que se mostrassem

imperfeitas, contribuía para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e, por isso, deveriam ser consideradas *ainda constitucionais*. Em suma, trata-se de uma recomendação do Tribunal em prol do exercício de autocontenção nos casos em que se reconhece haver esforços legislativos para a colmatação de estado de inconstitucionalidade¹⁴².

Assim, o apelo ao legislador é ferramenta jurisdicional desenvolvida pelo BVerfGE configurada por peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade cujo conteúdo preventivo opera no “*campo preliminar da patologia constitucional*”¹⁴³. Na praxis constitucional alemã, tal instituto pode ser classificado em três tipos: (a) em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas; (b) em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar; (c) em virtude da falta de “evidência” de inconstitucionalidade.

No primeiro dos tipos, o apelo em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas, trata-se da “mais importante categoria dessa modalidade de decisão na jurisprudência do *bundesverfassungsgericht*”¹⁴⁴. Em termos gerais, esta espécie de apelo tem por premissa o reconhecimento de mudança substancial nas relações fáticas que, reiterada e consolidada pelo decurso do tempo, é capaz de alterar substancialmente a constitucionalidade da aplicação de determinado texto

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 42.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 39-43 e nota de rodapé 27.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 45.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 46.

normativo – ou seja, houve notório processo de *inconstitucionalização normativa* nos termos de Gilmar Mendes¹⁴⁵. Como ponto comum das decisões que apelam ao legislador, nestes casos, nota-se uma jurisdição de cautela por parte do BVerfGE de modo a se restringir declarações de inconstitucionalidade de norma quando sua consequência for a criação de um estado de coisas de completo desamparo às relações jurídicas.

A segunda espécie de apelo, em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar, envolve o reconhecimento da omissão legislativa *ainda constitucional*, sendo enfatizado o dever do legislador em promover as providências reclamadas. Ademais, o dever de legislar pode decorrer, na espécie, de expressa exigência constitucional ou ainda derivar do chamado dever de proteção, no qual o Estado está obrigado a atuar na defesa e proteção de certos valores (como vida, integridade física e honra). O BVerfGE tem identificado, nos últimos anos, um dever geral de adequação “que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as consequências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente”¹⁴⁶.

Novamente, para estes casos, nota-se uma tendência da Corte em retirar lei ou ato normativo do ordenamento cuja omissão possa resultar em um vácuo normativo, hipótese no qual o legislador não dispõe

de condições para uma imediata substituição do estatuto vigente¹⁴⁷. Ainda, em alguns casos, o BVerfGE entendeu razoável o estabelecimento de prazos às autoridades para que superassem o processo de inconstitucionalização normativa, sob pena de permitir ao Judiciário a aplicação imediata de medida diversa¹⁴⁸.

Por último, no apelo em virtude da falta de evidência de inconstitucionalidade, vê-se uma tentativa do BVerfGE em subjetivar o ato inconstitucional, na medida em que, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, não haveria que se falar em consequências jurídicas do defeito, tendo como marco inicial a declaração pelo Tribunal¹⁴⁹. Em outras palavras, esta espécie de apelo tem por premissa o reconhecimento de mudança substancial nas relações fáticas que, à época da entrada em vigor do texto normativo, não se poderia exigir resultado diverso do legislador¹⁵⁰.

Em linhas gerais, há cristalino caráter de autocontenção do BVerfGE quando decide pela situação *ainda constitucional* de um texto normativo, apelando ao legislador para que corrija ou revogue determinada disposição infraconstitucional, sempre com o supedâneo das possíveis consequências jurídicas, políticas e sociais. Ainda, o texto normativo ou a relação jurídica não é tratada como algo estanque no tempo, inconstitucional *ab*

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 46-50.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51-54.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 51-54.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 55-56.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 55-56.

initio ou incapaz de ser corrigida sem um exercício conjunto entre o Legislativo e Judiciário. Ao contrário, são tratados como objetos de constante escrutínio e submissão a um “*dever de racionalidade*” na concretização da Constituição¹⁵¹.

Todavia, em meio a esta questão, deveriam as instituições busca a construção de um significado ou alguma delas deve sempre ter a última palavra? É o que se passa a analisar.

2. A INTERAÇÃO ENTRE PODERES: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Ao longo de anos, a teoria constitucional se voltou, com determinado afinco, à busca de justificativas em torno de quem deveria deter a prerrogativa de dar a última palavra em uma democracia a respeito do significado da Constituição. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes, “a teoria normativa tem produzido uma apoteose da última palavra, duelos imaginários entre o juiz heroico e o legislador perverso, ou vice-versa – entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador com espírito público. Em outro nível, isso também foi visto como um conflito entre direitos fundamentais e democracia ou entre poderosas maiorias e vulneráveis minorias”¹⁵².

Esta visão, apesar de altamente relevante na construção das bases teóricas do moderno

constitucionalismo, falha em temperar o debate a respeito de uma abordagem pragmática e institucional das relações entre os poderes. O diálogo interinstitucional possui dois componentes básicos: (a) o desenho institucional que formalmente lhe disciplina; (b) a cultura política que o anima. Ainda, independentemente da arquitetura institucional, pondera Hübner Mendes que a interação ao longo do tempo é inevitável e é irrelevante para entender o problema da legitimidade; e ainda que os diversos conceitos de legitimidade que informam a respectiva cultura política e a autocompreensão política interferem na qualidade daquela interação¹⁵³.

Apesar disto, cumpre questionar se a última palavra institucional importa para alguma coisa. De acordo com Hübner Mendes, a resposta é positiva, mas não tanto quanto usualmente esperado. Para este, o papel da última palavra é “resolver uma controvérsia, com característica de certa durabilidade; resolver, mesmo que temporariamente, uma demanda por uma decisão coletiva que seja válida para todos”. Todavia, se aceitarmos a perspectiva de que uma instituição é dotada de maior legitimidade democrática que a outra, numa perspectiva qualitativa, aquela que for “mais democrática”, se discordar da decisão final, sempre poderá ofertar uma resposta alternativa à primeiramente dada¹⁵⁴.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Opus Cit.* p. 40.

¹⁵² Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3*. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, jun. 2011, p. 2.

¹⁵³ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 5.

¹⁵⁴ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 10-11.

É talvez este seja o principal paradoxo da separação de poderes. Ao fim e ao cabo, inexistiu um monopólio de decisões a respeito de direitos e políticas¹⁵⁵. A construção interativa de soluções legais estáveis, assim, parece ser mais desejada. Não podemos esquecer, contudo, que estas interações estão fadadas a uma constante flutuação de espaços de atuação e, até mesmo, de interesses institucionais que cada uma possui em determinado espaço de tempo. Os poderes, assim, usam (ou deveriam, em tese, usar) de prudência para testar até onde conseguem ir para firmar suas decisões¹⁵⁶. Nesta perspectiva, o diálogo deve ser entendido como tal interação recorrente.

Parte intrigante do debate, por sua vez, é a figura do Poder Judiciário e os mitos que o cercam. Nas palavras do autor, “se, de um lado, o mito da neutralidade judicial já foi superado por diferentes escolas de pensamento, aquele da independência judicial sobrevive e continua sendo vastamente ignorado pela teoria normativa”. Ou seja, “se o aparato procedimental que cerca a Corte garante sua independência de interesses eleitorais, o juiz está constricto, para os mais otimistas, apenas pela lei; e, para outros, nem mesmo pela lei”¹⁵⁷. Para ele, no entanto, há que se ter parcimônia no debate e voltar os olhos para o que a ciência política empírica vem demonstrando.

Há alguns denominadores comuns a serem levados em conta neste tema¹⁵⁸: (a) a Corte é politicamente sensível e testa, ininterruptamente, o espaço que ocupa na separação de poderes ao estimar a reação potencial de outros ramos contra suas decisões, além de sua capacidade de resistência; (b) a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma abstrata não é capaz de descrever e captar esta constante redistribuição de limites; (c) ao lado desta interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo oscila e tal movimento é responsável pelo maior ou menor espaço que cada ramo do poder ocupará no arranjo geral de forças.

A ideia central exposta no parágrafo anterior é razoavelmente objetiva: se de um lado a separação de poderes não é um fenômeno estático e pré-definido em todas as suas nuances, de outro as Cortes constitucionais não podem continuamente exarar decisões que sejam completamente separadas de uma preocupação na manutenção de seu prestígio e respeitabilidade, das quais a legitimidade e eficácia de suas decisões exsurgem. Ou seja, há espaço para erros ou acertos, posições ativistas ou conservadoras, bem como avanços ou recuos estratégicos para uma Corte constitucional, contanto que esta compreenda seu papel na dinâmica interativa do jogo entre poderes.

Neste cenário e com base em um vasto revolvimento da moderna filosofia

¹⁵⁵ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

¹⁵⁶ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11-12.

¹⁵⁷ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

¹⁵⁸ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 11.

política, Hübner Mendes apresenta duas ideias essenciais com as quais traça premissas à sua proposta de interação entre poderes: a primeira é a de existência uma “última palavra provisória” – ou seja, a capacidade de encerrar uma discussão sobre a questão, em determinado tempo, de forma pré-determinada – e a de “performance deliberativa” – a capacidade de convencimento e manutenção da eficácia de decisões tomadas, sobre determinada questão, em determinado tempo –, sendo esta última relacionada à ideia de uma legitimidade contextual e comparativa entre Parlamentos e Cortes constitucionais.

De acordo com o autor, sua alternativa seria capaz de reduzir os riscos inerentes ao processo de uma hipertrofia das Cortes constitucionais face a uma hipotrofia de Parlamentos democráticos, contanto que se desenvolva uma demanda maior de diálogo institucional ao longo da prática decisional dos diferentes poderes. Em tal cenário, Cortes e Parlamentos constantemente seriam obrigadas a se engajar no debate, de forma persuasiva. Tendo a “performance deliberativa” como métrica, a competição interinstitucional pelo melhor argumento seria estimulada e uma pressão por maior consistência e racionalidade sistêmica poderiam ser obtidas¹⁵⁹.

Neste campo, seria possível cogitar de uma legitimidade contextual e comparativa entre Parlamentos e Cortes constitucionais, já que a legitimidade política é volátil e depende parte dos resultados obtidos, parte das credenciais formais, pré-estabelecidas. Desta forma, “Parlamentos e Cortes, apesar de deterem diferentes responsabilidades deliberativas, podem mutuamente se desafiar a prestarem contas umas às outras. Isso não é feito sem conflito, incerteza e risco de erros. Eles podem ser considerados mais ou menos legítimos, dependendo de sua performance”¹⁶⁰.

Todavia, insiste Hübner Mendes que o erro ocasionalmente cometido por um ou outro poder que detenha a última palavra não reduz, de qualquer modo, a autoridade de suas decisões, embora torne altamente legítimo o desafio realizado pelo outro poder. Afinal, este será o preço a se pagar por decisões que não sejam dotadas de razoabilidade e justificativas transparentes. Com o tempo, e considerando a possibilidade de concessões e acomodações de espaços, especialmente quando as Cortes dão o benefício da dúvida ao Parlamento, “é mais provável que os poderes progressivamente reduzam suas discordâncias”¹⁶¹.

Mas como deve ser exercido o papel das Cortes constitucionais, usualmente dotadas *a priori* da última palavra provisória, ao menos em democracias ocidentais

¹⁵⁹ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

¹⁶⁰ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

¹⁶¹ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 25.

contemporâneas? Conrado Hübner Mendes afirma que a reiteração do pensamento de que as Cortes constitucionais possuem uma função negativa de declarar a inconstitucionalidade de textos normativos, enquanto o legislador possui a função positiva de legislar, não mais responde às complexidades atuais. Sua proposta é de que “a Corte deve ser capaz de modular sua intervenção ou contenção, dependendo da performance do Parlamento. Assim, poderá ir além, da ‘suplementação à competição’. (...) Isto retorna a uma premissa da última parte: a prudencial análise do contexto, um equilíbrio caso a caso”¹⁶².

De forma conclusiva, o autor afirma que a interação é inevitável na separação de poderes; porém a interação deliberativa é um ganho, enquanto a adversarial é, senão um prejuízo, uma verdadeira perda de potencial epistêmico. Ainda, a *judicial review* não precisa ser vista como um muro de contenção somente, mas também um mecanismo que proporciona melhores deliberações, ao menos, sobre o que é essencial à Constituição¹⁶³. Mas como por isto em prática?

A resposta de Hübner Mendes não é conclusiva, mas certamente abre amplos caminhos para o debate constitucional. De acordo com o professor, “calibrar a última palavra com o diálogo [institucional] é, portanto, uma

tarefa para o teórico normativista, o arquiteto institucional e o próprio tomador de decisões. Cada qual sozinho não pode exaurir esta tarefa – o teórico normativista imagina e provê o critério para tanto o arquiteto institucional, que os traduz em procedimentos, quanto o tomador de decisões, que deve modulá-los caso a caso. O equilíbrio pode mudar e a performance deliberativa poderia ser um de seus fatores causais ou, ao menos, justificador”¹⁶⁴.

Portanto, com este panorama inicial do debate, parece-nos razoável convidar à reflexão quanto às questões que aqui são colocadas: poderia ser o apelo ao legislador uma ferramenta potencial a ser incluída na jurisdição constitucional brasileira, permitindo a criação de um espaço legítimo de interação entre os poderes, inclusive de exercício de autocontenção pelo Supremo Tribunal Federal?

3. HÁ PREVISÃO DO APELO AO LEGISLADOR NA LEGISLAÇÃO NACIONAL?

O sistema brasileiro, em termos de processo constitucional, não é unificado. Embora haja um projeto no Congresso Nacional que visa a elaboração de um código próprio, a realidade atual é a de um complexo normativo que engloba: (a) Constituição Federal; (b) leis regulamentadoras de cada ação constitucional – *habeas corpus* (Decreto-lei nº 3.689/41),

¹⁶² Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 27.

¹⁶³ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 27-31.

¹⁶⁴ Tradução livre. Cf.: HÜBNER MENDES, Conrado, *Opus Cit.* p. 31.

habeas data (Lei nº 9.507/97), ação popular (Lei nº 4.717/65), mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) e mandado de injunção (Lei nº 13.300/16); (c) as que disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 e 9882/99); (d) demais leis específicas, como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Civil, súmula vinculante (Lei 11.417/06), dentre outras.

Dado que o apelo ao legislador, em suas hipóteses já trazidas anteriormente, pressupõe o exercício da jurisdição constitucional sobre textos normativos em processo de inconstitucionalização ou omissões do legislador em sua função positiva, uma análise inicial do atual estado de coisas será mais razoável tendo por base as ações de controle abstrato e o mandado de injunção.

No caso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a declaração da omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa¹⁶⁵. Frise-se que o dever constitucional de legislar poderá ser descumprido total ou parcialmente pelo legislador ou pelo administrador público detentor de poder regulamentar. Neste caso, a omissão deverá ser de cunho normativo, nela compreendidos os atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele

ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo.

Com a declaração da inconstitucional omissão dos agentes responsáveis por legislar, o STF deverá: (a) cientificar o Poder Legislativo para que tome as providências necessárias a suprir a inconstitucionalidade, sem fixação de prazo; (b) ou o órgão administrativo para que supra a omissão, no prazo mínimo de 30 dias, consoante artigo 12-H e §§, da referida lei. Nos ensinamentos de Luis Roberto Barroso, “embora o STF já tenha admitido a fixação de prazo, ressaltou que se tratava de mera indicação, sem estabelecer consequências para o caso de eventual descumprimento”¹⁶⁶.

Muito embora haja, aqui, um tímido apelo ao legislador para que supra sua omissão no papel de legislar, face a uma determinação direta ao administrador público, os efeitos da ADI por omissão não se assemelham ao que pretendeu o *appellentshcheidung*. Em primeiro lugar, o instituto pressupõe sentença que *rejeita* a arguição de inconstitucionalidade – a omissão que se cogita é *ainda* constitucional –, enquanto, no caso brasileiro, a ação visa justamente a declaração da inconstitucional omissão total ou parcial, não havendo o que se falar em ações “declaratórias de omissão constitucional”. Em segundo lugar, ao longo dos anos, o BverfGE entendeu que a fixação de prazos para a adoção de medidas legislativas, sob pena de configuração da inconstitucionalidade

¹⁶⁵ Artigo 12-B da Lei 9868/99.

¹⁶⁶ Cf.: BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*:

exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 167.

ou, ainda, outra sanção fixada desde logo pela Corte, seria ferramenta útil a instar o legislador a cumprir seu papel constitucional. Todavia, no caso brasileiro, não há que se cogitar de fixação de prazos obrigatórios ao legislador ou ainda de outras sanções. Esta pode ser uma das razões desta ação representar parte diminuta do acervo de julgados pelo STF¹⁶⁷.

As demais ações de controle concentrado, seja a direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a arguição de descumprimento fundamental, não possuem um expreso método de incitação ao agir do legislador ou das autoridades, por terem como objeto a fulminação ou confirmação de determinado texto normativo – ou de hipótese normativa, como veio a se consolidar com o passar dos anos, pelo STF -, com pequena ressalva à ADPF. Explica-se.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra respaldo na

relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, sendo o instrumento de análise destinado ao juízo de recepção. Esta ação, nos termos de¹⁶⁸. Do julgamento da ADPF poderão resultar a declaração de inconstitucionalidade de texto normativo e a fixação das condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental questionado pela arguição, sendo as autoridades posteriormente comunicadas a respeito destas. Importante destacar que, dada uma maior amplitude do objeto da ADPF em relação às demais ações de controle concentrado e, podendo o STF fixar critérios interpretativos a respeito de determinado preceito fundamental – dentre eles, direitos fundamentais –, quer parecer haver espaço para possível interação com o legislador, por meio de apelo em decorrência de omissão *ainda* constitucional do dever constitucional de legislar, no sentido de melhor tutelar o preceito fundamental lesado.

¹⁶⁷ Em pesquisa realizada no site do Tribunal (junho de 2023), verificam-se pouco mais de 100 ações já julgadas, seja de forma monocrática ou colegiada. Tendo em vista este cenário, Barroso leciona Barroso que embora o tema da inconstitucionalidade por omissão possa ter figurado entre as preocupações da doutrina e do constituinte de 1988, este fenômeno não é eficientemente resolvido no sistema constitucional brasileiro. Cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Opus Cit.* p. 164.

¹⁶⁸ De acordo com Ana Paula de Barcellos, a ADPF se presta “à impugnação de atos do Poder Público que violam diretamente preceito fundamental, sendo seu objetivo, em última análise, a definição do sentido e alcance do preceito fundamental, e não discutir mera violação reflexa ou indireta à Constituição. A

doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de que, em princípio, tais atos podem ser de qualquer natureza, por ação ou omissão, produzidos por qualquer um dos entes federativos: leis e demais atos normativos – incluindo o chamado Direito pré-constitucional –, atos administrativos e até atos jurisdicionais. A doutrina cogita, inclusive, a possibilidade de que sejam impugnados atos emanados de particulares no exercício de função pública, à semelhança do que se admite em sede de mandado de segurança e habeas corpus. Apenas os atos verdadeiramente privados ficariam peremptoriamente excluídos do âmbito da ADPF”. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2018. p. 645.

Por fim, o mandado de injunção, que foi regulamentado tão somente em 2016 pela Lei 13.300, é o instrumento com maior potencial à disciplinar um procedimento efetivo de apelo ao legislador, em suas diferentes facetas teóricas. O objeto desta ação é o reconhecimento da falta total ou parcial de norma regulamentadora inviabilizadora do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Seu escopo é mais restrito se comparado à ADI por omissão, já que esta pode se ocupar de qualquer omissão inconstitucional, ao passo que o objeto do MI diz respeito apenas à omissão de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania¹⁶⁹.

O provimento pretendido, assim, é a efetiva declaração da mora legislativa, tendo por consequência alguns mandamentos, de acordo com os artigos 8º a 10º: (a) a determinação de prazo razoável para que a autoridade impetrada promova a edição da norma regulamentadora; (b) o estabelecimento das condições por meio das quais se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, ademais, das condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado; (c) e a possibilidade de conferência de efeitos *ultra partes* ou

erga omnes à decisão, dada a natureza subjetiva da injunção, via de regra.

É importante destacar, ainda, que a decisão em mandado de injunção poderá ser posteriormente revista em caso de superveniência de relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito, o que é dizer haver substantiva alteração na realidade de maneira a tornar uma omissão, total ou parcial, e lesiva a direitos constitucionais, em algo constitucionalmente adequado. Diferentemente da ADI por omissão, o mandado de injunção prevê a determinação de prazo para suprimento da ausência legislativa, independentemente de se tratar de autoridade administrativa ou do Poder Legislativo; ainda, permite a fixação provisória de condições pelas quais o direito lesado poderá ser exercido, podendo até mesmo definir premissas sobre as quais o cidadão poderá reclamar seu direito após o esgotamento do prazo fixado na decisão, sem atuação do órgão legiferante.

Os elementos tempo e performance deliberativa, vistos na primeira parte deste artigo, assim, são relevantíssimos ao mandado de injunção, dada a amplitude de poderes que detém a Corte ao conceder injunções, podendo optar por maior ou menor grau de autocontenção. Assim, o mandado de injunção aparenta fornecer amplo espaço de interação entre a Corte constitucional e o Parlamento, muito embora a ação seja subjetiva por natureza.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Opus. cit.* p. 652.

4. DIÁLOGOS POR MEIO DO APELO AO LEGISLADOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito embora o tema não seja novo, poucos são os exemplos de efetiva aplicação pelo STF. Faremos menção, a seguir, aos seguintes julgados: ADPF 131/DF, MI 7.300/DF e RE 607.642/RJ.

Em local de destaque, a ADPF 131/DF (relatada pelo Min. Gilmar Mendes e julgada em sessão virtual de 19 a 16 de junho de 2020), o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO) impugnava os artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34 sob a alegação de que as disposições oriundas da década de 1930 restringiam o exercício profissional do optometrista, então verdadeiros práticos e autodidatas, proibindo a instalação de consultórios ou a prescrição de quaisquer lentes corretivas aos interessados. A alegação foi no sentido de não haver mais sentido à tais restrições. A decisão do relator, seguida pela maioria dos demais ministros, deu-se no sentido da rejeição da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, mas apelando-se ao legislador para que apreciasse o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo

Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria. Ou seja, houve a declaração de recepção dos trechos da legislação objeto da arguição, com a observação de serem *ainda* constitucionais, mas já em processo de inconstitucionalização¹⁷⁰.

Posteriormente, em sede de embargos de declaração, o Supremo, ao detectar a continuidade da lesão inconstitucional aos direitos de optometristas, decorrente da demora que um simples apelo ao legislador sobre todo o tema poderia causar, não somente revelaria inadequada proteção face à liberdade profissional de pessoas graduadas, como também seriam desacreditados a os cursos universitários superiores que lecionam optometria. Desta forma, a decisão foi parcialmente reformada para, enquanto pendente resultados do apelo, ao menos permitir os optometristas formados o exercício regular de sua profissão.

O STF, no caso concreto, similar ao quanto adotado pelo BVerfGE em casos próprios, compreendeu que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, muito embora possível, não seria a melhor resposta face ao estado de insegurança jurídica gerado pela retirada do texto

¹⁷⁰ Em *obiter dicta*, a Corte afirmou que “na espécie, (...) recomenda-se a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. (...) a opção legal (...),

apesar de restringir o direito fundamental à liberdade profissional (...), não permite sua liberação indiscriminada ao menos na atual senda pelo Poder Judiciário. (...) [a decisão] leva em conta o princípio da separação dos Poderes para, com base na esfera de conveniência legislativa, afirmar que, apesar de existir violação atual ao texto constitucional para os profissionais qualificados, o Poder Legislativo deve ser instado a manifestar-se e exercer o papel de regulamentar tal nicho profissional”.

normativo da ordem jurídica; todavia, os dispositivos escrutinados já se encontram em nítido processo de inconstitucionalização, a demandar o apelo ao legislador para que, na seara político-deliberativa do Parlamento, procedesse à regulamentação da profissão, ressalvada a hipótese em que a lesão a direitos fundamentais seria evidente.

Outro caso de apelo ao legislador, em sede de mandado de injunção, é o MI 7.300/DF, julgado em sessão virtual de 16 a 26 de abril de 2021, no qual o exercício da autocontenção judiciária serve de bom exemplo face à interferência de políticas públicas de prestação continuada e alto impacto orçamentário. No caso concreto, o cidadão Alexandre da Silva Portuguese pleiteava o suprimento de lacuna legislativa, imputada ao Presidente da República, a qual tornaria inviável o recebimento do benefício social da renda básica da cidadania, instituído pela Lei nº 10.835/2004.

Em termos gerais, o impetrante arguia que o benefício seria responsável por garantir o direito à cidadania e ao mínimo existencial, tendo por fundamento maior o artigo 1º, II, da Constituição, e a referida lei aprovada em 2004, ainda pendente de regulamentação administrativa pelo Poder Executivo. Como provimento de mérito, pleiteava o suprimento da mora legislativa mediante a aplicação direta do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, que prevê a concessão de benefício assistencial de prestação continuada, senão no montante de um salário-mínimo, ao menos em metade deste valor. Buscava o impetrante, ainda, a

determinação de prazo razoável para a regulamentação do benefício assistencial previsto na Lei nº 10.835/2004, pelo Poder Público.

Sorteado como relator, o então Ministro Marco Aurélio de Mello dava provimento ao pedido de injunção, visto que, ante à inércia do Executivo e considerando os primados da liberdade e da igualdade, impunha-se a fixação, de plano, de benefício assistencial suficiente a garantir ao impetrante condições dignas de vida. Em voto-vista, divergiu o Ministro Gilmar Mendes destacando o dever da Corte em exercer maior autocontenção, especialmente diante a omissões estatais, na medida em que as demais instituições estariam melhor habilitadas para definir quais dos interesses da comunidade deveriam ser efetivados pelo Estado, considerada a notória escassez de verbas públicas. Todavia, reconhecia o voto divergente se estar diante à verificação do cumprimento de um dever de proteção de garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática: a promoção do combate à pobreza, como condição de superação das desigualdades sociais e econômicas.

A conclusão do voto, assim, construiu entendimento pautado em três elementos relevantes: (a) o Poder Legislativo construiu o benefício de modo a ser progressivamente implementado, mediante disponibilidade orçamentária e desenvolvimento econômico, já havendo outras políticas sociais de igual importância; (b) o estabelecimento do benefício, mediante decisão judicial, causaria enorme déficit financeiro,

estimado em aproximados quatrocentos bilhões de reais; (c) o STF estaria excedendo os limites que, ao longo de mais de 20 anos, foram desenvolvidos por sua jurisprudência no âmbito de mandados de injunção.

Desta maneira, a divergência, acompanhada pela maioria, apelou aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotassem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorassem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível.

Resultado direto ou não deste julgamento, o Poder Legislativo veio a aprovar a Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021, que expressamente prevê, em seu artigo 1º, a unificação de programas de transferência de renda anteriormente existentes por meio dos novos programas Auxílio Brasil e Alimenta Brasil, além de expressamente afirmar que o Auxílio Brasil constitui uma etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da renda básica de cidadania, criada pela Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004.

O último exemplo da atual prática do STF no campo do apelo ao legislador é o Recurso Extraordinário 607.642/RJ, julgado em sessão de 29 de junho de 2020. O caso é intrigante na medida em que a técnica foi realizada não por uma ação originária, mas em sede recursal. Em suma, o caso versava sobre a inconstitucionalidade do regime de

cumulatividade na cobrança da contribuição para o PIS, instituída por meio da Medida Provisória nº 66/02. A nova disciplina legal teria acarretado aumento da tributação das empresas prestadoras de serviços, contrariando a finalidade descrita na exposição de motivos do diploma. Ainda, dado que tributação teria afetado somente empresas prestadoras de serviços - face à não cumulatividade aplicada a indústrias -, após a conversão da MP na lei nº 10.637/02, o princípio da isonomia teria sido afetado sobremaneira. Como provimento de mérito, pedia a declaração de inconstitucionalidade incidental da lei nº 10.637/02, de modo a afastar a cobrança do PIS de forma não cumulativa a todas as empresas.

A solução à controvérsia dada pelo relator, Min. Dias Toffoli, acompanhado pela maioria do plenário, revela um raciocínio prudente dada a complexidade do tema em questão. Se, de um lado, o relator reconhecia a impossibilidade de isentar o legislador de contradições quanto ao desenvolvimento sistêmico do regime não cumulativo, repleto de exceções e carente de uma isonomia perfeita, expurgá-lo do sistema jurídico por tais imperfeições, construídas ao longo do tempo, mostrar-se-ia insensato. Da mesma forma, não haveria razões para declarar a inconstitucionalidade em menor extensão para atingir contribuintes específicos e prestadores de serviços, sob pena de gerar um paradoxo em termos da própria isonomia tributária pleiteada.

Desta forma, concluiu o STF, por maioria, que o legislador não estaria em condições de identificar o estado de

inconstitucionalidade no momento da elaboração da lei, devido à complexidade da adoção gradual do regime não cumulativo; da mesma forma, seria igualmente difícil precisar o momento exato em que teria se implementado a conversão do estado de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em uma situação de invalidade; desta forma, seria caso de apelar ao legislador para que unificasse o sistema e trouxesse racionalidade a este.

A tese fixada pelo RE foi, então: “Não obstante as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estejam em processo de inconstitucionalização, é *ainda* constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo na apuração do PIS/Cofins das empresas prestadoras de serviços”. Contudo, a tese não foi pacífica quanto ao uso da expressão “ainda”, antes de “constitucional”. Afinal, a Corte estava a apelar ao legislador em sede de processo subjetivo, jugado em grau recursal – não submetido a método de resolução de controvérsia definitivo e *erga omnes*, ao menos não quanto à discussão da (in)constitucionalidade normativa¹⁷¹.

Com efeito, é neste caldeirão potencial que a jurisprudência do STF vem se alinhando ao maior grau de interação com o Parlamento anos. Muito embora os julgados analisados não

possam, com segurança, apontar um modelo já consolidado de apelo ao legislador na via jurisprudencial, fato é que permitem visualizar um caminho potencial ainda a ser trilhado na relação com os demais poderes e o cidadão.

5. PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO APELO AO LEGISLADOR

Traçado o panorama da temática em comento, passaremos a especular como seria a construção do modelo no Brasil tendo por base uma abordagem construtivista funcional. Com efeito, Lucas Fucci Amato apresenta boas considerações a respeito do papel do jurista, em tempos modernos, para além das tradicionais abordagens normativa e hermenêutica. O breve revolvimento do tema não pretende aprofundar o complexo debate apresentado pelo autor, porém pincelar algumas de suas propostas.

Buscando traçar as bases de um construtivismo jurídico em desdobramento dos pensamentos de Norberto Bobbio, Niklas Luhmann e Roberto Mangabeira Unger, Amato confronta o leitor com o desenvolvimento histórico da função do Direito, desde Kelsen até as modernas teorias. Em resumo, o autor busca demonstrar como o isolamento do cientista do Direito, ao menos no que importa à sua abordagem metodológica,

¹⁷¹ Os problemas decorrentes do uso do termo são evidentes, a começar pela possibilidade de as instâncias inferiores reconhecerem a inconstitucionalidade dos textos normativos submetidos ao regime de julgamento do Recurso Extraordinário, justamente pela ideia de transitoriedade do estado de

constitucionalidade, decadente com o passar do tempo. Todavia, como bem assentado em meio aos debates entre os Ministros, o STF declarou a constitucionalidade dos textos, por mais que reconhecedor do estado de mora legislativa quanto a uma necessidade de racionalização do sistema.

perde sentido no moderno debate a respeito dos limites e defeitos das instituições jurídicas.

Começando por Bobbio, Amato afirma que o antigo mestre possuía consciência de que a “cisão entre o jurista dogmático e o cientista social empirista tem raízes históricas definidas, mas que seu aprofundamento contribui antes para o amesquinamento de ambos os lados do que para a profundidade analítica e precisão conceitual”. Desta forma, a tarefa do jurista seria a superação de tal abismo, o que, no entendimento do professor italiano, se daria apenas por meio de uma sensibilidade sociológica inserida na racionalidade formalista do jurista¹⁷².

Pois é justamente com a inserção de uma abordagem sociológica interdisciplinar que Bobbio enfatiza a complementariedade das perspectivas estruturais e funcional, antes separadas, sobre o direito, sendo que a função do jurista transcenderia a interpretação dogmática e abarcaria a comparação entre as funções propugnadas em relação às realizadas, presentes no ordenamento jurídico.

Em contraste à teoria de Bobbio, Amato destaca outros dois autores que transitam entre a teoria do direito e a teoria social: Luhmann e Mangabeira Unger. De um lado, Luhmann entendia o sistema jurídico como uma cadeia autorreferencial de comunicações sobre o código lícito/ilícito e não como

conjunto de normas, partindo da definição do Direito pelo isolamento de uma função específica – generalizar congruentemente expectativas normativas –, ao invés de distinguir “funções” ou diferentes “usos” e “orientações” do Direito¹⁷³. Unger, por sua vez, apresenta uma contraposição às teorias que propõe a ideia de que o Direito é um fenômeno sem estruturas próprias, suscetível a justificar qualquer interpretação dos textos normativos com base na autoridade¹⁷⁴; para o autor, isto sim, o Direito é um conjunto de soluções dominantes e desviantes para organização de toda a sociedade, da economia e da política, sendo certo que este padrão se repete ao longo de todo o corpo do Direito, mesmo que segmentado em diferentes partes para análise.

Ainda sobre Unger, afirma Amato que “retomando o institucionalismo jurídico francês [o autor] propõe, para as ciências sociais em geral e para o direito e a economia política em particular, concentrarem-se na ‘imaginação institucional’ (...) tarefa de análise do direito e proposição de reformas jurídicas a partir do mapeamento e da crítica das formas alternativas de organização das diversas áreas da sociedade, formas estas representadas, justificadas e esquadrihadas no corpo do direito e no discurso doutrinário”¹⁷⁵.

Ainda sobre o tema, Amato afirma que o conceito de “imaginação institucional” seria “uma tarefa para o

¹⁷² AMATO, Lucas Fucci. *Função, estrutura e instituição na análise jurídica*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 112, jan./dez. 2017, p. 389-390.

¹⁷³ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 400.

¹⁷⁴ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 400.

¹⁷⁵ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 401.

papel que Bobbio definia como aquele de ‘jurista pesquisador’. (...) Na linha da tarefa de ‘imaginação institucional’ propugnada por Unger, o que se pratica é o mapeamento, a imaginação e o desenho de modos alternativos de estruturação jurídica para o alcance de determinada funcionalidade”¹⁷⁶.

De forma conclusiva em seu pensamento, Amato apresenta a ideia de que “ao lado das teorias voltadas para a interpretação judicial e a solução de controvérsias no centro de controle de consistência do Direito – as Cortes –, haveria uma dogmática ou doutrina potencializada pela discussão normativa e pela pesquisa empírica. Ela estaria direcionada à periferia de inovação do direito, informando legisladores, administradores e ordenadores privados, voltando-se à criação e à transformação do direito, com impacto apenas mediato sobre a interpretação do direito posto realizada por juízes. Seu escopo, portanto, não se confunde com o de uma interpretação jurídica preocupada com a ‘função social’, com a atribuição de propósitos a normas dadas. É em primeiro lugar um método para a reforma do direito”¹⁷⁷.

Desta maneira, o ‘jurista pesquisador’ de Bobbio haveria de investigar e propor novos arranjos contratuais, reformas legislativas, de transações e procedimentos, sendo eles mesmos um elo de “irritação” da inovação jurídica, da construção do próprio direito. Assim, o “jurista pesquisador” “terá que trabalhar com o

instrumental analítico da economia em querendo propor mudanças no direito econômico; com questões pedagógicas na reforma do direito da educação; e com os problemas da mobilização política quando tratar de alterações nos arranjos constitucionais”¹⁷⁸.

Finalmente, de acordo com Amato, pode-se dizer que observar a juridicidade interessado na sua transformação, não necessariamente em sua reprodução interpretativa, implica fundir as barreiras disciplinares entre dogmática jurídica, sociologia, filosofia e teoria do direito¹⁷⁹. Portanto, a alternativa construtivista proposta por Amato - como desdobramento da contribuição de Bobbio, em diálogo com Luhmann e Unger -, é “construir um conhecimento do direito como estrutura da sociedade, mas também um conhecimento da especificidade funcional do próprio sistema jurídico”¹⁸⁰.

A nós, cabe-nos, assim, traçar qual a funcionalidade do Direito que se pretende ver maximizada com o tema do apelo ao legislador, numa ótica da interação entre os poderes. A funcionalidade pretendida é a estabilidade democrática e harmonia entre os Poderes da República, especialmente o Parlamento e a Corte Constitucional, quando em momentos de oscilação da performance deliberativa de cada uma delas, tendo sempre em mente que, por definição no caso brasileiro, o STF detém inúmeras e complexas tarefas outorgadas pela Constituição, especialmente a de deter

¹⁷⁶ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 401 e 402.

¹⁷⁷ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 402 e 403.

¹⁷⁸ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 403.

¹⁷⁹ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 405.

¹⁸⁰ AMATO, Lucas Fucci. *Opus. Cit.* p. 405.

a última palavra *provisória* sobre seu significado.

Pois bem. Conforme pontuado, é inviável pensar na ferramenta do apelo ao legislador apartado dos conceitos de tempo e interação institucional, aqui inspirados pela ideia de uma performance deliberativa de cada instituição que disputa espaço no jogo da separação de poderes. Embora o poder judiciário possa deter a capacidade formal de falar por último sobre o significado da Constituição (última palavra *provisória*), certamente poderá ser desafiado pelo Parlamento a qualquer tempo, mediante nova reforma legislativa ou constitucional – posição já consagrada pelo STF, inclusive, no sentido da inexistência de um controle de constitucionalidade preventivo material de projetos de lei, salvo nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, no art. 60, §4º.

Dos exemplos citados de uso efetivo da figura do apelo ao legislador pelo STF, todos, sem exceção, ocorreram quando do provimento de mérito. Rejeita-se o mérito da arguição de inconstitucionalidade declarando-se o estado de *ainda constitucionalidade normativa* para, então, solicitar-se providências do legislador, ora fixando prazos, ora não. Todavia, o processo constitucional não envolve apenas discussões de mérito, mas, sim, debates relevantíssimos em sede de medidas cautelares concedidas ou rejeitadas nas ações constitucionais, especialmente naquelas de controle concentrado.

A concessão das cautelares, como sabido, depende da probabilidade do direito invocado, da urgência na antecipação da tutela pretendida - ou

um risco ao resultado útil do processo – e, finalmente, da possibilidade de reversão da medida, na eventualidade de julgamento de mérito diverso. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, a medida cautelar possui procedimento próprio – artigos 10 e 11 da lei 9868/99 – e, em caso de relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá ser abreviado, de acordo com o artigo 12 de referido diploma. O poder geral de cautela do magistrado é o que anima esta espécie de decisões, não havendo um limite legal para os resultados possíveis de sua concessão.

Ora, se a cautelar é temporária por natureza e as medidas acautelatórias podem variar conforme o caso concreto, já que pautadas no dever geral de cautela do magistrado, quer parecer haver considerável espaço para a realização de apelos ao legislador neste momento processual, especialmente em casos difíceis submetidos à Corte nos quais a mera suspensão da eficácia do diploma legal ou a alteração substancial de políticas públicas, de forma monocrática, possa ser o resultado da concessão da cautelar.

Com base no poder geral de cautela, assim, entendemos que poderia o relator:

- 1) Reconhecer o processo de inconstitucionalização que afeta o texto normativo;
- 2) Fixar critérios interpretativos pelos quais entenda ser o diploma ainda constitucional, mas, em processo de inconstitucionalização;

3) Apelar ao Poder Legislativo ou Executivo para que efetue as correções entendidas como necessárias, fixando-lhe prazo razoável para tanto;

4) Fixar critérios mediante os quais o exercício ou a tutela de direitos reclamados poderá se dar, vez esgotado o prazo fixado ao legislador, ou enquanto não implementado;

5) Submeter a decisão ao plenário para referendar a decisão que não antecipa os efeitos da tutela, porém, determina medidas cautelares de apelo ao legislador;

6) Valer-se do rito dos recursos repetitivos e suspender, se assim entender o Tribunal, o julgamento de processos sobre o tema, porém – e inclusive – a própria ação que deu causa a cautelar, enquanto não exaurido o prazo do apelo ao poder distinto.

Exarada a decisão cautelar de apelo ao legislador, poderá, sem dúvidas, quedar-se inerte o outro poder, o que, na ótica da interação entre poderes, melhor legitimaria decisões do STF que envolvam maior grau de intervenção na esfera de competências típicas do outro Poder. Poderá, igualmente, o outro poder ofertar razões pelas quais entende não ser possível cumprir com o dever legislativo no prazo concedido, seja por razões de ordem prática ou política, caso em que a Corte poderá rever sua decisão ou mantê-la. Em derradeiro, poderá o poder instado a legislar aceitar as razões da Corte constitucional, total ou parcialmente, caso em que eventual espaço de intervenção daquela, na lógica interativa, seria diminuto.

O mesmo pode ser dito para o julgamento de mérito das ações constitucionais, com o único temperamento da relevância da fixação de prazos para que, vez verificado o descumprimento deste por completa ou parcial ausência de atuação do outro poder, as consequências da inércia, previstas no provimento final, sejam autoaplicáveis e submetidas a obrigatória revisão depois de certo tempo, pela Corte, ou, ao menos, o remédio jurídico adequado à garantia dos efeitos da decisão, previsto no dispositivo, seja facilmente manejável pelo cidadão.

Por outro lado, poderá a Corte, em sua decisão final, fixar prazo de validade para suas próprias decisões de caráter autoaplicável, de modo a permitir seu teste de eficácia no mundo real, prevista desde logo nova rodada de revisão desta pelo Parlamento, após o decurso do prazo, de modo a consolidar o provimento da Corte em efetiva disposição positiva – o apelo, assim, seria postergado a momento posterior ao término do prazo de eficácia autofixado pela Corte, especialmente quanto às condições de exercício de determinado Direito ou modo de ser de determinada relação jurídica.

Nesta perspectiva de cognição exauriente, o apelo ao legislador deixa de ser uma possibilidade de medida cautelar endo-processual e torna-se efetivo motor dinâmico de teste de performance institucional, acrescentando uma métrica mais clara à relação entre os poderes, do ponto de vista de espaços politicamente aceitáveis e predeterminados de intervenção mútua.

Outra possibilidade de modelagem institucional imaginável, a qual elevaria o apelo ao legislador a um patamar extremo, seria a criação de órgão próprio dotado de poder deliberativo que unisse os três poderes, instado a deliberar sobre determinado por determinação da Corte constitucional. Em seu âmbito, representantes dos três poderes previamente eleitos ou nomeados buscariam construir alternativas legislativas ou administrativas suficientes a superar questões difíceis, submetidas ao órgão pela Corte, com poder de convocar audiências públicas e ouvir especialistas.

No ato convocatório da deliberação do órgão, a Corte poderia não só determinar prazo mandatório para a conclusão dos trabalhos como também fixar critérios interpretativos de constitucionalidade que serviriam como base epistêmica ao debate proposto. Concluída a discussão e atingido um arranjo político minimamente viável, a proposta de melhoria legislativa seria submetida ao poder detentor do dever de evitar que o estado de inconstitucionalidade se concretize, com novo prazo fixado para a conclusão do debate sobre as mudanças propostas em seu fórum próprio. Em caso de ausência de conclusão da deliberação no prazo concedido ao poder, a Corte constitucional poderia determinar as medidas que entendesse necessárias, dentre as quais a fixação de critérios para a tutela do direito lesado.

De todo modo, a imaginação institucional e arquitetura jurídicas, contanto que adotem os limites epistêmicos pré-estabelecidos pela

Constituição, são ilimitadas no plano das ideias. Não se pretende, com este texto, exaurir o tema. Como visto, a função principal do *appellentshcheidung* é garantir à Corte constitucional maior capacidade de apresentar um satisfatório nível de performance deliberativa face às demais instituições, constantemente engajando na interação institucional que subjaz o sistema democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao considerar que as respostas no constitucionalismo são sempre provisórias, ao menos nos parece seguro afirmar que a democracia é o regime mais adequado à satisfação de nossos préstimos. Por esta razão, dedicamos razoável esforço argumentativo para apresentar o *appellentshcheidung* como uma possível ferramenta, dentre inúmeras, capaz de ampliar espaços de interação institucional no jogo de tensão e distensão entre os poderes constituídos em um estado democrático de Direito.

O apelo ao legislador, instrumento criado pelo BVerfGE, possui espaço de aplicação na práxis da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Seja sob o viés de método legítimo de autocontenção da Corte, seja sob o viés de teste de desempenho institucional, ao instar o Parlamento a atuar positivamente para superar um constatado processo de inconstitucionalização normativa, a ferramenta estrangeira pode trazer bons ganhos à resolução de casos complexos levados a corte, especialmente quando estiverem em jogo interesses

econômicos e políticos. Contudo, não se trata de solução milagrosa a ser banalizada, sob pena, inclusive, de a Corte ceder demasiado espaço ao Parlamento na interação dos três poderes.

Ainda, o apelo ao legislador não deve ser utilizado desacompanhado da hermenêutica constitucional, por meio da qual serão traçadas as premissas argumentativas e as justificativas jurídicas adequadas a se chegar à conclusão da necessidade em se apelar, ou não, ao legislador na resolução do caso concreto. Ainda, a hermenêutica jurisdicional é ferramenta relevantíssima na determinação do momento de uso do apelo ao legislador, seja em regime de medidas cautelares concedidas pela Corte, seja na resolução de mérito de ações de controle abstrato ou concentrado. É antes por meio do uso de teorias da decisão que será possível chegar-se à resposta do porquê se apelar ao legislador do que pressupor seu uso em razão deste ou daquele fator externo ao processo constitucional.

Por derradeiro, é importante destacar que as ideias apresentadas ao início pretendem trazer uma perspectiva diferente da relação entre Cortes constitucionais e Parlamentos, em suas constantes interações no jogo dos três poderes, sob o prisma da ciência política e da sociologia. As ideias de “performance deliberativa” e “última palavra provisória”, portanto, são estranhas a uma abordagem estritamente normativa, mas não são menos bem-vindas. É dever do jurista, preocupado na construção de inovações à ordem jurídica, considerar

dados advindos de diferentes fontes e, de forma coerente, propor possíveis novas relações ao universo do Direito.

Em suma, caso utilizado com moderação, o apelo ao legislador poderá representar razoável reforço institucional no longo trajeto de consolidação democrática e constitucional, movimento de sua importância tendo em vista nossa história de rompantes autoritários. Seja em sua utilização cautelar ou de mérito, com ou sem estabelecimento de medidas diversas em caso de inobservância do prazo concedido ao legislador, fato é que não se mostra perdulário o caminho que aposta na interação institucional como artifício razoável para a construção de respostas eficientes, estáveis e democráticas.

REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci. *Função, estrutura e instituição na análise jurídica*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 112, jan./dez. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2012.
- FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, separação de*

- Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers* 3. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, jun. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – appellentscheidung - na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista De Direito Administrativo*, 188, abr. 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. ADPF 131/DF. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 19 a 26 de junho de 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. Emb. Decl. na ADPF 131/DF. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 15 a 22 de outubro de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. MI 7.300/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, Plenário Virtual, 16 a 26 de abril de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor de Acórdão. RE 607642. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Plenário, 29 de junho de 2020.

A SUBJETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL, A PARTIR DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU, E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015¹⁸¹

THE SUBJECTIVITY OF JUDICIAL DECISION-MAKING, FROM PIERRE BOURDIEU'S THEORY, AND THE DUTY OF REASONING PRESCRIBED IN THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

Clayton de Albuquerque Maranhão

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade de Girona. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Milão e pela Universidade de Gênova. Professor Associado da Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: clayton.maranhao@hotmail.com. Instituição: Universidade Federal do Paraná. Cidade: Curitiba-PR, Brasil.

Rafaela Mattioli Somma

Doutoranda em Processo Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista pela Universidade de Barcelona. Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: rafaela_somma@yahoo.com.br. Instituição: Universidade Federal do Paraná. Cidade: Assis-SP, Brasil.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar a subjetividade inerente à atividade jurisdicional e a importância do dever de fundamentação e de motivação da decisão judicial, dever este com assento no artigo 98 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, adotou-se como referencial teórico o sociólogo Pierre Bourdieu, sendo que, para análise da temática, foram eleitas as categorias metodológicas de *habitus* e de *poder simbólico*. Partindo da premissa de que a cosmovisão do julgador influencia no produto final da decisão judicial, buscou-se demonstrar que o dever de fundamentação consiste mecanismo eficaz para imunizar, ao menos parcialmente, a decisão judicial de

influxos subjetivos e externos às próprias razões do Direito. A investigação ora empreendida é de caráter descritivo e empírico, de modo que o desenvolvimento do trabalho adotou, inicialmente, a metodologia descritiva para discorrer sobre os elementos centrais da teoria bourdieusiana – naquilo que importa ao campo jurídico – e das teorias da decisão judicial. Na segunda fase do artigo, realizou-se um levantamento de dados acerca da quantidade de decisões de 1ª instância cassadas por falta de fundamentação pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, no período compreendido entre 2013 e 2018. Referida coleta de dados teve por objetivo verificar se as mudanças introduzidas pelo artigo 489

¹⁸¹ Artigo recebido em 13/02/2023 e aprovado em 29/06/2023.

do Código de Processo Civil repercutiram, de alguma forma, na fundamentação das sentenças prolatadas após a vigência da Lei 13.105 de 2015. Da análise das informações coletadas, constatou-se que houve redução significativa da quantidade de sentenças cassadas por falta de fundamentação após 2015, a sugerir que, por ocasião da entrada em vigor do novo diploma processual, as decisões judiciais passaram a observar em maior medida o dever de motivação. Com isso, estar-se-ia diante de situação em que a subjetividade, que continua, inevitavelmente, a permear a decisão judicial, cede espaço para a objetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Subjetividade; Decisão Judicial; Pierre Bourdieu; Motivação; Fundamentação.

ABSTRACT: The article analyzes the subjectivity inherent in the jurisdictional activity and the importance of the duty of reasoning and motivation of the judicial decision. Therefore, the sociologist Pierre Bourdieu was adopted as a theoretical reference, and the methodological categories of habitus and symbolic power were elected for the analysis of the theme. Based on the premise that the worldview of the judge influences the product of the judicial decision, it was sought to demonstrate that the duty of reasoning is an effective mechanism to partially immunize the judicial decision from subjective and external influences on the reasons of the Law. The investigation undertaken is of a descriptive and empirical nature, so the development of the work initially

adopted the descriptive methodology to discuss the central elements of Bourdieu's theory and theories of judicial decision-making. In the second phase of the article, data were collected on the number of first-instance decisions overturned for lack of reasoning by the Court of Justice of Paraná, from 2013 to 2018. The purpose of the aforementioned data collection was to ascertain whether the modifications introduced by Article 489 of the civil procedure code 2015 had any repercussions on the reasoning of judgments rendered subsequent to its enforcement. Upon analyzing the information collected, it was verified that there was a significant reduction in the number of judgments overturned for lack of reasoning after 2015, suggesting that, upon the promulgation of the new procedural law, judicial decisions began to observe the duty of motivation to a greater extent. Hence, the present scenario would suggest that subjectivity, which unavoidably continues to permeate judicial decisions, is replaced by objectivity. Based on the premise that the worldview of the judge influences the product of the judicial decision, it was sought to demonstrate that the duty of reasoning is an effective mechanism to partially immunize the judicial decision from subjective and external influences on the reasons of the Law.

KEYWORDS: Subjectivity; Judicial Decision; Pierre Bourdieu; Motivation; Reasoning.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de análise o dever de fundamentação da decisão judicial, sobretudo sob a ótica das mudanças introduzidas pelo artigo 489 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Tendo como pano de fundo o aporte teórico fornecido por Pierre Bourdieu, buscou-se demonstrar que a decisão judicial não resulta de um procedimento exclusivamente objetivo, porquanto impraticável a completa dissociação entre o sujeito (magistrado) e o objeto de análise (caso concreto).

A premissa central da proposta consiste no reconhecimento de que elementos externos ao Direito influenciam efetivamente o resultado final da decisão judicial, que se encontra permeada pelas razões íntimas e pela subjetividade do julgador.

Com a finalidade de melhor embasar a argumentação central, no sentido de que a decisão judicial é fruto de uma relação de subjetividade e de objetividade, em um primeiro momento será apresentada a revisão bibliográfica da teoria bourdiesiniana, limitada aos conceitos elementares de *habitus*, campo, campo jurídico e poder simbólico. O segundo momento é dedicado ao desenvolvimento do tema, analisando-se a discricionariedade e a subjetividade do juiz na prolação das decisões judiciais. A terceira parte do artigo é dedicada às teorias da decisão judicial e ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Na sequência, o trabalho conta com exposição das inovações trazidas pelo artigo 489 do CPC de 2015. Para averiguar quais foram

os efeitos práticos das regras introduzidas pelo diploma processual de 2015, empreendeu-se uma pesquisa de natureza empírica orientada pela coleta de dados por amostragem, com posteriores considerações finais.

Para atender a proposta apresentada, adotou-se como metodologia a revisão bibliográfica acerca dos temas afetos à subjetividade do julgador e à sua influência na decisão judicial, com coleta e análise de dados, consistentes no levantamento de decisões judiciais, cuja consulta encontra-se disponível no *site* do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU

Em A força do Direito, Pierre Bourdieu aborda o conceito de campo jurídico, suas funções e implicações. O manuscrito, publicado inicialmente na coletânea do *Poder Simbólico*, adquiriu relevância própria a ponto de ser publicado em nova edição como sendo um livreto à parte, justamente porque é nele que o sociólogo apresenta os aspectos fundantes de sua teoria sociológica do Direito.

O espaço relativamente pequeno dedicado à análise do sistema jurídico no interior da teoria de Pierre Bourdieu é inversamente proporcional à relevância de suas considerações para a compreensão do sistema jurídico e da lógica interna que orienta seu desenvolvimento. Ao trabalhar em torno da distinção entre o que seria a “ciência rigorosa do direito” e a “ciência jurídica”,

Bourdieu rejeita não apenas a concepção instrumentalista, na qual o direito é visto como um instrumento a ser utilizado pelas classes dominantes, como também a concepção formalista, que defende a autonomia irrestrita do campo jurídico em detrimento do mundo da vida.

A partir da premissa de que o Direito possui autonomia relativa frente às lutas ideológicas, Pierre Bourdieu formula sua teoria com base na lógica estrutural-constitutivista¹. Nesse sentido, o estruturalismo se reflete no entendimento de que o mundo social é composto por estruturas objetivas que influenciam a ação do agente, de modo a limitar ou a orientar suas práticas, independentemente de sua consciência ou vontade. Por sua vez, o construtivismo está relacionado à noção de que os fenômenos da percepção se originam do habitus e do campo social:

Loyola aponta que o habitus, espécie de mediador entre os elementos externos e internos, pode ser entendido como “um sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação [...] de conhecimentos práticos adquiridos

ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado”¹⁸², isto é, trata-se de um capital cultural oriundo da estrutura social que é incorporado pelos agentes, orientando os usos, gostos e modos de ser, agir e pensar dos indivíduos.

Mori destaca que Bourdieu utiliza-se da noção de capital firmada pelas teorias marxistas para formar o conceito de capital simbólico¹⁸³. Ao contrário dos marxistas, no entanto, Bourdieu rejeita a ideia de que as estruturas econômicas determinam todos os aspectos do mundo social, razão pela qual amplia o conceito de capital para além do campo econômico. Na medida em que o capital simbólico “é formado pelo conjunto de signos e símbolos que permitem ao agente se situar no espaço social”¹⁸⁴, Bourdieu o apresenta como um instrumento dotado de legitimidade, que possibilita aos agentes dominantes do campo a imposição de seus interesses sobre os dominados.

O estruturalismo¹⁸⁵ de Bourdieu pode ser observado principalmente através do conceito de campo

¹⁸² Loyola, Maria Andréa. *Bourdieu e a sociologia*. In: Bourdieu, Pierre. Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002, p. 66-67.

¹⁸³ Madeira, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, junho 2007. p. 20.

¹⁸⁴ Loyola, Maria Andréa. *Bourdieu e a sociologia*. In: BOURDIEU, Pierre. Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002, p. 66.

¹⁸⁵ Sobre o ponto, cabe destacar que a predominância do aspecto estruturalista no

interior da teoria de Bourdieu não se apresenta imune a críticas, a exemplo das tecidas por Corcuff, que argumenta que o sociólogo teria falhado ao eleger as estruturas como elementos determinantes, ignorando os efeitos oriundos da interação social. Há quem defenda que os próprios argumentos levantados por Bourdieu no que toca ao entendimento do mundo como uma estrutura parcial dotada de subjetividade, determinada por estruturas e orientada pelo habitus, são os responsáveis por desconstituir a validade e a legitimidade de sua teoria sociológica. A justificativa para isso, conforme ilustra Gabriel Peters, reside no fato de que o

formulada pelo autor, o qual pode ser definido como um espaço (microcosmo) estruturado em forças objetivas que, embora seja dotado de relativa autonomia, também se submete a imposições externas do macrocosmo¹⁸⁶. Assim, tem-se que cada campo social se presta a atender uma demanda específica/especializada da sociedade, possuindo autonomia relativa face aos influxos externos, não sendo determinado diretamente pelas forças produtivas econômicas ou pelas forças políticas.

Para Bourdieu, um olhar sincrônico sobre o *campo* - cuja ideia é apresentada pelo autor em substituição ao próprio conceito de sociedade - revela que tal espaço é estruturado por posições sociais, as quais são ocupadas e disputadas pelos integrantes do campo, ou seja, pelos agentes sociais¹⁸⁷.

reconhecimento de um mundo parcial implica a impossibilidade de se fundar uma teoria sociológica dotada de rigor científico, com capacidade para explicar a realidade em sua totalidade. Portanto, a tese levantada por Bourdieu impossibilitaria a própria validade daquilo que foi aventado pelo sociólogo, afinal, se o mundo é parcial, todas as teorias o são, de modo que seria forçoso concluir que nem mesmo a tese do autor seria dotada do rigor metodológico necessário para sua legitimidade. Ver mais em: Bourdieu, apud Corcuff, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*. Bauru: Edusc, 2001, p. 48 e; Löwy, M. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

¹⁸⁶ Pereira, Elaine Aparecida Teixeira. O conceito de campo de Pierre Bourdieu: possibilidade de análise para pesquisas em história da educação brasileira. *Revista Linhas*, Florianópolis, v. 16, n. 32, p. 337 - 356, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas>

Com efeito, ao passo em que se constitui como uma espécie de espaço simbólico em cujo interior se desenvolvem relações de luta pelo poder, o *campo* se apresenta como um fenômeno relacional em que se observa a presença de “objetos de disputas e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas”¹⁸⁸.

Segundo a teoria de Bourdieu, os espaços sociais (campos) são, pois, formados por agentes que ocupam posições sociais específicas, podendo ser dominantes ou dominados. Tais agentes agem pautados pelo *habitus* incorporado, estabelecendo entre si relações de força através da luta em torno do capital específico acumulado¹⁸⁹.

[/article/view/1984723816322015337](https://www.scielo.br/artigo/view/1984723816322015337). Acesso em: 10 ago. 2022.

¹⁸⁷ Bourdieu, Pierre. *Questões de sociologia*. 1ª edição, Fim de Século: Lisboa, 2003, p.119.

¹⁸⁸ Bourdieu, Pierre. Algumas propriedades dos campos. In: BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 89-94.

¹⁸⁹No interior do campo dá-se uma dinâmica de concorrência e dominação, derivada das estratégias de conservação ou subversão das estruturas sociais. Em todo campo a distribuição de capital é desigual, o que implica que os campos vivam em permanente conflito, com os indivíduos e grupos dominantes procurando defender seus privilégios em face do inconformismo dos demais indivíduos e grupos. As estratégias mais comuns são as centradas: na conservação das formas de capital; no investimento com vistas à sua reprodução; na sucessão, com vistas à manutenção das heranças e ao ingresso nas camadas dominantes; na educação, com os mesmos propósitos; na acumulação, econômica, mas,

A partir da compreensão de que “afinidades entre as posições e classificações do espaço social e aquelas que engendram os antagonismos específicos dos campos, também contribuem para a legitimação e reprodução de uma hierarquia que abarca a sociedade como um todo”¹⁹⁰, Bourdieu denuncia que os campos sociais compartilham de homologias estruturais. Significa dizer que as práticas internas adotadas pelos agentes integrantes do campo tendem a ser, ainda que de forma inconsciente, favoráveis às posições homólogas ocupadas por outros atores no espaço sociais.

A breve incursão na teoria de Bourdieu permite concluir que o sociólogo busca superar a polarização entre o subjetivismo e objetivismo a partir de formulações que propõem a incorporações de aspectos de cada uma dessas correntes.

As nuances entre a subjetividade e a objetividade guardam correspondência, na doutrina de Bordieu, com os conceitos de habitus e

de *illusio* do Direito, respectivamente. Isso porque, segundo Bourdieu, a subjetividade do agente é reproduzida por meio do habitus. A seu turno, o formalismo do Direito e a *illusio* em torno do sistema jurídico, cuja narrativa precisa ser estritamente neutra e universal, fornecem um recorte teórico para análise da objetividade – ou pretensa objetividade – do Direito.

Especificamente no que concerne à subjetividade, vale destacar que os conceitos de habitus e de campo jurídico estão intimamente relacionados. Segundo Bourdieu, o agente decisório tende a reproduzir, ainda que de forma inconsciente, o seu habitus nas decisões que profere, imprimindo sua visão de mundo¹⁹¹.

Considerando que os agentes dominantes no campo jurídico, em regra, pertencem a classes elitizadas, a reprodução do habitus na decisão resultaria, no mais das vezes, na manutenção dos privilégios das classes dominantes, possibilitando que os agentes dominantes no campo jurídico sejam também os dominantes no

também, social (matrimônios), cultural (estilo, bens, títulos) e, principalmente, simbólica (status). Thiry-Cherques, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista de Administração Pública* [online]. 2006, v. 40, n. 1, p. 27-53.. Acessado em: 10 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000100003>>.

¹⁹⁰ Torres, Roberto . Sociedade de classes ou sociedade de campos? Uma leitura crítica da teoria da sociedade de Pierre Bourdieu. In: 38 *Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*. ANPOCS, 2014, Caxambu-MG. Anais do Evento, 2014. Acessado em: 10 de agosto de 2021. Disponível em: em: <

<https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt03-1/8847-sociedade-de-classes-ou-sociedade-de-campos-uma-leitura-critica-da-teoria-da-sociedade-de-pierre-bourdieu/file>>.

¹⁹¹ Nas palavras de Wacquant, “[...] dotado de inércia incorporada, na medida em que o habitus tende a produzir práticas moldadas depois das estruturas sociais que os geraram e na medida em que cada uma de suas camadas opera como um prisma por meio do qual as últimas experiências são filtradas e os subseqüentes estratos de disposições são sobrepostos [...]”. Wacquant, Loic. Esclarecer o habitus. *Educação e Linguagem*, ano 10, n.16, jul.-dez. 2007, p.67. São Bernardo: UNESP, 2007..

campo social e vice-versa. Tal situação é o que caracteriza aquilo que Bourdieu denomina homologia estrutural⁸, conceito anteriormente apresentado.

O campo jurídico pode ser entendido como espaço social ocupado por agentes que exercem uma função específica [jurídica] e batalham por um capital específico da autoridade jurídica, a qual, por sua vez, se apresenta como “forma por excelência da violência simbólica legítima”¹⁹² exercida pelo Estado através do poder simbólico¹⁹³, este definido por Bourdieu como sendo “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”¹⁹⁴.

Trata-se de ambiente extremamente competitivo, em que os

indivíduos buscam assegurar o monopólio do poder “do direito de dizer o direito”¹⁹⁵, ocupado por agentes que visam assegurar o capital sobre o direito de decidir aquilo que é direito, por meio do reconhecimento de que detêm competência para interpretar o *corpus* dos textos legais, apropriando-se da força simbólica da norma. Com efeito, a lógica interna do funcionamento do campo jurídico é determinada tanto pela lógica das relações de poder e da luta em torno do capital, quanto pela narrativa das próprias obras jurídicas.

Ao versar sobre a divisão do trabalho jurídico, Bourdieu defende que o acesso ao campo jurídico é determinado pelas condições histórico-culturais e pelo contexto social em que as relações de poder estão imersas¹⁹⁶. A forma como o direito exsurge é o que estabelece a

¹⁹² Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 19, no 40, 2011, p. 32.

¹⁹³ Segundo Bourdieu, o poder simbólico consiste em estruturas estruturantes capazes de estruturar e reestruturar – portanto, transformar – as estruturas já estruturadas. O capital/poder simbólico do direito refere-se, justamente, à capacidade do sistema jurídico de constituir realidades. Vale dizer, ao poder de criar um dado (realidade) por meio da enunciação, atribuindo sentido e significado às coisas, transformando a visão de mundo. Após a entrada no campo jurídico, o conflito somente pode ser processado de acordo com as regras estipuladas pelo Direito, de maneira que a resolução do conflito não pode se dar por nenhuma outra regra que não seja a regra jurídica. Com efeito, cada ordem simbólica produzida pelo Direito se apresenta como negação à “desordem” da realidade fática. É precisamente ao substituir a desordem material pela ordem da norma que o autor defende que o Direito constitui-se como forma por excelência do poder simbólico, de modo que

sua força atua garantindo a própria força do Estado. Bourdieu, 1984, p. 89.

¹⁹⁴ Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989, p. 7.

¹⁹⁵ Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989, p. 12.

¹⁹⁶ Sobre o ponto, cabe observar que a resolução dos conflitos gerados no interior do campo jurídico exige que este seja composto por instâncias hierarquizadas, de modo que cada agente ocupa uma posição hierárquica, que pode ser de subordinação, de dominação ou de homologia. A posição hierárquica ocupada, somada à capacidade de o agente traçar estratégias, seja para mudar ou para se manter na instância de hierarquia ocupada, é o que reflete a autoridade jurídica do agente. Partindo do pressuposto de que, em regra, os agentes que ocupam o campo jurídico possuem afinidades com aqueles que detêm o poder (político ou econômico), as mudanças promovidas no ordenamento jurídico dificilmente implicarão alteração do *status quo*. Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência

divisão do trabalho jurídico entre duas categorias de operadores do direito: teóricos e práticos.

Enquanto aos teóricos cabe a construção dos fundamentos teóricos e abstratos que legitimam e validam o Direito, aos práticos incumbe a aplicação do Direito, ou seja, a subsunção da norma ao fato ou sua interpretação, a fim de que seja possível sua aplicação ao caso concreto.

Para além de filtrar quem pode influenciar no jogo do campo jurídico, a delimitação de competência dos agentes também acaba servindo de parâmetro para definir quais conflitos podem entrar no campo jurídico e quais devem ficar de fora, bem como de que forma esses conflitos podem ser suscitados.

O ingresso do conflito no interior do campo jurídico está condicionado a determinadas exigências, quais sejam: (i) a resolução do conflito perpassa, necessariamente, a formação de uma decisão judicial, sendo que esta decisão deve ser a mais clara possível; (ii) os atos praticados pelas partes devem se ordenar consoante as categorias jurídicas já reconhecidas no procedimento e (iii) a decisão deve

observar os precedentes e se conformar a eles ou a decisões anteriores.

Tais exigências, aponta Bourdieu, atuam mais como instrumentos/mecanismos de racionalização do direito do que como razões determinantes. Assim, ilustra que um corpo de precedentes reconhecidos pela ordem jurídica, por exemplo, acaba se transformando em um espaço de possibilidades do qual o julgador pode se valer para chegar a uma determinada solução sem, contudo, ferir a neutralidade e a objetividade do sistema jurídico.

2. DECISÃO JUDICIAL: ENTRE A SUBJETIVIDADE E A OBJETIVIDADE

O aporte teórico de Bordieu sob o recorte específico da subjetividade e da objetividade, quando aplicado à decisão judicial, permite conclusão no sentido de que a aplicação da norma jurídica não é realizada de modo imparcial e neutro, mas dotada de subjetividade, porquanto os operadores do campo jurídico agem com base no *habitus* incorporado e encontram-se sujeitos à influência de elementos internos, tais como crenças, valores, cosmovisão e, inclusive, de elementos exógenos¹⁹⁷.

das formas jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 19, no 40, 2011.

¹⁹⁷ Para além dos fatores subjetivos que permeiam o procedimento decisório, diversos estudos se dedicam a investigar o impacto gerado pelos elementos externos aos quais o julgador se encontra submetido. Sobre o tema, a contribuição de Inbar Levy em *Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules*. Com base em uma proposta interdisciplinar, a autora busca demonstrar que

fatores diversos podem impactar no comportamento humano e, conseqüentemente, no processo decisório. A premissa central de Levy é a de que a sobrecarga de fatores no processo decisório leva à sobrecarga cognitiva, prejudicando, assim, a racionalidade da decisão tomada. Ver mais em: Levy, Inbar. *Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules*. *Melbourne University Law Review*, v. 41, 2017, p. 727-757.

Diversos autores se propuseram a investigar *como efetivamente* decidem os juízes ou de que forma *deveriam* decidir. Neste contexto, se faz necessário apontar a distinção havida entre a concepção formalista do direito e a proposta pelo realismo jurídico.

Fundamentado no juspositivismo clássico e calcado no estado legislativo, o formalismo jurídico se origina na Escola de Exegese, com o entendimento de que o direito se resume à própria lei, de modo que sua aplicação deve ser orientada pela exata intenção do legislador, em patente prejuízo à atividade jurisdicional criativa¹⁹⁸.

Em crítica ao que entendia se tratar de subsunção mecânica da lei ao caso fático¹⁹⁹, o realismo jurídico emerge no século XX, a partir do reconhecimento de que fatores externos ao próprio direito influenciam no resultado final da decisão²⁰⁰. De acordo com a concepção realista, o direito legislado consiste apenas uma das fontes a ser utilizada pelo juiz no processo decisório, sendo autorizado – e recomendado – que o julgador se utilize, inclusive, de fontes extrajurídicas, a fim de elaborar uma decisão que atenda adequadamente o caso concreto e os anseios sociais.

Ainda que não seja necessário se posicionar como realista, e embora não seja do escopo desse artigo travar uma

releitura crítica acerca do formalismo jurídico, é certo que a crença na possibilidade de que a mera aplicação da norma jurídica não é capaz de atender as particularidades do caso concreto e entregar uma tutela jurisdicional efetiva e igualitária, visto que a subsunção mecânica não dá conta de responder adequadamente os problemas contidos na lide em toda sua complexidade²⁰¹.

Partindo das reflexões de Marx, Weber e Durkheim acerca do problema da objetividade e da subjetividade do conhecimento, Gustavo Osna ressalta a impossibilidade de apreensão objetiva e neutra da realidade, assim como a inviabilidade de pensarmos o conhecimento como algo atemporal, dissociado dos elementos contextuais. Aplicando tal lógica ao ordenamento jurídico, tem-se que, para garantir a aderência do direito à realidade, se faz necessário garantir aos juízes certa margem de poder discricionário, de maneira a permitir que os conceitos jurídicos sejam reformulados à luz das necessidades oriundas do contexto cultural e social contemporâneos ao processo decisório.

Com base na premissa de que não há espaço para conceitos místicos e absolutos no direito processual civil, Osna destaca que o texto normativo não é um produto “pronto e acabado”, vale

¹⁹⁸ Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.

¹⁹⁹ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 71.

²⁰⁰ Bobbio, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 66.

²⁰¹ aulson, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. *The University of Queensland Law Journal*, v. 27, p. 7-39, 2008.

dizer, imutável. Em contrapartida, propõe o reconhecimento da subjetividade e de sua inevitabilidade, ao passo que defende o abandono de procedimentos rígidos e inflexíveis para apreensão da lei em prol de um exercício jurisdicional criativo que permita relacioná-la ao contexto histórico²⁰².

A atuação judicial demanda do magistrado o constante exercício de equilibrar os aspectos subjetivos e objetivos, pois a completa dissociação desses elementos se mostra impraticável na realidade jurídica. Com efeito, o fato de o julgador ser, em tese, livre para valorar os fatos e as provas produzidas no processo para formar sua decisão, não o desonera do dever de justificar como essa valoração foi realizada e, tampouco, de explicitar quais fundamentos jurídicos legitimam sua decisão.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A partir da constatação de que a subjetividade e a discricionariedade não são incontroláveis, de rigor abordar a importância do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Alicerçada na metamatemática, na filosofia e nas teorias jurídicas, a teoria da decisão judicial contemporânea busca estabelecer diretrizes para que o processo decisório não seja resultado de uma ação injustificada pautada no puro subjetivismo do agente julgador²⁰³.

Sobre o tema, Servilha observa que, para além dos instrumentos racionais que justificam a legitimação da decisão, a teoria da decisão seria um conjunto interdisciplinar que “abrange a própria trajetória de formação da convicção, a aproximação do problema, seu exame, a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas conseqüências, o dimensionamento de seu alcance”²⁰⁴.

Sem prejuízo da investigação sobre os fatores que influenciam o produto do processo deliberativo e suas variáveis, a teoria da decisão evidencia a necessidade da fundamentação da decisão como meio de coibir a prática de condutas arbitrárias por partes dos juízes. Nesse sentido, a fundamentação é vista como uma condição de validade da decisão, de forma que não basta que esta seja meramente motivada²⁰⁵.

O debate em torno da racionalidade da narrativa jurídica, em

²⁰² Osna, Gustavo . Objetividade e Subjetividade no Estudo do Processo Civil: o 'Problema' das Garantias Processuais. *Revista brasileira de direito processual (impresso)* , v. 110, 2020, p. 201-220.

²⁰³ Monteiro, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Acesso em: 10 de agosto de 2022. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>, p. 6105.

²⁰⁴ Monteiro, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Acesso em: 10 de agosto de 2022. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>, p. 6105.

²⁰⁵ [...] em qualquer perspectiva da atividade decisória, justificar a decisão judicial significa torná-la aceitável mediante a indicação de sua fundamentação jurídica, ou seja, ela aplicou o Direito... A justificação é o índice de racionalidade que aquela decisão possui. São

especial da decisão, é objeto também das chamadas teorias da argumentação jurídica. Sendo inegável a influência da subjetividade individual do magistrado, tais teorias lançaram mão da distinção entre o contexto da descoberta e da justificação como forma de garantir a adoção de elementos objetivos na tomada de decisão e imunizar o processo decisório de posições estritamente subjetivas. Enquanto o primeiro contexto é relativo ao que se passa na mente do julgador, o segundo se refere ao dever de fundamentar²⁰⁶.

A distinção entre o raciocínio decisório, realizado no âmbito da descoberta, do raciocínio justificativo, feito no contexto da justificação, importa para a compreensão de que o processo decisório é composto por duas fases que, embora distintas, encontram-se interligadas.

Taruffo destaca que as razões e instrumentos utilizados pelo juiz para decidir não correspondem àqueles usados para justificar a decisão, pelo que se revela irrelevante fazer constar da

muitas as razões que podem estar incluídas em uma justificação, o emprego das razões justificadoras remete à questão axiológica. Para se justificar o Direito, ele deve estar articulado com o plano das valorações e também da moralidade. A compreensão do vínculo entre o fenômeno jurídico e o plano da moralidade é precondição de estruturação de uma Teoria da Decisão racional. Streck, Lênio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Acesso em: 10 de agosto de 2022. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>..

²⁰⁶ Em termos jurídicos, porém, pouco importa saber quais foram os motivos reais que

sentença os aspectos psicológicos do juiz, pois o que realmente importa ao ordenamento jurídico é que a decisão esteja fundamentada em razões jurídicas de modo tal que seja possível aos observadores externos perceberem a decisão como um produto lógico, alicerçado nas próprias razões do Direito.²⁰⁷

Nesse cenário, a justificação pode ser entendida como elemento determinante, que opera a distinção entre a decisão que se entende fundamentada daquela vista como irracional. Sob esse viés, tem-se que as razões subjetivas adotadas pelo juiz na fase decisória não prejudicam a racionalidade do direito, pois o que torna uma decisão imotivada não são as razões psicológicas e subjetivas do magistrado, mas sim a ausência de justificação do raciocínio adotado.

Taruffo defende que a justificação da decisão é elementar para o desenvolvimento do ambiente democrático, uma vez que possibilita o controle externo das razões que

determinaram a decisão judicial nesse ou naquele sentido. Em outras palavras, não interessam as razões psicológicas que levaram o juiz a decidir. O que interessa é saber se existem ou não razões jurídicas que suportam validamente dentro da ordem jurídica a tomada de decisão. [...] interessa a justificativa da decisão judicial - importam as razões oriundas do sistema jurídico capazes de justificar a decisão. : MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, Vol. 2, 2a. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 421/422.

²⁰⁷ Taruffo, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. por Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2015, p. 19.

justificam a decisão²⁰⁸. Na mesma linha, Jerzy Wróblewski argumenta que a objetividade da decisão é resultado de sua justificação, ao passo que a subjetividade da decisão pertence ao raciocínio decisório, isto é, ao chamado contexto da descoberta²⁰⁹.

E quando se teria uma decisão efetivamente fundamentada?

A resposta à questão perpassa, necessariamente, a análise dos elementos de justificação interna e externa da decisão.

A justificação interna utiliza-se do silogismo para a devida aplicação da norma jurídica: uma decisão justificada internamente é aquela pela qual se pode inferir de suas razões, de maneira lógica, as premissas adotadas pelo magistrado na construção de sua sentença. Desta feita, tem-se que a decisão deve estar amparada em uma premissa maior – qual seja, a própria norma jurídica – e em uma premissa menor – isto é, os fatos do caso concreto. Trata-se, portanto, da aplicação dos princípios gerais da lógica aristotélica, a fim de que se possa “provar de modo mais seguro possível uma cadeia de conclusões e evidenciar cada pressuposto que se queira passar desapercibido, para que se possa ao final investigar sobre sua procedência”²¹⁰.

Noutro giro, a justificação externa diz respeito às razões que justificam as premissas adotadas na justificação

interna. Isso é, refere-se aos precedentes, cânones, enunciados, dogmas, dentre outros elementos utilizados pelo magistrado, que sejam aptos a fundamentar as premissas e conclusões constantes da sentença. Exatamente a justificação – externa e interna – que agrega à decisão judicial os elementos objetivos necessários à sua racionalidade e legitimidade.

A partir do reconhecimento de que a subjetividade incorporada e individualizada pelo julgador influencia no produto decisório, se torna possível pensar em ferramentas capazes de imunizar, ainda que parcialmente, a decisão judicial de influxos subjetivos, passionais e estranhos ao próprio Direito.

Assim é que se pode buscar meios eficazes a garantir que a atividade argumentativa do procedimento decisório seja dotada da racionalidade e legitimidade necessárias à coerência e à estabilidade do sistema jurídico.

A adoção de critérios que agreguem racionalidade à atividade argumentativa no procedimento decisório, em observância ao dever de fundamentação, em que pese não suficiente para extirpar a margem de subjetividade e de discricionariedade do magistrado (o que quer parecer sequer desejável), teria o condão de reduzir o espectro de poder dos agentes que

²⁰⁸Taruffo, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. por Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2015, p. 20.

²⁰⁹ Wróblewski, Jerzy. Justificación de las decisiones jurídicas, In: *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 15.

²¹⁰ Alexy, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução e revisão Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

ocupam o espaço decisório e elidir investidas arbitrárias, imunizando as decisões judiciais dos aspectos passionais e subjetivos, de modo a oportunizar que o resultado do processo reflita, na maior medida possível, o direito em si (e não apenas os impulsos morais dos juízes).

Nesse ponto, cabe a ressalva de que a busca pela redução da margem de subjetividade e de discricionariedade do magistrado não implica a adoção de percepção dogmático-positivista que, avessa à multi e à interdisciplinariedade, defende que a realidade do Direito seria puramente a lei. Nalini já denunciava a perniciosidade do ideal propagado pelas teorias normativas clássicas, de um “juiz *neutral, asséptico observador de uma realidade por ele não vivenciada*”²¹¹. Perniciosa porque a ideia de um juiz como agente decisório puramente racional gera a ilusão de que o direito seria neutro e universal quando se sabe que, ainda que a narrativa jurídica seja neutra e universal, a aplicação do direito certamente não o é.

4. A REALIDADE BRASILEIRA E O IMPACTO DA PREVISÃO CONSTANTE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A partir dos conceitos weberianos de patrimonialismo e de burocracia, Sérgio Buarque de Holanda utiliza o conceito de “homem cordial”²¹² a fim de desenvolver a ideia de que a

aversão à impessoalidade e à racionalidade são comportamentos característicos da sociedade brasileira e se projetam, inclusive, nos modelos de instituições e de administração pública vigentes. Com base nas proposições de Buarque de Holanda e amparado nas contribuições de Max Weber, Marinoni observa que a vinculação do patrimonialismo ao Poder Judiciário tem como efeito a prolação de decisões de caráter eminentemente pessoal²¹³.

Em detida análise do contexto brasileiro, o jurista aponta que a presença de cláusulas gerais e princípios no ordenamento jurídico confere ao magistrado amplo espaço de subjetividade no poder decisório, prejudicando a previsibilidade do Direito. No caso das cláusulas gerais, isso ocorreria porque o juiz é convocado a decidir sobre questões que ainda não foram disciplinadas pelo legislador. Por outro lado, a utilização dos princípios na *ratio decidendi* possibilitaria ao magistrado afastar regras legais em face da Constituição. O autor segue discorrendo que aplicação da letra da lei é fundamentada a partir da doutrina e jurisprudência; contudo, os juízes e Tribunais não costumam indicar as razões valorativas implícitas adotadas, que deveriam justificar a orientação interpretativa utilizada na decisão.

Disso resulta que, na perspectiva de Marinoni, o processo decisório carece não apenas de racionalidade argumentativa, mas também de

²¹¹ Nalini, José Renato. A Reforma do Judiciário. *Revista de Jurisprudência do STF*. São Paulo, v. 253, 2000, p. 342.

²¹² O conceito de homem cordial foi inicialmente cunhado por Rui Ribeiro Couto.

²¹³ Marinoni, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 80, n. 4, p. 297.

racionalidade na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário. A ausência dessa última espécie de racionalidade, por sua vez, acarretaria a distribuição desigual e aleatória da justiça nos casos concretos, de modo que as decisões judiciais acabariam sendo utilizadas como válvula de escape para liberação dos desejos e valores pessoais do magistrado²¹⁴.

A norma inserta no inciso IX do artigo 98 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, a qual prevê a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial, é tida como uma vitória democrática²¹⁵. Ao mesmo tempo em que garante ao cidadão o direito de se insurgir contra

eventual arbitrariedade ou excesso perpetrado pelo magistrado, impõe limites aos poderes do julgador²¹⁶. Trata-se, portanto, de um direito fundamental do cidadão²¹⁷, que não apenas atribui legitimidade à decisão prolatada, como também fomenta a previsibilidade e a segurança jurídica²¹⁸.

Não bastasse a previsão constitucional, a impor ao magistrado o dever de enfretamento coerente e racional das questões fáticas e jurídicas importantes para análise do caso concreto, o CPC de 2015 inova neste particular ao estabelecer, no parágrafo 1º do artigo 489, as situações em que não se considera a decisão judicial fundamentada²¹⁹.

²¹⁴Marinoni, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 80, n. 4, p. 297.

²¹⁵ Maranhão, Clayton. Justificação externa da decisão judicial e standard probatório. *Revista Judiciária do Paraná*. V. 21, 2021, p. 17.

²¹⁶ Motta, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 14.

²¹⁷ Canotilho. José Joaquim Gomes. et al. (Coord.). *Op. cit.*, p. 1325.

²¹⁸ Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2a. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 436.

²¹⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Trata-se de rol exemplificativo das hipóteses que podem acarretar a nulidade do *decisum* em razão da ausência de motivação ou da chamada fundamentação deficiente²²⁰.

Da simples leitura do artigo supracitado, conclui-se que não pode o magistrado se limitar a indicar a norma aplicável ao caso, devendo também demonstrar de qual forma a norma jurídica se aplica à situação fática examinada. Está-se diante do dever de realizar a integração entre a dimensão jurídica e a dimensão fática (§ 1º, inciso I, art. 489, CPC). O mesmo entendimento se aplica quanto à utilização de conceitos jurídicos indeterminados (§ 1º, inciso II, art. 489, CPC). De igual modo, tal dispositivo veda a fundamentação genérica – apta a fundamentar toda e qualquer decisão -, combatendo a padronização das decisões ao exigir que os casos sejam analisados e julgados de forma

individualizada (§ 1º, inciso III, art. 489, CPC).

Para além da vedação às decisões *standard*, o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC estabelece a obrigatoriedade de que todas as questões fáticas e de direito relevantes no caso concreto sejam combatidas, de modo que não basta que a decisão esteja fundamentada apenas em elementos processuais que ratifiquem o resultado final do *decisum*, revelando-se imperioso que o juiz enfrente os argumentos invocados pelas partes e que sejam contrários à sua decisão.

Nesse ponto, cabe destacar que, a despeito da previsão acima debatida, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o juiz não é obrigado contraditar todos os argumentos dispendidos pela parte ao longo da tramitação processual²²¹,

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Ver mais em: Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 20 jan. 2023.

²²⁰ Didier Junior, Fredie. Et al. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. V2. P. 326.

²²¹ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA. APELAÇÃO. QUESTÕES PERTINENTES E RELEVANTES NÃO APRECIADAS. AGRAVO INTERNO. REPRODUÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO NÃO FUNDAMENTADO. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/15. (...) 3. Cinge-

se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. 4. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida. 5. Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente – diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício – não possui

senão somente aqueles tidos como pertinentes.

Por fim, o dispositivo em comento estabelece que, assim como se verifica com relação à aplicação das normas jurídicas, não basta que o magistrado invoque precedente ou enunciado sumular para justificar sua decisão, devendo também identificar os fundamentos determinantes do conteúdo invocado, realizando, se o caso, o denominado *distinguishing*²²².

A abordagem infraconstitucional do dever de fundamentação das decisões judiciais elenca, pois, uma série de condutas a serem evitadas pelo juiz, sob pena de nulidade, ao fito de “aclerar os critérios de justificação e exigir que o juiz os utilize na motivação de sua sentença”²²³

É certo que durante a vigência do CPC/73 subsistia o dever de fundamentar a decisão judicial. Contudo, não se pode negar que as regras insertas no artigo 489 do diploma processual civil elevaram o grau de exigência da fundamentação, traçando critérios destinados a pautar a decisão pela validade e legitimidade da fundamentação.

Teriam esses critérios o condão de reduzir a margem de

discricionariedade que decorre do subjetivismo inerente à decisão judicial?

Com o intuito de verificar empiricamente o resultado da alteração perpetrada pelo artigo 489 do Código Civil de 2015 quanto à especificação da exigência de justificação da decisão judicial, realizou-se levantamento de dados atinentes às anulações de sentenças proferidas nas Varas Cíveis de Curitiba em sede de apelação, especificamente em decorrência da falta de fundamentação.

Para delimitar o objeto de análise, utilizou-se o critério temporal, de modo que foram analisados os acórdãos proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos 3 (três) anos anteriores à vigência do CPC/2015 e nos 3 (três) anos subsequentes à sua entrada em vigor. Por meio dessa filtragem, verificou-se o percentual de decisões anuladas por falta de fundamentação no período pré-CPC de 2015 e no período pós-CPC de 2015, ou seja, antes e depois da entrada em vigor do artigo 489 deste diploma normativo.

A partir da análise dos acórdãos proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é possível perceber que, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, houve quantidade significativamente

recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios. 6. É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1622386/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016).

²²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

²²³ González Lagier, Daniel. *Qué es el “fundherentismo” y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho (borrador)*. Acessado em: 12 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.academia.edu/42333749/Qu%C3%A9_es_el_fundherentismo_y_qu%C3%A9_puede_aportar_a_la_teor%C3%ADa_de_la_prueba_en_el_Derecho_borrador_>

maior de decisões judiciais de primeiro grau anuladas em razão da ausência de fundamentação²²⁴.

Do inteiro teor dos acórdãos extrai-se, como principal razão para a anulação, a motivação genérica, sem a necessária e correlata análise dos fatos alegados pelas partes, situação por vezes referida como ausência de fundamentação por deixar o magistrado singular de levar em consideração as particularidades do caso concreto, em afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil e aos artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil de 1973.

Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a maior parte das decisões judiciais de primeiro grau submetidas à análise do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná por ausência de fundamentação suficiente foi mantida²²⁵. As anulações observadas tiveram por fundamento a ausência de motivação da decisão judicial, com base no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no parágrafo 1º do artigo 498 do Código de Processo Civil.

Poderia tal constatação indicar que as decisões proferidas em primeiro grau, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, passaram a observar em maior medida o dever de fundamentação?

No caso de se concluir que sim, o que se espera é poder dizer que a atual realidade processual civil brasileira (ou,

pelo menos, paranaense) evidencia a prolação de decisões judiciais dotadas de maior racionalidade, controlabilidade e, por corolário lógico, legitimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indeterminação do Direito conduz à necessidade de se reconhecer que a decisão judicial, além de composta por elementos objetivos, correlatos ao que se identifica com a premissa maior e a premissa menor do raciocínio silogístico, conta com margem de indeterminação, o que abre espaço para a atuação subjetiva do magistrado.

O desenho institucional brasileiro, contudo, revelaria, segundo a literatura, um sistema judicial pautado sobretudo pela ausência de racionalidade decorrente da inadequada (e, muitas das vezes, inclusive, inexistente) fundamentação das decisões judiciais.

Isso enquanto consequência da vinculação da administração judicial à lógica patrimonialista, a impor o abandono de critérios objetivos, capazes de conferir legitimidade à decisão judicial, que acabaria cedendo às razões íntimas e aos interesses subjetivos do julgador, orientando-se, em maior medida do que o estritamente necessário, pelo habitus bordieusiano.

A observância do dever de fundamentação, meio de possibilitar a controlabilidade da decisão judicial, exsurge, então, como ferramenta hábil a

²²⁴ Os resultados ilustrados estão contidos no Gráfico 1, o qual pode se encontra localizado ao final do artigo, após as referências.

²²⁵ Os resultados ilustrados estão contidos no Gráfico 2, o qual pode se encontra localizado ao final do artigo, após as referências.

contriuir para a redução da subjetividade indesejada, meio para o atendimento de interesses individuais, em detrimento da promoção do bem comum e da distribuição igualitária da justiça, além de manutenção do status quo – cuja modificação é dificultada pela homologia existente entre os espaços ocupados no campo social e no jurídico.

Quando se volta o olhar à realidade brasileira, o levantamento de dados realizado, ainda que tímido, e sem a pretensão de se traduzir em conclusão, parece indicar que, após o advento do CPC/2015, as decisões judiciais passaram a observar de forma mais adequada o que se entende como dever de fundamentação, orientando-se pela lógica adotada pelo ordenamento jurídico, ainda que remanesça espaço para a subjetividade, tão necessária ao atendimento das peculiaridades de cada caso concreto, lógica subjetiva esta que subsistirá, eis que inerente à condição humana dos julgadores.

REFERÊNCIAS

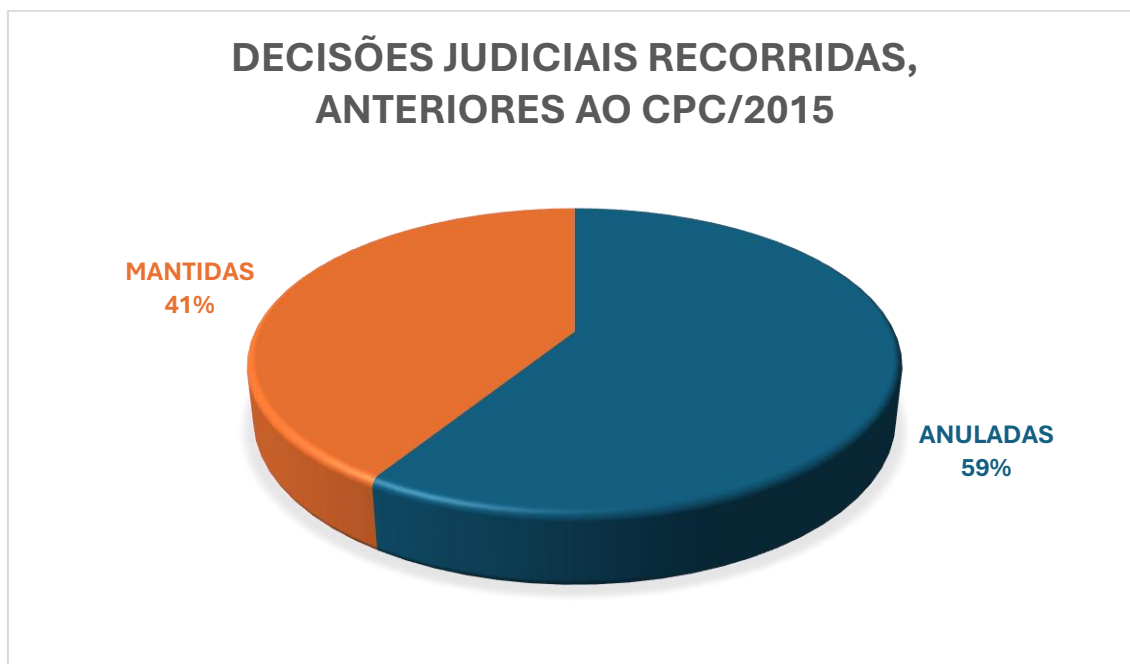
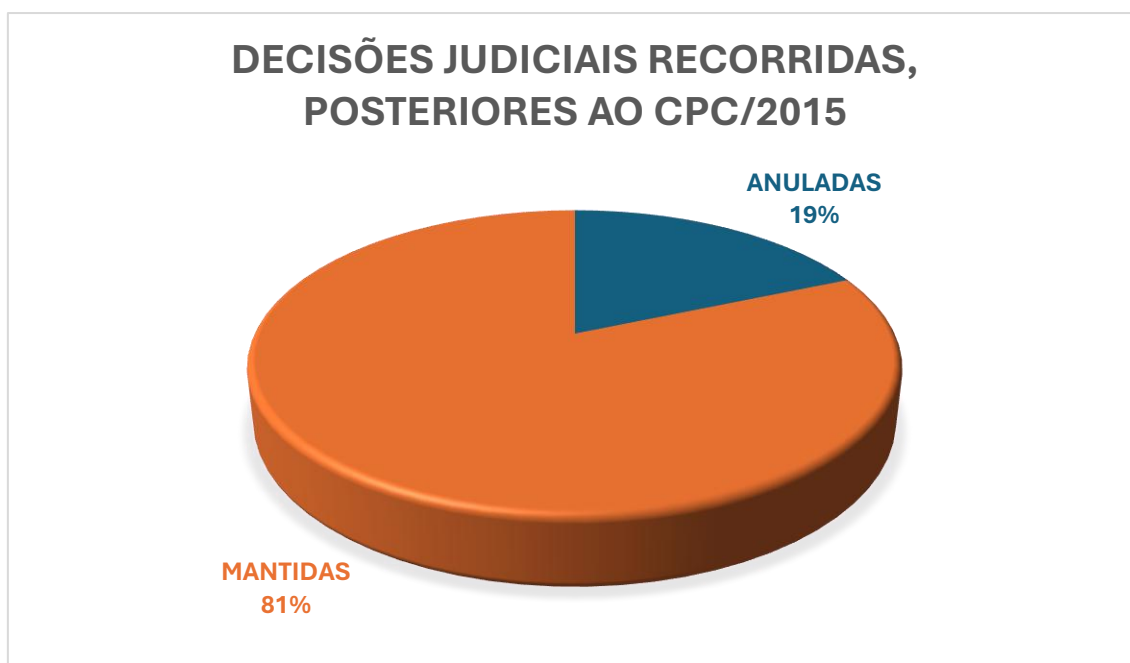
- AGUILÓ, Joseph. *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. Isonomía, 1997.
- ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução e revisão Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 19, no 40, 2011, pp. 27-41.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 66.
- BOURDIEU, apud CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*. Bauru: Edusc, 2001, p. 48.
- BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Pierre Bourdieu. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989a.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2a. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 436.
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes. et al. (Coord.). Op. cit., p. 1325.
- CASTRO, Felipe Araújo. A força do direito: roteiros de pesquisa em sociologia do campo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte, n.120, jan./jun. 2020. Disponível em:

- <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38120>. Acesso em: 02 de junho 2022.
- CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Gustavo Osna e Sérgio Cruz Arenhart. Cap. 5.
- COELHO, Inocêncio Mártires; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Indeterminação do Direito e segurança jurídica: diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 16, n. 24, p. 81-100, jul./dez. 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Et al. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. V2. P. 326.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Qué es el “fundherentismo” y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho (borrador)*. Acessado em: 12 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.academia.edu/42333749/Qu%C3%A9_es_el_fundherentismo_y_qu%C3%A9_puede_aportar_a_la_teor%C3%ADa_de_la_prueba_en_el_Derecho_borrador_>
- GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico NorteAmericano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 272-292, jul./dez. 2018.
- LÖWY, M. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.
- LOYOLA, Maria Andréa. *Bourdieu e a sociologia*. In: BOURDIEU, Pierre. Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002, p. 66.
- MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, junho 2007. p. 19-39.
- MARANHÃO, Clayton. Justificação externa da decisão judicial e standard probatório. *Revista Judiciária do Paraná*, v. 21, p. 17-36, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 291-310, out./dez. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A.. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 286, 19 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5066/a-influencia-das-relacoes-pessoais-sobre-a-advocacia-e-o-processo-civil-brasileiros>. Acesso em: 2 jun. 2022.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Acesso em: 12 de agosto de 2022. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf, p. 6105.

- MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 78.
- PETERS, G. A ciência como sublimação: o desafio da objetividade na sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu. *Sociologias*, [S. l.], v. 19, n. 45, 2017. DOI: 10.1590/15174522-019004514. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/61284>. Acesso em: 2 jun. 2022.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. por Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- WACQUANT, Loic. Esclarecer o habitus. *Educação e Linguagem*, ano 10, n.16, jul. dez. 2007, p.63-71. São Bernardo: UNESP, 2007.
- WITTGENTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Trad. e prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justificación de las decisiones jurídicas, In: *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008.

ANEXOS

O estudo realizado e acima descrito pode ser demonstrado por meio dos seguintes gráficos:

Gráfico 1:**Gráfico 2:**

DIGRESSÕES NECESSÁRIAS SOBRE A “(IR)RECORRIBILIDADE” DA DECISÃO QUE INADSMITE O INGRESSO DO *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO JUDICIAL²²⁶

NECESSARY DIGRESSIONS ON THE “(UN)APPEALABILITY” OF THE DECISION THAT DOES NOT ALLOW THE ENTRY OF THE *AMICUS CURIAE* IN THE LEGAL PROCESS

Cristina Grobério Pazó

Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora de Direito Privado na Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). E-mail: crispazo@uol.com.br.

Getulio Ramos Pimentel Junior

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogado no Menna Barreto Advogados. E-mail: getuliorpj@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de interposição de recurso, por parte de terceiro, da decisão judicial que o inadsmite como *amicus curiae*. O Código de Processo Civil é claro em disciplinar que a decisão que admite a intervenção é irrecurável, entretanto, há lacuna em relação à decisão que inadsmite a intervenção. O Supremo Tribunal Federal não possui jurisprudência pacificada em relação ao tema, ainda que siga a tendência de reconhecer a possibilidade recursal no processo objetivo e rejeitá-la no processo subjetivo. A justificativa para a escolha do tema se relaciona com a relevância conferida aos *amici curiae* atualmente, tendo em vista o tratamento dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à matéria, que confirmou a possibilidade de utilização do instituto não apenas em sede das instâncias excepcionais, mas também nas instâncias ordinárias – e em face da

importância de tal figura processual num contexto democrático e de constante abertura hermenêutica no processo civil.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*. Possibilidade Recursal. Legitimidade. Código de Processo Civil. Contexto Democrático.

ABSTRACT: The present article analyzes the possibility of filing an appeal, by a third party of the judicial decision that does not admit it as *amicus curiae*. The Civil Procedure Code is clear in stating that the decision that admits the intervention is unappealable, however, there is a gap in relation to the decision that does not admit the intervention. The Federal Supreme Court does not have pacified jurisprudence on the subject, although it follows the trend of recognizing the possibility of appeal in the objective process and rejecting it in

²²⁶ Artigo recebido em 12/02/2023 e aprovado em 29/06/2023.

the subjective process. The justification for the choice of theme is related to the relevance given to *amici curiae* today - in view of the treatment given by the new Civil Procedure Code to the matter, which confirmed the possibility of using the institute not only in exceptional instances, but also in ordinary instances – and given the importance of such a procedural figure in a democratic context and of constant hermeneutic approach in the civil process.

KEYWORDS: *Amicus curiae*. Appeal Possibility. Legitimacy. Code of Civil Procedure. Democratic Context.

INTRODUÇÃO

Ao abordar a possibilidade de interposição de recurso por parte do terceiro rejeitado como *amicus curiae*, o art. 138 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas a respeito da irrecorribilidade da decisão que *solicita* ou *admite* a intervenção – tal qual denota-se, em sede do processo

objetivo, com o tratamento dado pela Lei nº 9.868 de 1999²²⁷.

No entanto, há um vazio normativo referente à possibilidade de impugnação recursal em face de decisão judicial que *não admite* o ingresso do terceiro como *amicus*. O próprio Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, parece não ter pacificado a questão: ora reconhece a possibilidade de interposição recurso, ora a rejeita²²⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 foi o primeiro a prever de maneira expressa a possibilidade interventiva do *amicus curiae* e a difundiu não apenas para as instâncias excepcionais, mas também para as instâncias ordinárias. Nos últimos anos, o papel pluralizador²²⁹ exercido pelo *amicus* em julgamentos de relevante impacto social fez com que ele ganhasse maior destaque no contexto acadêmico.

Por meio dessa perspectiva, constata-se a importância do *amicus curiae* em um ambiente cada vez mais preocupado a participação democrática no processo²³⁰. É importante que o

²²⁷ A respeito da Lei nº 9.868/99, o art. 7, §2º anuncia: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, *por despacho irrecorrível*, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

²²⁸ Há uma tendência do STF de permitir a recorribilidade em sede do processo objetivo e de rejeitá-la no processo subjetivo. Todavia, pelo fato de a matéria ser controversa, nunca houve pacificação de entendimento, existem precedentes permitindo e rejeitando o recurso nos dois direcionamentos jurisprudenciais – seja no controle concentrado ou no difuso de constitucionalidade. A respeito dessas afirmações, conferir os julgados a seguir: ADI

2675-AgR/PE, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; ADI 3396-AgR/DF, Rel. Ministro Celso de Melo; RE 602.584-AgR/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux; RE 817.338-AgR/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli; ADI 3105-ED/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso; ADI 3615-ED/PB, Rel. Ministra Carmen Lúcia; ADI 3934-ED/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o Poder em Crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

²³⁰ EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo código de processo civil*. In: *Processo em jornadas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257.

sistema jurídico compreenda os valores dispersos pela sociedade e compatibilize tais ideais na aplicação do direito²³¹.

Contribuir com a atividade jurisdicional atuando como *amicus* é, notoriamente, ato de grande prestígio. A comunidade jurídica e a sociedade civil parecem ter compreendido o fenômeno da *democratização do processo*, tendo em vista que as partes possuem o direito de influir no provimento judicial e na legitimação dos atos de poder com a participação direta dos cidadãos²³².

De todo modo, por vezes, constatam-se termos subjetivos existentes na lei processual e inseguranças jurídicas passam a existir - como a possibilidade de o terceiro rejeitado como *amicus curiae*, recorrer da decisão que o dispensou.

Por fim, para compreender os caminhos interpretativos possíveis com o aludido dispositivo, tomaremos uma análise sistematizada do *amicus curiae*, de modo a perquirir suas origens e evolução histórica, interesses, poderes e, finalmente, dentro da possibilidade de interposição de recursos, realizar-se-á uma abordagem voltada à impugnação da decisão que o rejeita como *amicus curiae* à luz das duas óticas: pela

possibilidade e pela impossibilidade. Tudo através da metodologia de revisão bibliográfica, de abordagem dedutiva.

1. ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Tradicionalmente, reportam-se as raízes históricas do *amicus curiae* aos membros do *Consilium*²³³ no direito romano, visto que um colaborador neutro, outrora denominado *consillarius*²³⁴, poderia ser chamado para emitir sua opinião em casos concretos, cujas soluções atravessavam questões não estritamente jurídicas, que não eram de conhecimento dos juízes. Contudo, a origem do instituto é controversa.

Elisabetta Silvestri e Giovanni Criuscuoli refutam as origens romanas, pois a atuação do *consillarius* não poderia ser espontânea e possuía o dever de neutralidade – pontos que o diferenciariam do *amicus curiae*. Entendem, portanto, que o *consillarius* romano seria mais parecido com o que atualmente conhecemos por perito judicial. Sustentam, de mesma forma, que o *amicus* possuiria origem no direito inglês²³⁵.

²³¹ CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 17-20.

²³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

²³³ SORENSON, Nancy Bage, *The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for Reforming Rule 11 of the Texas Rule of Appellate Procedure*. *St. Mary's Law Journal*, vol. 30, p. 1.219-1.277, 1999.

²³⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-113.

²³⁵ A respeito de tais considerações, verificar: CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* ano XXVII, n. 1, Milano: Giuffrè, 1973; SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

O *amicus curiae* no direito inglês do *common law*, ao ter sua participação admitida ou solicitada pela Corte, informaria seu ponto de vista sobre o direito²³⁶. Os *amici* podiam representar menores, alertar a Corte sobre erros manifestos (como morte da parte) e realizar *shepardizing* - função de identificação de precedentes de cada caso, sua *ratio decidendi* e sua evolução temporal²³⁷. A atuação era de auxílio e assessoramento do juízo, todavia, sem a manifestação de interesse em prol de alguma das partes.

Com o passar do tempo e a constante difusão da figura, os *amici curiae* passaram a atuar na defesa de interesses públicos ou em favor dos interesses da Coroa inglesa, por meio do exercício da função de *attorney general*²³⁸. Também se difundiu a possibilidade de apresentação do *amicus curiae brief*²³⁹, um documento apresentado pelos *amici* sobre informações de fato e direito para a contribuir com o julgamento do processo.

Após as experiências romana e inglesa, o *amicus curiae* encontrou no direito norte-americano amplo espaço para se desenvolver de diferentes

maneiras. Foi nos Estados Unidos que o instituto processual ganhou maior destaque e repercussão.

Inicialmente, sua participação seria legitimada pela necessidade de representação de interesses públicos, com os denominados “*amici governamentais*”²⁴⁰ - a doutrina norte-americana entende que seria a modalidade mais próxima do *amicus curiae* romano, pela possibilidade de atuação mais neutra, ainda que sua atuação seja restrita aos desígnios dos litigantes e por representarem interesses ainda que não estejam pessoalmente envolvidos no litígio²⁴¹.

Principalmente a partir da década de 1970, com os casos “*Wyatt vs. Stickney (1972)*”, “*EEOC vs. Boeing Co. (1985)*” e “*United States vs. Michigan (1987)*” o *amicus curiae* inaugurou outra perspectiva no direito estadunidense: os “*amici curiae privados*” - não apenas por se tratar de pessoa de direito privado, mas por defender interesses particulares²⁴².

As modalidades de intervenção dos *amici curiae governamentais* e *privados* são alvos de constantes críticas, tendo em vista a parcialidade assumida. Por isso, muitos estados

²³⁶ LOWMAN, Michael. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?* American University Law Review, vol. 41, 1.243/1.299, 1992, p. 1.248.

²³⁷ BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed., West Publishing Company, 1999, p. 1.381

²³⁸ Atividade que dispõe de similaridade com o que conhecemos no cenário brasileiro como Procurador Geral da República e Advogado Geral da União.

²³⁹ Documento encaminhado pelo *amicus curiae* à Corte que guarda similaridade ao que conhecemos por *memoriais*.

²⁴⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

²⁴¹ CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 59.

²⁴² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120

norte-americanos possuem legislação específica para regulamentar a intervenção desse terceiro.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, a atuação do *amicus curiae* é regulamentada pela *Rule 37* do Regimento Interno²⁴³, que admite a intervenção do *amicus* caso como colaborador para trazer à Corte matéria de notória relevância, contudo, não há obrigatoriedade de que seja assunto de repercussão social²⁴⁴.

Após ampla difusão na Inglaterra e nas regiões em que tempos passados eram colônias britânicas – como Canadá, Austrália e Estados Unidos, ao longo do século XX o *amicus curiae* encontrou novos campos de desenvolvimento e conquistou espaço em países que adotam o sistema jurídico da *civil law* na América Latina e Europa – como Itália, França, Argentina e Brasil²⁴⁵.

2. OS PODERES E INTERESSES DO AMICUS CURIAE: UM TERCEIRO ESPECIAL

²⁴³ RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Part VII. Practice and Procedure. Rule 37. Brief for an *Amicus Curiae* – tradução livre.

²⁴⁴ A respeito da *Rule 37*, destacamos que o *amicus curie* deve trazer matéria relevante não apontada pelas partes; apresentar o consentimento das partes do litígio e informar se possui interesse em sustentar oralmente (pois caso não haja o consentimento das partes envolvidas, o terceiro deve juntar ao *amicus curie brief* as razões da negativa para que a Suprema Corte aprecie a situação, esta que, ainda assim, pode deferir pedido de admissão do *amicus* sem o consentimento das partes);

Assentada a breve evolução histórica do instituto e suas principais desenvolturas, é necessário identificar as suas principais distinções em relação aos auxiliares da justiça e outros terceiros, os seus interesses e os poderes conferidos pelo direito processual brasileiro.

Normalmente, conceitua-se como *parte* aquele que demanda (autor) e em face de quem se demanda (réu) a tutela jurisdicional. Por exclusão, *terceiro* é quem não pede ou em face de quem não se pede a prestação jurisdicional – sendo, portanto, a conceituação feita a *contrario sensu* de parte²⁴⁶.

Por isso, considerando que não formula pedido, não é demandado e não é titular da relação jurídica objeto do litígio, o *amicus curiae* não é considerado parte. Não há interesse como aquele das partes, porque sua função será, sobretudo, de fornecimento de subsídios ao juízo ao auxiliar na fase cognitiva processual. Dentro de uma conceituação puramente processual de terceiros, entendemos

amici curiae governamentais não precisam de consentimento das partes quando legalmente autorizados; e o *amicus curie brief* não pode ultrapassar 1.500 palavras. A respeito disso, verificar: RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Part VII. Practice and Procedure. Rule 37. Brief for an *Amicus Curiae* – tradução livre.

²⁴⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*. Revista da Ordem dos Advogados. Portugal: Ordem dos Advogados Portugueses, ano 48, III, dezembro, pp. 697-772, 1988.

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

que o *amicus curiae* inclui-se nesta categoria²⁴⁷.

Há quem sustente que o *amicus curiae* é um auxiliar da justiça²⁴⁸, de todo modo, a função do *amicus* não deve se confundir com a dos sujeitos descritos no art. 149 do CPC²⁴⁹, cujas atribuições são catalogadas por normas de organização judiciária. Inclusive, a intervenção do *amicus curiae* pode ser voluntária e pode ser determinada pelo magistrado, seja a requerimento das partes ou de ofício. As próprias possibilidades interventivas - voluntária ou determinada -, por si só, já o diferenciam das demais modalidades de intervenção de terceiros. Também houve a irrefutável intensão do legislador de adequar o *amicus* como terceiro interveniente, vide o “Título III”, do “Livro III” da “Parte Geral” do CPC.

Embora outras hipóteses se encontrem dispersas na lei processual, o Código de Processo Civil, sistematiza cinco modalidades com o título

“*intervenção de terceiros*”: assistência (arts. 119 a 124), denunciação da lide (arts. 125 a 129), chamamento ao processo (arts. 139 a 132), incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137) e *amicus curiae* (art. 138).

A *parcialidade do interesse jurídico* no desfecho da demanda é um ponto em comum dentre as modalidades de intervenção de terceiros²⁵⁰, a lógica decorre do fato de que o que for decidido no processo afetará diretamente direito ou interesse do terceiro.

No entanto, em relação ao *amicus curiae* a situação é diferente: ao contrário das demais intervenções, não há necessidade de se demonstrar o interesse jurídico na demanda. A intervenção e o papel colaborativo do *amicus* decorre de um ideal *altruísta*, o qual não o faz possuir unicamente interesse jurídico no desfecho do processo²⁵¹. Em verdade, o que move a

²⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O amicus e o vertreter des öffentlichen interesses*, p. 15. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 29, nº117, set./out., pp-09-41, 2004.

²⁴⁸ Carlos Gustavo Del Prá, por exemplo, entende que o *amicus* possui natureza de terceiro interveniente e de auxiliar de juízo. Quando a atuação do *amicus curiae* for por determinação judicial, não sendo, portanto, voluntária, atuará como *auxiliar da justiça* e quando for espontânea, atuará como *terceiro interveniente*. A respeito de tal entendimento, consultar: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae. Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 31.

²⁴⁹ É disposto no art. 149 do Código de Processo Civil: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias”.

²⁵⁰ EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo código de processo civil*. In: Processo em jornadas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257.

²⁵¹ Tendo em vista que existem situações em que o *amicus curiae* será motivado com os impactos econômicos, sociais e políticos do provimento jurisdicional. A respeito disso, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, coord. Lenio Luiz Streck [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 212.

atuação dos *amici curiae* é o denominado *interesse institucional*. Cassio Scarpinella Bueno em firme posicionamento define *interesse institucional* como:

[...] assim entendido **aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos.**

O *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um direito de alguém. **Ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo.**

O chamado ‘interesse institucional’ **autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles**

grupos, que estão fora do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar²⁵². (grifo nosso).

Outro ponto relevante que distingue o *amicus curiae* de outros intervenientes é a possibilidade de rediscutir em outros processos a matéria que motivou sua intervenção, não se sujeitando à preclusão da coisa julgada, em contraponto à limitação conferida pelo art. 123 do CPC ao assistente²⁵³.

Em relação aos poderes do *amicus*, a lei processual conferiu margem de discricionariedade ao magistrado ao incumbir-lhe o dever de delimitá-los. O §2 do art. 138 do Código de Processo Civil dispõe “[...] caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”.

Eduardo Talamini aduz que há uma previsão de limites mínimos e máximos na atribuição de poderes ao *amicus curiae*, sendo o magistrado quem apontará os limites que serão fixados. A garantia mínima, já prevista na lei, seria a possibilidade de opor embargos de declaração, sustentar oralmente e legitimidade recursal nos julgamentos por amostragem. Os limites máximos se revelariam pela impossibilidade de atribuição de legitimidade recursal generalizada ou poderes equivalentes aos das partes²⁵⁴.

²⁵² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

²⁵³ CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 94.

²⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruada Alvim. *et al.* (Org.).

O Supremo Tribunal Federal também permite que o *amicus* apresente memoriais.

Por isso tudo, caberá ao magistrado impor os limites da atuação do *amicus curiae* tendo como norte o grau de interesse que justifica a intervenção daquele terceiro na relação processual. Determinadas demandas possuem um extenso rol de *amici*, o que nem sempre justificaria ampliar os poderes demasiadamente. Em outros casos, o *amicus* exerce participação imprescindível ao provimento jurisdicional, o que justificaria maiores poderes para o auxílio do julgador na fase cognitiva do processo e um aperfeiçoamento do contraditório.

3. O VALOR DEMOCRÁTICO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não é novidade que assim como os demais ramos do direito, o processo civil faz parte de um conceito que vai muito além do Código de Processo Civil ou da legislação extravagante, qual seja, o da Constituição República. A Carta Magna que determina o *modelo constitucional de processo* e dela deve partir qualquer reflexão do processo civil²⁵⁵.

O plano constitucional não impõe apenas um modelo a ser seguido, o processo civil também deve ser interpretado e aplicado tendo em vista os princípios, técnicas e valores constantes no texto constitucional²⁵⁶. O *valor democrático* é um dos pilares da Constituição Federal de 1988, razão pela qual, não há como distanciar o texto constitucional da concepção de *democracia*, porque existe uma sistematização de normas e procedimentos que fundamentam seu viés democrático.

Igualmente, não há como negar que o direito processual constitucional contemporâneo sustenta uma abertura interpretativa das normas constitucionais. No final do século XX, Peter Häberle já dissertava sobre a necessidade de uma hermenêutica constitucional mais inclusiva e democrática, defendendo que os cidadãos, grupos e a opinião pública são forças interpretativas (*interpretatorische Produktivkräfte*), atuando ao menos como co-intérpretes (*Vorinterpretieren*)²⁵⁷. Todo aquele que vive a Constituição seria seu legítimo intérprete.

Sustentamos, que na mesma medida devem ser vistos os demais ramos jurídicos: *todo aquele que vive a norma também é seu legítimo intérprete*,

Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 391.

²⁵⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75-84.

²⁵⁶ Idem 30.

²⁵⁷ “[...] cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação

(*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*)”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14.

ou, ao menos, *co-intérprete*. O *amicus curiae* a partir dessa abordagem se reveste de precípua função de ampliar as possibilidades hermenêuticas da norma processual.

O *amicus* é uma das mais relevantes facetas democráticas no direito processual, pois muito além de possuir conhecimento técnico a respeito de determinado tema, ele é o instrumento *sistematizador* de opiniões, pensamentos e ideologias que se encontram dispersas pela sociedade.

Humberto Theodoro Júnior, ao encontro de tais considerações, aduz que a *democratização do processo* possibilita as partes influírem no provimento jurisdicional e o fenômeno da *constitucionalização do processo civil* faz com a participação dos cidadãos seja legitimação dos atos de poder²⁵⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 foi o primeiro código brasileiro a ser inteiramente elaborado em um ambiente democrático - fato refletiu diretamente no modo de construção legislativa²⁵⁹, e foi o primeiro a prever expressamente em seu texto a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (art. 138). O juiz ou o relator do processo, pode determinar ou solicitar a intervenção do *amicus*, seja de ofício, a pedido das partes ou por requerimento do terceiro que pretende ser ouvido em juízo.

²⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

²⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

A intervenção de *amicus curiae* deve ser justificada considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia. Tais requisitos não são cumulativos e a ocorrência de um já possibilita a intervenção do terceiro.

O aludido artigo prevê que podem ser *amicus* pessoas físicas ou jurídicas, sobretudo revestidas de *representatividade adequada*, qual seja, qualificação técnica ou pertinência temática institucional em relação ao assunto debatido. É necessário que seja demonstrado o *interesse institucional* do terceiro²⁶⁰.

Conforme abordado, a impossibilidade de recorribilidade irrestrita revela como uma das *limitações máximas ao amicus curiae* na lei processual²⁶¹, sendo que o art. 138 permite apenas que o *amicus* oponha embargos de declaração e recorra de decisão que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Nos termos do *caput* do referido artigo, a decisão que admite ou solicita o ingresso de *amicus curiae* para intervir no processo é *irrecorrível*. De outro lado, há lacuna jurídica relacionada à decisão que inadmite o terceiro como *amicus curiae*. A norma é clara quanto à recorribilidade da admissão, todavia, é omissa em relação à inadmissão.

²⁶⁰ Consoante o sustentado por Cassio Scarpinella Bueno. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459-467.

²⁶¹ Idem 29.

Dentro de um contexto democrático, não são raras as manifestações de terceiros que desejam ser *amicus curiae* perante julgamentos de considerável repercussão social. Porém, o vazio normativo nos últimos anos tem sustentado posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de interposição de recurso por parte do terceiro que foi rejeitado pelo relator como *amicus curiae*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, dois acórdãos revelam-se como emblemáticos para a compreensão da controvérsia debatida, o proferido em sede do Agravo Regimental no RE nº 602584/DF e no Agravo Regimental na ADI 3396/DF - no entanto, reitera-se: a matéria não é pacificada. Nas duas oportunidades, a Corte pareceu seguir o entendimento permitindo a recorribilidade no processo objetivo e a rejeitando no processo subjetivo²⁶², todavia, mesmo após tais pronunciamentos, o STF tem aplicado os

dois entendimentos, no processo subjetivo e objetivo²⁶³.

4. A RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE INADMITTE O AMICUS CURIAE

O cenário de constante aprimoramento e ampliação dos poderes conferidos aos *amici* faz com que parte da doutrina e da jurisprudência acatem a possibilidade de impugnação, por parte do terceiro, da decisão que o rejeita como *amicus curiae*.

Evidencia-se, inclusive, a máxima de que salvo disposição normativa em sentido contrário, as decisões judiciais são *recorríveis*. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, prestigiada parte da doutrina processualista já compreendia que *toda* decisão interlocutória proferida monocraticamente em sede dos tribunais pátrios seria impugnável por meio de agravo²⁶⁴. Fredie Didier Jr. e

²⁶² Conforme nota-se nos pronunciamentos dos redatores dos acórdãos de ambas as ações. O Ministro Celso de Melo, relator e redator do acórdão do ADI 3.396 AgR/DF ao sustentar a favor da recorribilidade por parte do terceiro rejeitado como *amicus curiae* ressaltou que a lógica suscitada seria referente ao processo subjetivo, visto que não são discutidas situações individuais. De igual forma, o Ministro Luiz Fux, redator do acórdão do ADI 3396 AgR/DF ao discorrer a respeito da irrecorribilidade da decisão que inadmitiu o terceiro, pontuou que o entendimento não seria necessariamente compatível com o processo objetivo, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade faz com que o *amicus* possua um tratamento de maior destaque.

²⁶³ Consoante o manifestado pela Corte nos acórdãos: ADI 2675-AgR/PE, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; ADI 3396-AgR/DF, Rel. Ministro Celso de Melo; RE 602.584-AgR/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux; RE 817.338-AgR/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli; ADI 3105-ED/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso; ADI 3615-ED/PB, Rel. Ministra Carmen Lúcia; ADI 3934-ED/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁶⁴ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery há muito tempo sustentam o entendimento de que toda decisão de cunho interlocutório for proferida de forma monocrática no âmbito dos tribunais, é impugnável por meio de *agravo*. O referido recurso será direcionado ao órgão colegiado competente. Verificar: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação*

Leonardo Cunha sustentam que a mesma sistemática é aplicada no Código de Processo Civil de 2015:

*O CPC-2015 avança muito no ponto: a) unifica o regramento do tema, antes espalhado por toda a legislação; b) confere ao agravo interno uma dignidade normativa até então inexistente: o agravo interno era estudado juntamente com o agravo de instrumento, como se fosse espécies de um mesmo gênero, embora a semelhança entre eles se restringisse ao prenome; c) encerra as polêmicas sobre o cabimento do agravo interno contra essa ou aquela decisão de relator: **ressalvada expressa regra especial, cabe agravo interno contra qualquer decisão de relator ou Presidente ou Vice-Presidente do tribunal; assim, caberá agravo interno contra decisão do relator em qualquer causa que tramite no tribunal, seja um recurso, uma remessa necessária ou uma causa de competência originária** (art. N937, § 3º do CPC)²⁶⁵.*

É indispensável atestar que a necessidade de impugnação das decisões judiciais, em síntese, decorre de duas razões: o fato de que qualquer decisão é passível de erro; e da própria

natureza humana, de não concordar com o que restou decidido²⁶⁶.

A possibilidade de interpor recursos não viabiliza apenas a correção de injustiças e o equilíbrio na prestação da tutela jurisdicional, mas inclusive no “[...] restabelecimento do equilíbrio quebrado pela diversidade de interpretações proporcionadas pelas decisões judiciais”²⁶⁷.

O *amicus curiae* é um terceiro *sui generis*. Ao longo de séculos de evolução e desenvolturas os poderes e as contribuições que este terceiro traz ao magistrado, revelam que poderia ser contraditório à ininterrupta abertura hermenêutica e instrumental que o processo vem sofrendo, negá-lo a possibilidade de recorrer da decisão que o rejeitou.

Em relação ao Código do Processo Civil de 2015, o art. 1.015, IX, dispõe que é cabível agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que se trate de *admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros*. Na medida em que a norma específica (art. 138) criou lacuna interpretativa referente à recorribilidade da decisão que *não admite* a intervenção do terceiro como *amicus curiae*, é possível compreender que a regra geral do art. 1.015, IX, aplica-se no âmbito das instâncias ordinárias.

A mesma lógica pode ser aplicada no âmbito dos tribunais, visto que a lacuna permitiria a interposição de agravo interno ou regimental, a

processual civil extravagante em vigor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.041.

²⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 288

²⁶⁶ CHEIM JORGE, Flavio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁶⁷ Idem 41, p. 28.

depende da situação, em face da decisão proferida pelo relator do processo, conforme previsão do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Qualquer decisão judicial é passível de cometer equívocos, negar ao terceiro a possibilidade de recorrer da decisão que o inadmitiu, seria desprestigiar a própria lógica que instaura a possibilidade recursal.

Uma questão que sobre o assunto pode ser sustentada é que o termo “*representatividade adequada*”, constante no art. 138, possui caráter estritamente subjetivo. Mesmo que o relator entenda que o possível *amicus* não ostente a aludida representatividade, o Colegiado poderia compreender de modo diverso – assim como o entendimento do Tribunal poderia ser diferente do sustentado na primeira instância.

Vários são os termos subjetivos do referido dispositivo, o relator poderia interpretar que o objeto do processo não possuiria *relevância*, *especificidade* ou *repercussão social* que justificassem a intervenção do *amicus* – conforme o comando do art. 138. Contudo, o plenário poderia assimilar de forma contrária, sendo certo que o óbice à impugnação prejudicaria a fase cognitiva e, conseqüentemente, danificaria a boa prestação da tutela jurisdicional.

A respeito disso, também não há como ignorar o *princípio da colegialidade* que dispõe, em síntese, que deve existir a possibilidade de

reexame das decisões monocráticas proferidas no âmbito dos tribunais pelo colegiado correspondente²⁶⁸.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero constata a necessidade de ampliação do diálogo entre os julgadores, visto que a vedação à impugnação de decisão monocrática poderia obstar a formação de um juízo mais aberto e ponderado:

*[...] Tanto as Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) como as Cortes de Precedentes (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) são compostas de órgãos colegiados responsáveis pelo julgamento das causas para as quais a Corte é competente, isto é, são compostas de órgãos julgadores integrados por três ou mais desembargadores ou ministros. Os recursos, como regra, são julgados por órgãos colegiados, o que proporciona tendencialmente um maior debate na formação da decisão. **O diálogo no processo – seja com as partes, seja entre os próprios julgadores – necessariamente ‘amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconceituosas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado’ daí a razão pela qual os recursos***

²⁶⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 69

são regidos pela regra da colegialidade: ressalvadas as exceções legais (v.g., art. 932, III, IV e V), os recursos são decididos por um colegiado²⁶⁹. (grifo nosso).

Sucessivamente, poderia ser possibilitado o reexame por parte do colegiado de eventual *inadmissão* de terceiro como *amicus curiae* por parte do relator. O princípio da colegialidade seria concretizador da segurança jurídica na medida em que um colegiado de magistrados também examinaria o ponto controvertido²⁷⁰.

Fator essencial que reconhece a possibilidade de recurso por parte do terceiro recusado como *amicus* é seu o interesse recursal. Isto porque, para quem admite a recorribilidade, seria nítido que a decisão que nega seu ingresso como colaborador, acarretaria nítido prejuízo²⁷¹.

O interesse estaria vinculado ao binômio *necessidade-utilidade*, conforme os ensinamentos de Barbosa Moreira²⁷². A *necessidade* seria a utilização da impugnação para obter a

vantagem que se pretende, já a *utilidade* é a circunstância daquele que recorre poder esperar uma situação mais vantajosa, em relação à decisão anteriormente proferida²⁷³. Todavia, há quem entenda que *prejuízo jurídico* não é requisito para possibilitar a impugnação recursal por parte de terceiro. Diversos fatores de legitimação da recorribilidade de terceiro são criados, sendo o interesse jurídico o mais comum, mas não absoluto em todas as situações²⁷⁴.

Cassio Scarpinella Bueno atesta que a legitimidade recursal seria fruto da razão de ser do *amicus curiae*, porque que o judiciário autoriza a manifestação de um “terceiro” no processo para que decisões judiciais sejam aprimoradas, se tenha um contraditório mais amplo e, conseqüentemente, o debate em torno do objeto do processo seja ampliado. Não faria sentido que, ao se deparar com decisão contrárias às razões que levariam sua manifestação, o terceiro não pudesse interpor recurso buscando novo provimento jurisdicional, pois isso limitaria a ampliação da discussão em

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 524/525.

²⁷⁰ LESSA, Sebastião José. *O princípio da colegialidade e a decisão monocrática na dinâmica do procedimento disciplinar*. Fórum Administrativo - FA. Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009.

²⁷¹ A respeito disso, verificar: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183; DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves considerações sobre*

o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil assuntos afins. (coord. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo Revista dos Tribunais, 2004, p. 72/73.

²⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 294/295.

²⁷³ CHEIM JORGE, Flavio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100/101.

²⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 34.

torno da controvérsia, justamente o que motiva a atuação do *amicus*²⁷⁵.

O Supremo Tribunal Federal até o presente momento não uniformizou a jurisprudência relativa à matéria. Nos últimos anos, decisões reconheceram que o terceiro rejeitado como *amicus curiae* pode interpor recurso em face da decisão que o rejeita.

Há uma tendência do STF de reconhecer tal legitimidade em sede do controle concentrado de constitucionalidade e de rejeitá-la no controle difuso. No julgamento do Agravo Regimental interposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3396/DF, o Ministro Celso de Melo, ora relator e redator do acórdão, pontuou que a admissão de *amicus curiae* no processo objetivo de controle normativo abstrato revela-se como fator de legitimação social das decisões da Corte Constitucional²⁷⁶. Por isso, não seria compatível com o postulado democrático, interpretar a atuação do *amicus curiae* de maneira restritiva.

[...] É por tais razões que entendo que a atuação processual do “amicus curiae” não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas ou, ainda, à produção de sustentações orais perante esta Suprema Corte.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

No entanto, nos últimos anos foram proferidas decisões antagônicas nos dois planos. Apesar de o Supremo Tribunal Federal possuir tendência de reconhecer a recorribilidade, por parte do terceiro, da decisão que inadmitiu como *amicus curiae* em sede do processo objetivo, pairam decisões que também a reconhecem no processo subjetivo²⁷⁷.

5. A IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE INADMITE O AMICUS CURIAE

Por outro lado, para os defensores de uma interpretação mais

²⁷⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184.

²⁷⁶ ADI 3396-AgR/DF, Rel. Ministro Celso de Melo.

²⁷⁷ Como por exemplo no julgamento do Agravo Regimental no RE 817.338/DF, de relatoria do

Ministro Dias Toffoli, oportunidade em que STF reconheceu a legitimidade para a interposição de agravo regimental por parte da Associação dos Não Anistiados e Anistiados do Pará (ADNAPA), a qual teve sua intervenção como *amicus curiae* indeferida pelo relator, ou seja, em sede de processo subjetivo.

restritiva, não se pode perder de vista que o *amicus curiae*, inegavelmente, nada mais é do que um *colaborador* do juízo. Mesmo que os avanços históricos demonstrem que o *amicus* é um terceiro que cada vez ostenta mais poderes na relação processual, sua intervenção possui natureza estritamente colaborativa.

A partir desse ponto, é possível compreender que a vontade legislativa foi no sentido de expressamente limitar as possibilidades recursais do *amicus curiae*²⁷⁸. Mais especificamente, quando admitida sua intervenção, o legislador positivou duas possibilidades recursais ao *amicus curiae*: a oposição de embargos de declaração (art. 138, §1) e a permissão para recorrer de decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §3), ambas no Código de Processo Civil de 2015.

Embora o caput do aludido artigo abarque, expressamente, apenas as decisões que admitam a intervenção do *amicus curiae*, a redação do parágrafo primeiro demonstraria a tendência restritiva proposta pelo legislador, quando dispõe: “[...] a intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos”.

No sistema processual civil, a necessidade de recorrer também não deve ser *irrestrita* ou *ilimitada*. Também se sobrepõe a necessidade de rápida

solução dos litígios e, nesse aspecto, quanto mais célere for a entrega da tutela jurisdicional, a sociedade será mais beneficiada²⁷⁹.

Por isso, em determinadas circunstâncias, prevalece a *impugnabilidade das decisões judiciais*. O prejuízo do erro do magistrado é maior do que a demora processual, por isso, os sistemas jurídicos adotam posições intermediárias, prevendo remédios, todavia, limitando seu uso para casos específicos²⁸⁰.

Só que para os que se associam a corrente em debate, a vontade legislativa foi seguramente no sentido de limitar os poderes recursais do *amicus curiae* e, conseqüentemente, do terceiro que é inadmitido ou admitido como *amicus*. Não teria distinção em relação à recorribilidade da decisão que aceita ou rejeita o colaborador.

Há que se ponderar que o *amicus curiae* ao longo dos séculos possui como principal função a de *colaborar* com o juízo. Desde as raízes romanas do instituto, por solicitação dos juízes, um terceiro comparecia ao colegiado com a finalidade de *auxílio* em um melhor julgamento.

O *amicus* seria um mero colaborador, portanto, é possível sustentar que não há interesse direto na causa, de modo que a possibilidade desse terceiro recorrer, não encontraria legitimidade no sistema jurídico contemporâneo²⁸¹.

²⁷⁸ RE 602.584-AgR/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux.

²⁷⁹ CHEIM JORGE, Flavio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

²⁸⁰ Idem 54.

²⁸¹ É fundamental destacar que o que diferencia a visão reducionista ou ampliativa dos poderes recursais do *amicus curiae* é principalmente a interpretação em relação ao *interesse* recursal que possuiria esse terceiro.

Não ostentando interesse direto na demanda, como o das partes, o *amicus curiae* não possuiria legitimidade para recorrer. O interesse institucional do *amicus* seria diferente do interesse de parte ou de terceiro que sofreria os efeitos da decisão final – razão pela qual, para a referida corrente, a ausência de interesse faria com que os requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal não estivessem plenamente preenchidos.

Por isso, nessa visão, a *ratio essendi* do *amicus* de mero *colaborador* o afastaria da qualidade de terceiro eventualmente prejudicado pela decisão que o rejeita, afastando poderes tão amplos como o de recorrer de sua recusa pelo relator ou pelo magistrado. A respeito disso, há quem entenda que ainda que o grau de imparcialidade do *amicus curiae* tenha sido atenuado ao longo dos anos, o *amicus* não possui interesse jurídico ou extrajurídico no desfecho da causa, pois sua atuação decorre unicamente de sua *potencialidade colaborativa*²⁸².

Há que se ponderar que o magistrado e o relator do processo possuem poderes para conduzir o processamento da demanda de modo que melhor lhes auxilie. Seria atribuição do julgador selecionar os que em sua visão melhor se adequariam ao conceito de *amicus curiae*.

Logo, se é o responsável por filtrar as informações que melhor contribuem para o seu convencimento e para uma efetiva prestação da tutela jurisdicional,

a possibilidade recursal poderia revelar-se como uma tentativa de imposição da colaboração – que, por sua vez, o julgador já teria manifestado discordância.

Principalmente em sede de jurisdição constitucional, sobressaem processos que inúmeras pessoas e entidades pedem para intervir como *amicus curiae*. Nessas situações, não há como ignorar que eventual recorribilidade da decisão que os inadmitiu acarretaria grave demora no desfecho da relação processual.

Embora alguns sustentem que tal visão se baseia em argumentos metajurídicos, o bom funcionamento da função jurisdicional e o princípio da celeridade, podem se contrapor a tal premissa.

O Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 602584/DF, ponderou argumentos que desautorizam a interposição de recursos, por parte do terceiro, em relação a decisão que o rejeita como *amicus curiae*. O redator do voto vencedor, Ministro Luiz Fux, assentou que o *amigo da corte* assim o será apenas se a Corte desejar, visto que: “[...] A manifestação do *amicus* não pode ser imposta à Corte, como um inimigo da Corte”²⁸³.

[...] Na análise do binômio necessidade-representatividade, a avaliação dos benefícios potencialmente auferíveis dessa participação no

²⁸² Conforme depreende-se das conclusões obtidas no julgamento do Recurso Extraordinário

nº 602.584-AgR/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux.

²⁸³ Idem 57.

caso concreto, bem como a delimitação de seus poderes cabem ao juiz ou relator. Isso ocorre não apenas porque o magistrado é o responsável pela condução e a instrução do processo, mas, sobretudo, porque o destinatário da colaboração do amicus curiae é a Corte. É para a formação de seu convencimento que atua o amicus, razão pela qual essa participação se intensifica à medida em que o direito material controvertido envolva aspecto técnico ou específico, que exorbite da ordinária formação do magistrado. Justamente por esse motivo, a manifestação do amicus não pode ser imposta à Corte.

Por isso, pelo fato de ser justamente o destinatário da manifestação do *amicus curiae*, não seria pertinente qualquer imposição de colaboração rejeitada – sob pena de óbice à celeridade processual e da boa prestação da tutela jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após perquirir suas origens, seus poderes, seus possíveis interesses, seu valor democrático e o tratamento dado pelo Código de Processo Civil de 2015, conclui-se que o *amicus curiae* é, certamente, um valioso balizador do que as visões dispersas na sociedade têm a contribuir com uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

A atuação do *amicus* surge de um interesse institucional, o qual é relativo a

interesses que não necessariamente lhe são próprios, mas que pertencem grupos determinados ou indeterminados que são por ele representados.

O Código de Processo Civil de 2015 difundiu o *amicus* não apenas nas instâncias excepcionais, bem como nas instâncias ordinárias. Contudo, o art. 138 criou margem para interpretações distintas em face da decisão que inadmite o ingresso do terceiro como *amicus curiae* no processo.

Os dois principais traços distintivos das possibilidades interpretativas abordadas nos tópicos anteriores são: a visão relativa à *ratio essendi* do instituto e a à “controvérsia” sobre eventual *interesse* para recorrer que o *amicus curiae* ostentaria.

Curioso se torna constatar que parte da roupagem dada às argumentações se baseia na razão de ser dos *amici curiae*. Em um primeiro momento, os que entendem ser possível a interposição do recurso, ressaltam que a principal função do *amicus* é ampliar o debate em torno do ponto controvertido na ação. Assim, na medida em que sua atuação decorre da necessidade de se expandir o debate sobre aquele ponto controvertido, negar ao *amicus curiae* a possibilidade de buscar a reversão da decisão denegatória de sua atuação seria rejeitar sua principal função: que é a de ampliar o debate – visto que o Colegiado (ou uma segunda instância) poderia ter visão diversa da manifestada anteriormente. Na medida em que o *amicus* amplia discussões, não faria sentido que o terceiro não pudesse recorrer buscando aprimorá-la quando fosse rejeitado.

Os que compreendem pela irrecorribilidade da decisão que rejeita o *amicus* atestam que este nada mais é do que um colaborador do juízo. Se sua função é meramente colaborativa, tal cooperação só se demonstrará relevante caso o julgador que conduz o processo entenda por viável. Não faria sentido, portanto, que a manifestação do *amicus curiae* fosse imposta ao magistrado.

A outra controvérsia se cria em torno de eventual interesse de recorrer por parte do terceiro rejeitado. Os que sustentam pela irrecorribilidade entendem que o interesse institucional do *amicus curiae* não se confunde com o de parte ou de terceiro interessado no desfecho da demanda. Todavia, os que compreendem ser viável o recurso, centralizam o debate no fato de que o *amicus* teria interesse no resultado do processo, bem como o interesse institucional que pauta sua atuação seria uma demonstração nítida de tal fato.

Independentemente da interpretação referente à controvérsia abordada no presente estudo, fato é que o *amicus curiae* revela-se como um forte instrumento materializador do princípio democrático, consagrado pela Constituição de 1988. Ao compreender que o *amicus* é um interlocutor dos anseios e ideais dispersos na coletividade, ao aceitar a colaboração do “amigo”, o judiciário aumenta o coeficiente de legitimação de suas decisões e otimiza a tutela jurisdicional prestada à sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed., West Publishing Company, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o Poder em Crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, coord. Lenio Luiz Streck [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O amicus e o vertreter des öffentlichen interesses*, p. 15. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 29, nº117, set./out., pp-09-41, 2004.
- CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020.
- CHEIM JORGE, Flavio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* ano XXVII, n. 1, Milano: Griuffrè, 1973.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Portugal: Ordem dos Advogados

- Portugueses, ano 48, III, dezembro, pp. 697-772, 1988.
- COVEY, Frank. *Amicus Curiae: Friend of The Court*. 9. DePaul Law Review, nº 30. 1959 – tradução livre.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae. Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. *Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil assuntos afins*. (coord. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo Revista dos Tribunais, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. CUNHA; Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo código de processo civil*. In: *Processo em jornadas*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LESSA, Sebastião José. *O princípio da colegialidade e a decisão monocrática na dinâmica do procedimento disciplinar. Fórum Administrativo - FA*. Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009.
- LOWMAN, Michael. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?* American University Law Review, vol. 41, 1.243/1.299, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Part VII. Practice and Procedure. Rule 37. Brief for an *Amicus Curiae* – tradução livre.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1997.
- SORENSEN, Nancy Bage, *The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for Reforming Rule 11 of the Texas Rule of Appellate Procedure*. St. Mary’s Law Journal, vol. 30, p. 1.219-1.277, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruada Alvim. et al. (Org.). *Breves comentários ao Novo*

Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

A SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE CADUCIDADE E PRESCRIÇÃO POR EFEITO DA MEDIAÇÃO (PRÉ-JUDICIAL): ANÁLISE E REFLEXÕES^{284,285}

THE SUSPENSION OF EXPIRY AND PRESCRIPTION PERIODS DUE TO PRE-JUDICIAL MEDIATION: ANALYSIS AND REFLECTIONS

Diana Leiras

Doutora em Direito; Professora Adjunta do Politécnico do Cávado e do Ave; Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. Email: dleiras@ipca.pt.

RESUMO: Neste artigo, apresenta-se uma análise e reflexões em torno da questão da contagem dos prazos de caducidade e prescrição no âmbito de um procedimento de mediação pré-judicial, modalidade de mediação que, nesta matéria, requer uma solução específica.

Apresentam-se considerações gerais sobre o início do procedimento de mediação, e explicita-se a necessidade de uma solução para a situação dos prazos de caducidade e prescrição durante esse procedimento, e a imposição que decorre da Diretiva n.º 2008/52/CE a este respeito. Seguidamente, analisa-se a solução que vigorou até à Lei n.º 29/2013, de 13 de abril (“Lei da Mediação”), e a solução consagrada nesta Lei, que vigora atualmente. Por fim, analisa-se e reflete-se sobre a possível relação entre a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, que se produz aquando do início do procedimento de mediação, e a extinção desse procedimento por decisão do mediador de conflitos.

Conclui-se que esta relação existe e se justifica para proteção da essência da mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios, sendo ao mediador de conflitos que cabe assegurar que a mediação não é utilizada pelas partes de forma abusiva e de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Suspensão; Caducidade; Prescrição; Mediador de Conflitos.

ABSTRACT: This paper presents an analysis and reflections on the issue of counting expiry and prescription periods within the scope of a pre-judicial mediation procedure, a type of mediation that, in this matter, requires a specific solution. General considerations are presented on the initiation of the mediation procedure, and the need for a solution to the situation of expiry and prescription periods in this procedure, and the imposition arising from Directive n.º

²⁸⁴ Artigo recebido em 04/10/2024 e aprovado em 09/10/2024.

²⁸⁵ O artigo “A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação (pré-judicial): análise e reflexões” foi publicado na seguinte obra: VV.AA, *A Lei da Mediação de Conflitos. Estudos sobre a sua aplicação* (Cátia Marques Cebola, Coord.), Almedina, 2023, pp. 161-182, ISBN 978-989-40-1389-1.

2008/52/CE in this regard. Then, the solution that was in force until Law n.º 29/2013, of April 13 (“Mediation Law”) is analyzed, and the solution enshrined in this Law, currently in force. Finally, it analyzes and reflects on the possible relationship between the suspension of expiry and prescription periods, that occurs when the mediation procedure is initiated, and the termination of this procedure by decision of the conflicts mediator. It is concluded that this relationship exists and is justified in order to safeguard the essence of mediation as a means of alternative dispute resolution, and that it is up to the conflict mediator to ensure that mediation is not used by the parties in an abusive and bad faith way.

KEYWORDS: Mediation; Suspensión; Expiry; Prespription; Conflict Mediator.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, comumente designada por “Lei da Mediação” transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial²⁸⁶, mas, o

processo de transposição já se tinha iniciado com a Lei n.º 29/2009, de 29 de junho e a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio.

A Lei n.º 29/2009, vulgarmente designada de “Lei do Inventário” (nela constava o então Regime Jurídico do Processo de Inventário), introduziu a regulamentação da mediação no Código de Processo Civil, através dos novos artigos 249.º-A a 249.º-C e 279.º-A. Os primeiros destes artigos regulavam a mediação pré-judicial, ou seja, a mediação que tem lugar previamente à instauração de um processo em tribunal, a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, e a homologação judicial do acordo de mediação). Por sua vez, o artigo 279.º-A cumpria a função de assegurar a articulação entre a mediação e a via judicial no caso de mediação realizada na pendência de um processo que corre termos em tribunal (mediação intra-processual), determinando a suspensão da instância por efeito do recurso à mediação²⁸⁷.

A definição e a regulamentação dos sistemas de mediação pré-judicial cuja utilização determinaria a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, nos termos do n.º 1 do artigo 249.º-A do anterior Código de Processo

²⁸⁶ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

²⁸⁷ Vid. Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 28 e 29).

Seguimos Cátia Marques Cebola (2013, p. 146) quando afirma que o uso do termo mediação pré-judicial gera confusões quanto à caracterização como meio extrajudicial de resolução de litígios, dando a entender que mediação consubstancia uma fase do processo

judicial, quando tal não é verdade; sendo possível resolver o litígio por mediação, já não será necessário apresentar uma ação em tribunal tendo por objeto esse mesmo litígio. Neste seguimento, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 106) preferem utilizar a formulação “a mediação fora do contexto de um processo judicial (*out of court mediation*) ou “mediação extrajudicial”.

Civil (na redação da referida Lei n.º 29/2009), vieram a constar da aludida Portaria n.º 203/2011, que, tal como os referidos artigos do Código de Processo Civil, veio a ser revogada pela Lei da Mediação. O atual Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, contém um único artigo sobre mediação – o artigo 273.º, intitulado “Mediação e suspensão da instância”; o regime da mediação (inclusive da mediação pré-judicial) está consagrado na Lei da Mediação.

Dada a repercussão do tempo sobre as relações jurídicas, que implica a sujeição do exercício de direitos a prazos de caducidade ou prescrição, o incentivo à mediação implica que às partes seja assegurado que, caso no procedimento de mediação, não logrem obter acordo que ponha termo ao seu litígio, o tempo decorrido durante esse procedimento não as impedirá de exercer os seus direitos com recurso ao tribunal (judicial ou arbitral)²⁸⁸. Como se verá neste estudo, a Diretiva 2008/52/CE impõe aos Estados-Membros a adoção de medidas nesse sentido. Esta preocupação é, na verdade, exclusiva da mediação pré-judicial, porquanto no caso de mediação realizada em

contexto judicial (mediação intra-processual), a instauração da ação judicial já impediu a verificação da caducidade, e com a citação do réu já se interrompeu a contagem do prazo prescricional nos termos gerais do artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil²⁸⁹.

No que concerne à mediação que se desenvolve como fase liminar do processo num julgado de paz ao abrigo dos artigos 49.º a 56.º da Lei dos Julgados de Paz²⁹⁰, decorre do n.º 8 do artigo 43.º desta Lei que a apresentação do requerimento inicial constitui causa interruptiva da prescrição. Ora, como a citação do demandado só ocorre simultaneamente à apresentação do requerimento inicial num caso específico – quando o demandado esteja presente na secretaria do julgado de paz no momento da apresentação do requerimento do demandante (artigo 43.º, n.º 4, da Lei dos Julgados de Paz) –, à situação regra, em que a citação só ocorre quando cumpridas as estipulações referidas nos artigos 45.º e 46.º da Lei dos Julgados de Paz, aplica-se uma solução distinta da que decorre das regras gerais do direito, *rectius* do artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil²⁹¹.

²⁸⁸ A doutrina enuncia como vantagens do recurso à mediação a economia de tempo, os seus reduzidos custos, a informalidade e flexibilidade do procedimento e a sua confidencialidade. Vid., por exemplo, Cátia Marques Cebola (2013, pp. 92 e ss.), e João Chumbinho (2007, pp. 69 e 77 e ss.).
“A mediação já é uma realidade na cultura jurídica portuguesa, consubstanciando uma verdadeira alternativa, rápida e fiável para os cidadãos resolverem os seus litígios” (Preâmbulo da Portaria n.º 203/2011, de 10 de maio).

²⁸⁹ A remessa do processo para mediação determina a suspensão da instância. Cfr. artigo 273.º do Código de Processo Civil, que corresponde ao artigo 279.º-A do anterior Código de Processo Civil.

²⁹⁰ Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

²⁹¹ Vid. José António de França Pitão e Gustavo França Pitão (2017, p. 289), para quem esta solução legal ofende o princípio vertido no n.º 4 do artigo 323.º do Código Civil.

Face ao exposto, procura-se, neste texto, analisar e refletir sobre uma matéria que já se encontrava regulada antes da aprovação da Lei da Mediação e que esta Lei revisitou. Trata-se do efeito suspensivo que a mediação produz sobre os prazos de caducidade e prescrição no caso em que as partes recorrem a este método para resolução do seu litígio sem que se encontre pendente em tribunal uma ação para resolução do mesmo litígio.

1. INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO: LINHAS GERAIS

A Lei da Mediação define mediação como “*a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”²⁹². Esta definição evidencia claramente a voluntariedade intrínseca ao uso da mediação, a qual constitui um dos princípios aplicáveis a todas as

mediações realizadas em Portugal, seja qual seja a natureza do litígio submetido a mediação (artigo 3.º da Lei da Mediação), e quer se trate de mediação pré-judicial ou intra-processual²⁹³.

Tal princípio está consagrado no artigo 4.º da Lei da Mediação, cujo teor não deixa dúvidas de que às partes não pode ser imposto o recurso à mediação. Como decorre deste preceito legal, a mediação realiza-se se, para isso, for obtido o consentimento esclarecido e informado das partes (n.º 1), e, prestado tal consentimento, o mesmo não tem caráter definitivo, já que aquelas o podem revogar em qualquer momento do procedimento de mediação, seja de forma unilateral ou conjunta (n.º 2)²⁹⁴. Isto vale inclusivamente para o caso em que as partes tenham celebrado convenção de mediação (artigo 12.º da Lei da Mediação), que as vincula, mas não ao ponto de as obrigar a permanecer no procedimento de mediação e aí alcançar acordo que ponha termo ao litígio²⁹⁵.

²⁹² O mediador de conflitos é “*um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio*” [artigo 2.º, alínea b), da Lei da Mediação].

²⁹³ Outros princípios gerais da mediação são o da confidencialidade, da igualdade e da imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade, e da executoriedade (artigos 5.º a 9.º da Lei da Mediação).

²⁹⁴ A desistência de qualquer das partes dita o fim do procedimento de mediação [artigo 19.º, alínea b), da Lei da Mediação]. O n.º 3 do mesmo artigo (artigo 4.º da Lei da Mediação) acrescenta que “[a] recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não

implica violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil”. Como explicita Cátia Marques Cebola, (2013, pp. 84 e ss.), na mediação não há processo, apenas procedimento, já que o termo “processo” aponta para uma dimensão judicial, que não caracteriza a mediação.

²⁹⁵ Nos termos do n.º 1 deste artigo, “[a]s partes podem prover, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação”. Ainda que esta norma só se refira a litígios eventuais, também pode ser celebrada convenção de mediação em relação a litígios já existentes. Neste sentido, por exemplo, Carlos Ferreira de Almeida (2014, p. 24).

Face ao teor do n.º 1 do artigo 16.º da Lei da Mediação, as partes estão em condições de prestar o aludido consentimento (esclarecido e informado) para a mediação após participarem na chamada “sessão de pré-mediação”, em que o mediador de conflitos as informa do modo de funcionamento da mediação e das regras do procedimento²⁹⁶. Neste sentido, parafraseando Luísa Magalhães²⁹⁷, “a pré-mediação funciona como a antecâmara de abordagem às partes acerca da mediação enquanto procedimento, quebrando o gelo inicial que o desconhecimento sempre traz consigo e explicando o *modus operandi* da mediação, com o objetivo de, em seguida, saber se aquelas estão dispostas a enveredar por essa via para tentar alcançar um acordo que a ambas satisfaça”.

Pela razão já exposta na introdução deste estudo, este versa sobre a mediação pré-judicial, em que as partes recorrem à mediação para resolver o seu litígio fora do contexto de um processo que corre termos em tribunal, caso em que a iniciativa da

submissão do litígio a mediação pertence necessariamente às partes.

Da letra do n.º 1 do artigo 16.º da Lei da Mediação resulta que o primeiro contacto para agendamento da mediação, assim como a sessão de pré-mediação, integram o procedimento de mediação (“o *procedimento de mediação compreende ...*”). Contudo, como assinalam Dulce Lopes e Afonso Patrão, tais atos não integram o procedimento de mediação, antes formam um *procedimento prévio de pré-mediação*, que apenas é seguido do procedimento de mediação se as partes não faltarem (injustificadamente) à sessão de pré-mediação e não se recusarem a participar no procedimento, seja *ab initio* ou imediatamente antes de assinarem o protocolo de mediação. Como bem acrescentam os mesmos autores, apesar da expressão “prosseguir” empregue no n.º 2 do artigo 16.º da Lei da Mediação (que afirmam ser equívoca), desta mesma norma resulta que é com a assinatura do dito protocolo que as partes manifestam a sua vontade de participar no procedimento de mediação, sendo, pois, nesse momento

A convenção tem de adotar a forma escrita, sob pena de nulidade (artigo 12.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Mediação).

Caso seja proposta ação judicial para apreciação de um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, o tribunal (judicial ou arbitral), a requerimento do réu, e, portanto, não oficiosamente, deve suspender a instância e remeter o processo para mediação (artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação). Sobre este e outros efeitos de uma convenção de mediação, vid. Mariana França Gouveia (2019, pp. 78-83).

De acordo com Lurdes Varregoso Mesquita (2017, p. 29), a solução preconizada no artigo

12.º, n.º 4, da Lei da Mediação deve ser aplicada, por analogia (dada a omissão da Lei da Mediação a este respeito), no caso em que, estando pendente procedimento de mediação para resolução de um determinado litígio, uma das partes propõe ação judicial para resolução do mesmo litígio.

²⁹⁶ Em harmonia, o artigo 26.º, alínea *a*), da Lei da Mediação dispõe que o mediador de conflitos tem o dever de *[e]sclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar.*

²⁹⁷ Luísa Magalhães (2017, p. 155).

que se verifica a mediação propriamente dita. Além disso, como se verá adiante, a propósito do efeito do recurso à mediação sobre os prazos de caducidade e prescrição, também se extrai do art. 13.º, n.ºs 2 e 4 da Lei da Mediação que o procedimento de mediação só tem início com a assinatura do protocolo de mediação²⁹⁸.

Tal protocolo, que pode ser celebrado na mesma altura da sessão de pré-mediação, estando esta já finda (como o artigo 51.º, n.º 1, da Lei dos Julgados de Paz expressamente admite), e perante o mesmo mediador, caso neste recaia a escolha das partes (artigo 17.º da Lei da Mediação)²⁹⁹, está sujeito a forma escrita e tem de ser assinado pelas partes e pelo mediador (artigo 16.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

Quanto ao conteúdo propriamente dito do protocolo de mediação, o mesmo deve conter os elementos enunciados no n.º 3 do artigo 16.º da Lei da Mediação, em concreto: a identificação das partes; a identificação e domicílio profissional do mediador (tratando-se de mediação realizada num

sistema público de mediação, também a identificação da respetiva entidade gestora); a declaração de consentimento das partes; a declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade; a descrição sumária do litígio ou objeto; as regras do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação (que podem ser alteradas posteriormente); a definição dos honorários do mediador (exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação); e, por fim, a data.

No caso de mediação realizada nos Julgados de Paz, quer funcionando aquela como fase processual da tramitação destes tribunais (artigos 49.º e seguintes da Lei dos Julgados de Paz) ou no âmbito da extracompetência dos mesmos (artigo 16.º, n.º 3, da Lei dos Julgados de Paz)³⁰⁰, a celebração do protocolo de mediação também constitui pressuposto da submissão do litígio a mediação, conforme estabelece o artigo 51.º, n.º 1, da Lei dos Julgados de Paz³⁰¹.

²⁹⁸ Vid. Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 125), para quem, do ponto de vista lógico e teleológico, estão em causa dois procedimentos distintos.

Já Cátia Marques Cebola (2013, pp. 201 e ss.) distingue três etapas: - uma primeira, a da *pré-mediação*, que cumpre o objetivo de preparar e dar início à mediação em sentido estrito e que compreende as subfases da facilitação de informação aos mediados, de organização da mediação pelo mediador e de validação da mediação, terminando com a assinatura da ata inicial da mediação, que pode coincidir com a assinatura de um acordo ou protocolo de mediação, consoante o estabelecido na lei aplicável; - a segunda corresponde à da *mediação em sentido estrito*, cujo objetivo é de

ajudar as partes a trabalhar o conflito que as separa e construir uma solução, e que se subdivide nas etapas de investigação – na qual o mediador tentará distinguir os conflitos manifestos dos ocultos e as posições dos interesses das partes –, de estabelecimento de uma agenda, de criação de opções e, desejavelmente, de obtenção de acordo; por último, a *pós-mediação*, que compreende a fase de avaliação e controlo de aplicação e de cumprimento do acordo obtido pelas partes.

²⁹⁹ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 125).

³⁰⁰ Cfr. também o artigo 14.º do Regulamento dos Serviços de Mediação dos Julgados de Paz, aprovado pela Portaria n.º 112/2005, de 28/10.

³⁰¹ Nas palavras de Jaime Octávio Cardona Ferreira (2019, p. 104), “a mediação constitui um

Quanto aos sistemas públicos de mediação especializada, que “*visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas*” (artigo 30.º da Lei da Mediação), e que respeitam às matérias familiar, laboral e penal, cumpre salientar que a mediação pré-judicial opera no Sistema de Mediação Familiar (SMF) e, outrossim, no Sistema de Mediação Laboral (SML), mas já não no Sistema de Mediação Penal (SMP)³⁰².

O SMF foi criado pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, e a sua atividade está regulamentada no Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro. De acordo com o artigo 6.º deste Despacho, a intervenção do SMF pode ter lugar estando pendente um processo judicial (para regulação do

item importante do processo normal dos Julgados de Paz, harmonizando, de forma exemplar, jurisdição e mediação”. No caso em que o julgado de paz não tem competência para conhecer do litígio em causa, as partes podem recorrer ao serviço de mediação nele existente, o qual “é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz” (artigo 16.º, n.º 3, da Lei dos Julgados de Paz) – mediação extracompetência do julgado de paz.

A Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro aprova o regulamento que disciplina a organização e o funcionamento dos serviços de mediação disponíveis nos julgados de paz e estabelece as condições de acesso aos mesmos, bem como as regras por que deve pautar-se a atividade dos mediadores de conflitos.

³⁰² Como explicam Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 209), o artigo 34.º da Lei da Mediação compila os métodos de requerimento da mediação, não atribuindo poderes a todas as

exercício das responsabilidades parentais, por exemplo), ou em “fase extrajudicial a pedido das partes”³⁰³.

No que respeita ao SML, criado em 5 de maio de 2006 por via do Protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e diversas associações patronais e sindicais³⁰⁴, de acordo com o artigo 4.º, alínea i), desse Protocolo, “[as] partes que aceitem submeter o seu litígio à mediação podem, em qualquer momento, abandonar o Sistema de Mediação Laboral e apresentar o litígio junto dos tribunais judiciais (...)”. Ora, a partir desta norma, está claro que, no âmbito da mediação pública em matéria laboral, as partes podem submeter o seu litígio a mediação sem que se encontre pendente qualquer processo em tribunal para resolução do mesmo litígio³⁰⁵.

entidades nela referidas para desencadear a mediação.

³⁰³ O SMF, que tem competência em todo o território nacional (artigo 5.º do Despacho n.º 13/2018), pode mediar conflitos nas matérias enunciadas nas alíneas do artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018, por exemplo, a regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais, o divórcio e a separação de pessoas e bens, a atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos.

³⁰⁴ Confederações representativas dos vários setores de atividade (CAP – Confederação dos Agricultores de Portugal; CCP – Confederação do Comércio e Serviços de Portugal; CIP – Confederação de Indústria Portuguesa; e CTP – Confederação do Turismo Português) e trabalhadores (CGTP – Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional; e UGT – União Geral de Trabalhadores),

³⁰⁵ O SML tem competência nacional para a resolução de litígios em matéria laboral, “quando não estejam em causa direitos

A respeito do SMP, verifica-se que, segundo a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que criou o regime de mediação penal, só pode haver remessa para a mediação penal quando exista um processo-crime, em fase de inquérito, e esteja em causa crime que dependa de acusação particular ou de queixa (artigo 2.º), e que cabe ao Ministério Público a iniciativa dessa remessa, com o consentimento ou a requerimento das partes (artigo 3.º).

Se é certo que, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, *in fine*, da Lei da Mediação, o procedimento de mediação nos sistemas públicos tem início na data em que “*todas as partes tenham concordado com a realização da mediação*”, e que não é exigida qualquer forma para esse acordo, podendo, assim, o pedido de mediação à entidade gestora ser realizado de forma informal, desde logo, por via eletrónica ³⁰⁶, também o é, como se explicitou *supra*, que o consentimento das partes para a realização da mediação deve ser expresso em protocolo de mediação (artigo 16.º da Lei da Mediação). Destarte, pese embora, no âmbito da mediação pública, só a Lei dos Julgados de Paz faça referência expressa à

celebração desse protocolo, também nos demais casos o mediador de conflitos tem, atento o caráter transversal da Lei da Mediação, de obter o consentimento das partes para a realização da mediação e fazer constar o mesmo de um protocolo de mediação.

A celebração desse protocolo permite marcar, com certeza e segurança jurídicas, o momento do início do procedimento de mediação, quer esta seja realizada por entidades privadas ou públicas³⁰⁷.

2. A MEDIAÇÃO E OS PRAZOS DE CADUCIDADE E PRESCRIÇÃO

2.1 DA NECESSIDADE DE UMA SOLUÇÃO

O tempo tem inegável repercussão nas relações jurídicas. Como afirma Pedro País de Vasconcelos³⁰⁸, “[a] vida das pessoas no direito precisa de estabilidade e segurança; as situações, as posições e as relações jurídicas não podem estar permanentemente envolvidas em incerteza”. Destarte, justifica-se a existência na ordem jurídica de mecanismos estabilizadores ligados ao

indisponíveis, e quando não resultem de acidente de trabalho” (artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo).

³⁰⁶ Os pedidos de mediação familiar e laboral podem ser realizados através da internet, em <http://smf.mj.pt>. e <https://sml.mj.pt/registo/>, respetivamente. O art. 4.º do Protocolo que institui o sistema de mediação laboral, admite que o pedido de mediação seja realizado “por telefone, fax, e-mail ou via postal”.

³⁰⁷ Independentemente da forma de intervenção do sistema público de mediação, o mediador de conflitos só desenvolve a mediação uma vez

obtido o consentimento das partes. Tal resulta claramente do conceito de mediador de conflitos familiar contido no artigo 7.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, mas também do artigo 3.º, n.º 5, do regime de mediação penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de junho). Nos termos desta última norma, o mediador contacta as partes para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, e, caso tal não seja possível, informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

³⁰⁸ Pedro Pais de Vasconcelos (2017, p. 335).

decurso do tempo, máxime a caducidade e a prescrição (artigo 298.º do Código Civil)³⁰⁹.

A inércia do titular no exercício do direito tem como consequência a sua perda. Prescrevendo o direito, a pessoa vinculada tem a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito (artigo 304.º, n.º 1, do Código Civil). Igualmente, a caducidade conduz à extinção do direito pelo facto de este não ter sido exercido dentro de certo limite de tempo³¹⁰.

O instituto da prescrição está regulado nos artigos 300.º a 327.º do Código Civil, e a ele estão sujeitos “*pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição*” (artigo 298.º, n.º 1, do Código Civil). Já as regras da caducidade estão estabelecidas nos artigos 328.º a 333.º do Código Civil, sendo estas aplicáveis sempre que, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, exceto se a lei se referir de forma expressa à prescrição (artigo 298.º, n.º 2, do Código Civil).

Estas breves considerações acerca da repercussão do tempo nas relações jurídicas e sujeição do exercício de direitos a prazos de caducidade ou prescrição já evidenciam que a situação em que as partes, previamente à instauração de uma ação em tribunal, recorrem à mediação para a

resolução do seu litígio, requer uma solução específica em relação a tais prazos. Como a mediação constitui um método de gestão de conflitos que apenas potencia o acordo entre as partes, não podendo este, em caso algum, ter-se por garantido (artigos 2.º e 4.º da Lei da Mediação), poderá surgir mais tarde a necessidade de submeter o litígio à apreciação de um tribunal.

De acordo com o Considerando 24 da Diretiva 2008/52/CE,

[a] fim de incentivar as partes a recorrerem à mediação, os Estados-Membros deverão assegurar que as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem se a sua tentativa de mediação falhar. Os Estados-Membros deverão assegurar que este resultado seja alcançado, apesar de a presente diretiva não harmonizar as regras nacionais relativas aos prazos de prescrição e caducidade...

Neste seguimento, o artigo 8.º do mesmo ato legislativo, determina:

[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem

³⁰⁹ Este preceito também se refere ao “não uso do direito”, que se aplica aos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão, os quais não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não

uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo subsidiariamente aplicáveis a tais casos as regras da caducidade.

³¹⁰ Pedro Pais de Vasconcelos (2017, p. 335).

*um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação (n.º 1)*³¹¹.

Há, pois, que assegurar às partes que, caso no procedimento de mediação não logrem obter acordo que ponha termo ao seu litígio, o decurso do tempo que foi necessário para a realização desse procedimento não as impedirá de propor uma ação em tribunal para apreciação e decisão desse mesmo litígio. Dessa forma, a mediação tem de assegurar certeza e segurança jurídicas a quem a ela decide recorrer para resolver um determinado litígio, não podendo afetar de modo algum o direito de acesso aos tribunais (que a ordem jurídica consagra no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa). Parafraseando Dário Moura Vicente ³¹², “[a]través deste meio de resolução de litígios tem-se em vista (...) ampliar o acesso dos particulares à justiça, e não restringi-lo”.

A par da eficácia e da executoriedade do acordo a que as partes possam alcançar sobre o objeto do litígio no âmbito de uma mediação pré-judicial (artigos 9.º e 14.º da Lei da Mediação), a manutenção inalterada das condições de acesso e de procedência da via comum de resolução de litígios para o caso de não ser alcançado acordo de mediação,

apresenta-se também como um aspeto fundamental para a efetiva integração deste método de resolução alternativa de litígios na cultura jurídica lusitana. Neste âmbito, salienta-se o importante contributo que a referida diretiva teve no reforço da posição da mediação no quadro dos meios de resolução de litígios (como meio alternativo ao sistema tradicional de justiça)³¹³.

2.2 A SOLUÇÃO ADOTADA ATÉ À LEI DA MEDIAÇÃO

Como já se teve oportunidade de referir na introdução deste texto, o processo de transposição da Diretiva n.º 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa teve o seu início com a Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, tendo esta Lei aditado quatro artigos sobre mediação ao Código de Processo Civil então vigente, entre os quais o artigo 249.º-A, sob a epígrafe “*Mediação pré-judicial e suspensão de prazos*”.

A solução preconizada nesse novo artigo 249.º-A para o problema da extinção dos direitos das partes devido ao decurso do tempo necessário à realização da mediação foi determinar a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição a partir da data da solicitação da intervenção de um mediador, e a retoma desses prazos a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o procedimento de mediação, ou quando este termine por decisão do

³¹¹ O n.º 2 deste preceito legal acrescenta que “[o] n.º 1 não prejudica as disposições relativas aos prazos de prescrição e caducidade em

acordos internacionais em que os Estados Membros sejam partes”.

³¹² Dário Moura Vicente (2010, p. 107).

³¹³ Cátia Marques Cebola (2010, pp. 441-459).

mediador (n.ºs 2 e 3)³¹⁴. Foi, assim, criado um regime especial de suspensão da caducidade e prescrição (especial porque segundo os termos gerais do direito – artigo 323.º do Código Civil – a prescrição não se suspende, antes se interrompe), conforme solução que já emergia do artigo 15.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (“Lei dos Serviços Públicos Essenciais”)³¹⁵.

Pouco tempo depois, no país vizinho, foi também essa a solução adotada na *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. No preâmbulo deste ato normativo afirma-se que a opção pela suspensão da prescrição em desvio à regra geral contida no artigo 1973 do Código Civil (interrupção da prescrição) teve “*el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados*”, de modo que não “*se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes*”³¹⁶.

Ora, essa opção também teria implicações desproporcionadas na ordem jurídica portuguesa. Como o artigo 326.º do Código Civil determina que, verificada a interrupção, o prazo computado até ao facto interruptivo é totalmente inutilizado, o recurso à mediação poderia ter lugar apenas com o propósito de o titular do direito conseguir a recuperação do tempo que perdeu na defesa do seu direito³¹⁷, podendo a outra parte estar na ignorância relativamente a esse efeito da mediação³¹⁸.

Pese embora a bondade da solução adotada, o referido artigo 249.º-A, n.º 2, do Código de Processo Civil limitava a aplicação do efeito suspensivo aí previsto à utilização dos “*sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça*”, os quais foram, mais tarde, definidos pela Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio (artigo 2.º) nos seguintes termos: “*a) Os sistemas públicos de mediação já existentes ou a criar; e b) Os serviços de mediação de outro Estado*”

³¹⁴ Do n.º 4 desse artigo, complementado pelo artigo 4.º da Portaria 203/2011, de 20 de maio, resultava a possibilidade de emissão de um comprovativo da retoma daqueles prazos.

³¹⁵ “Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, suspendem-se, no seu decurso, os prazos previstos nos n.ºs 1 e 4 do artigo 10.º”.

³¹⁶ Por sua vez, noutros Estados-Membro, designadamente na Grécia, o recurso à mediação determina a interrupção dos prazos de caducidade e prescrição. Vid. María Orfanou (2011, p. 12).

³¹⁷ Neste sentido, a propósito da *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, vid. Angel Bonet Navarro (2013, pp. 106-107).

³¹⁸ Se bem que o mediador de conflitos tem o dever de “*obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento*”, após o esclarecimento das partes “sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar [artigo 26.º, alíneas c) e a), da Lei da Mediação], podendo, em caso de incumprimento, ter de indemnizar a parte prejudicada pelos danos causados, nos termos gerais de direito (artigo 8.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

Membro, desde que a respetiva atividade seja legalmente reconhecida no ordenamento jurídico onde se encontram inseridos”.

Na exposição de motivos da referida Portaria, pode ler-se que o objetivo desta medida foi o de “conferir segurança jurídica aos sistemas públicos de mediação em Portugal geridos pelo Ministério da Justiça, enquanto entidades que mais têm promovido o desenvolvimento deste meio de resolução de litígios”, tendo, assim, ficado excluído do âmbito de aplicação deste ato legislativo o mercado privado de mediação³¹⁹. Destarte, o recurso à mediação privada não produzia quaisquer efeitos em relação aos prazos de caducidade e prescrição, que continuavam a correr normalmente pese embora as partes se encontrassem a intervir num procedimento de mediação (pré-judicial).

2.3 A SOLUÇÃO ADOTADA NA LEI DA MEDIAÇÃO

O artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação, a propósito da mediação pré-judicial, vai de encontro com a solução que resultava do artigo 249.º-A, n.º 2, do anterior Código de Processo Civil, na

redação da Lei n.º 29/2009. Com efeito, dando cumprimento à Diretiva n.º 2008/52/CE e, prosseguindo o objetivo de assegurar condições de certeza e segurança jurídica às partes que, previamente à instauração de uma ação em tribunal, optem pelo recurso à mediação³²⁰, a referida norma estabelece que, por efeito desse recurso, opera a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição.

Com esta Lei, tal efeito suspensivo aplica-se a qualquer mediação, e não apenas à mediação realizada em sistemas públicos de mediação ou serviços de mediação de outro Estado-Membro cuja atividade estivesse legalmente reconhecida no país de origem (os únicos serviços de mediação previstos na Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio)³²¹, o que inegavelmente contribuiu para a promoção da mediação privada³²².

Na verdade, com a Lei da Mediação, a dúvida poderia colocar-se em sentido diferente: se o efeito suspensivo se aplica à mediação realizada nos sistemas públicos. Isto porque, o artigo 10.º, n.º 2, alínea a) da Lei da Mediação exclui do âmbito de aplicação do capítulo III, no qual está inserido o artigo 13.º, os litígios passíveis de serem objeto de mediação

³¹⁹ Cancellata de Abreu e Clara Moreira Campos (2015, pp. 163-174).

Conforme salientou Dário Moura Vicente (2010, p. 114), subordinava-se a mediação a um controlo oficial que não tinha paralelo na arbitragem, na qual a interrupção da prescrição do direito que se pretenda tornar efetivo não depende do recurso a instituições de arbitragem autorizadas pelo Governo (artigo 324.º do Código Civil).

³²⁰ Lurdes Varregoso Mesquita (2017, p. 29).

³²¹ A Lei da Mediação é aplicável a todas as mediações realizadas em Portugal que tenham por objeto litígios em matéria civil e comercial, assim como à mediação realizada nos sistemas públicos de mediação familiar, laboral e penal, sendo apenas excluída para esta mediação (pública) a aplicação do capítulo III (“Mediação civil e comercial”) – artigos 10.º a 12.º.

³²² Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 108).

familiar, laboral e penal. A este respeito, acompanha-se Dulce Lopes e Afonso Patrão³²³, para quem a razão dessa exclusão assenta na circunstância de os sistemas públicos de mediação merecerem regulação legal especial e complexa. Além do mais, o artigo em questão faz, por várias vezes, referência expressa à mediação realizada nos sistemas públicos, não deixando dúvidas da sua aplicação a toda e qualquer mediação.

Posto isto, importa verificar em que momento exato é que os prazos de caducidade e prescrição ficam paralisados por efeito do recurso à mediação para resolução de certo litígio: se quando é solicitada a intervenção de um mediador de conflitos, como sucedia antes da aprovação da Lei da Mediação ou, em outro momento, e, sendo este o caso, em que momento.

Do referido artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação decorre que

[o] *recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação,*

da data em que todas as partes tenham acordado com a realização da mediação.

Assim, no âmbito da mediação privada, independentemente de as partes se terem vinculado a uma convenção de mediação, tal efeito suspensivo opera no início do procedimento de mediação, o mesmo é dizer, aquando da assinatura do protocolo de mediação, ao abrigo do artigo 16.º da Lei da Mediação³²⁴. Já no que respeita à mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, a solução que decorre da letra da Lei é de que a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição tem lugar uma vez obtida a concordância de todas as partes para realizar a mediação. Porém, na senda do que se sustentou *supra*, a propósito do início do procedimento de mediação realizada nos sistemas públicos, considera-se que, razões de segurança jurídica, justificam que a suspensão em causa só se verifique aquando da assinatura do protocolo de mediação, no qual as partes manifestam a sua vontade em submeter o litígio a mediação e aceitam as regras do procedimento³²⁵.

³²³ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, pp. 74-75).

³²⁴ Conforme assinala Margarida Lima Rego (2017, p. 707), o disposto quanto à suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição deve ser interpretado à luz do princípio da voluntariedade da mediação, sendo de concluir que “a *ratio* do regime, ao fazer depender o início da suspensão, na mediação privada, da celebração do protocolo de mediação, terá sido a de exigir uma renovação da manifestação de acordo de todas as partes, sem a qual o efeito suspensivo não se verifica”.

³²⁵ Cfr. *supra* 1.

No sentido de que na mediação realizada em julgado de paz a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição opera com a celebração do protocolo de mediação, vid. Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 109, nota 220). Como explicam os mesmos autores, no caso particular dos litígios de consumo, em que, por regra, não é celebrado protocolo de mediação, “desenrolando-se a tentativa de resolução do litígio na sequência de solicitação do consumidor, deve entender-se que o procedimento se inicia sempre que consumidor

Terminando o procedimento de mediação sem que tenha sido obtido acordo entre as partes, mas antes por desistência de qualquer delas, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou por decisão do mediador de conflitos (artigo 19.º da Lei da Mediação), retoma-se a contagem dos prazos de caducidade e prescrição (o artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação reproduz o artigo 249.º-A, n.º 3, do anterior Código de Processo Civil).

É, pois, no momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação que, respetivamente, opera a suspensão e a retoma dos prazos de caducidade e prescrição (artigo 13.º, n.º 4, da Lei da Mediação). Ora, sendo tais atos a “chave” da segurança jurídica das partes no recurso à mediação, o legislador incumbe o mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, a entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação, da respetiva comprovação (artigo 13.º, n.º 5, da Lei da Mediação), em vista da contabilização exata da duração da suspensão. Assim, caso lhes seja solicitado, o mediador ou a entidade gestora, consoante o caso, estão obrigados a emitir comprovativo da suspensão dos prazos, do qual terão de constar os elementos mencionados no artigo 13.º, n.º 6, da Lei da Mediação: identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e da contraparte e do objeto da mediação [alíneas *a*) e *b*)];

submete o caso a uma entidade de resolução de litígios havendo uma cláusula de mediação ou a adesão plena a um centro por parte do

a data da assinatura do protocolo de mediação, ou, no caso de mediação realizada em sistema público de mediação, a data em que as partes tenham acordado com a realização da mediação [alínea *c*)]; e o modo e data de conclusão do procedimento, quando a mesma já se tenha verificado [alíneas *d*) e *e*]).

O artigo 22.º, n.º 1, da Lei da Mediação admite que o procedimento de mediação seja suspenso, em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, indicando como exemplo a suspensão para efeitos de experimentação de acordos provisórios. Não se extinguindo o procedimento, mas sendo este apenas suspenso, não fica prejudicada a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, como explicita o n.º 2 do mesmo artigo.

3. A POSSÍVEL RELAÇÃO ENTRE A SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE CADUCIDADE E PRESCRIÇÃO E A EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO POR DECISÃO DO MEDIADOR

A lei civil não permite que as partes em litígio determinem livremente, por acordo, a suspensão de um prazo de caducidade ou de prescrição para tentarem resolver o seu litígio de modo extrajudicial (perante o disposto nos artigos 300.º e 330.º do Código Civil), e, nenhum dos casos de suspensão da prescrição previstos na lei (artigos 318.º

profissional ou quando esse aceita tacitamente o processo, respondendo à solicitação dessa entidade”.

a 322.º do Código Civil) cobre a situação em que as partes pretendem ganhar tempo para negociar um acordo extrajudicial³²⁶. Não obstante, para que possam obter esse efeito, podem aquelas recorrer à mediação de conflitos, que as isentará de preocupações com o correr do tempo, e com a particularidade de que, nesse procedimento, contarão com a assistência de um mediador de conflitos (profissional habilitado para o efeito, imparcial e sem poder de decisão). Como refere Margarida Lima Rego³²⁷,

[d]a análise do regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição constante do artigo 13.º da Lei da Mediação resulta que, atualmente, este representa uma boa opção, quiçá a única, ao dispor das partes que queiram paralisar tais prazos com vista à negociação de uma transação extrajudicial que ponha fim ao seu diferendo.

³²⁶ As caducidades convencionais não são permitidas se prejudicarem o funcionamento do regime da prescrição (artigo 330.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil), pelo que são nulos não só os acordos de paralisação (“*standstill agréments*”) relativos a prazos de prescrição (nos termos do artigo 300.º do Código Civil), mas também os que respeitam a prazos de caducidade, neste último caso por violação do artigo 328.º do Código Civil conjugado com o artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil). Vid. Margarida Lima Rego (2017, pp. 690-691).

³²⁷ Margarida Lima Rego (2017, p. 702).

³²⁸ Não obstante, o artigo 35.º da Lei da Mediação admite que, nos sistemas públicos de mediação, os respetivos atos constitutivos ou regulatórios, fixem a duração máxima do procedimento de mediação, o que se verifica no caso da mediação laboral e penal:

Todavia, pode verificar-se o caso de as partes só recorrerem à mediação com a intenção de obterem a paralisação do tempo, através do regime de suspensão dos prazos de caducidade ou prescrição estabelecido no artigo 13.º da Lei da Mediação, caso em que não estão realmente predispostas a tentar a resolução do seu litígio através desse meio de resolução alternativa de litígios. A este propósito, cumpre salientar que a Lei da Mediação não impõe um prazo máximo de duração do procedimento de mediação, apenas referindo que este procedimento deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível, e, embora estabeleça que a duração da mediação tem de ser fixada no protocolo de mediação, admite a sua alteração futura, por acordo das partes [artigos 21.º e 16.º, n.º 3, alínea g), da Lei da Mediação]³²⁸. Ademais, o efeito suspensivo desejado produz-se *ipso iure*, com a assinatura do protocolo de

- Segundo o artigo 4.º, alínea g), do Protocolo que o criou o SML (celebrado entre o Ministério da Justiça e diversas entidades patronais e sindicais, em 5 de maio de 2006), está “*sujeita a um prazo máximo de três meses, exceto se as partes, de forma expressa, pretenderem renovar o compromisso de mediação e se o mediador de conflitos concordar com a prorrogação do prazo pretendido*”;

- Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho (SMP), o mediador de conflitos informa o Ministério Público, para efeitos de prosseguimento do processo penal, se, no prazo de três meses, o processo de mediação não for concluído, seja por ter sido alcançado acordo entre arguido e ofendido, seja por outra causa. Não obstante, esse prazo pode ser prorrogado pelo Ministério Público, a pedido do mediador de conflitos, contanto que exista

mediação, e, independentemente do tempo decorrido desde o início do procedimento de mediação e do número de sessões já realizadas, qualquer das partes pode, livremente, revogar o seu consentimento para a realização da mediação (artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

Se as partes já se encontram em negociação e decidem conjuntamente iniciar procedimento de mediação para aí continuarem a reunir esforços no sentido da construção de um acordo final que ponha termo ao seu litígio, com a garantia da segurança jurídica que decorre do regime de suspensão dos prazos de caducidade, e com o auxílio de um mediador de conflitos, tudo leva a crer que o recurso à mediação ocorre de boa-fé. Por sua vez, já atua de má-fé a parte que só aceita iniciar o procedimento de mediação com o fito de obter o aludido efeito suspensivo, por exemplo num caso de eminente prescrição do direito ou de caducidade do direito de ação. Essa parte não está realmente propensa a tentar a resolução do litígio através de mediação ainda que se mostre como tal perante a contraparte e o mediador de conflitos quando presta o seu consentimento para a realização da mediação. Na verdade, qualquer das partes pode ter interesse na paralisação dos efeitos da caducidade e prescrição, de modo a “ganhar tempo”: a parte que, supostamente, tem o direito, para preparar a sua demanda em tribunal, e a

parte que, supostamente, tem de cumprir obrigação, para preparar a sua defesa para a ação que crê que, entretanto, lhe será movida.

Se a mediação for utilizada como mera estratégia dilatória, fica desvirtuada a sua essência enquanto meio de resolução alternativa de litígios, a qual assenta na real predisposição das partes para tentarem, em conjunto e com o auxílio do mediador de conflitos, alcançar um acordo que ponha termo ao seu litígio.

Sendo o mediador de conflitos o profissional a quem o legislador confiou a direção e controlo da mediação, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes (artigos 25.º e 26.º da Lei da Mediação), é a ele que cabe aferir da real vontade das partes para tentar resolver o seu litígio por mediação.

O mediador de conflitos deve exercer esta função mesmo antes de iniciado o procedimento de mediação: no primeiro contacto realizado para agendamento da sessão de pré-mediação e nesta sessão. Como resulta expressamente da Lei dos Julgados de Paz (artigo 50.º, n.º 1)³²⁹, e, implicitamente, da Lei da Mediação [artigos 16.º, n.º 1, e 26.º, alínea c)], a sessão de pré-mediação tem como objetivo, não só explicar às partes em que consiste a mediação, mas também verificar a predisposição delas para um possível acordo em fase de mediação.

Já se encontrando o procedimento de mediação em curso, o

uma forte probabilidade de se alcançar um acordo (artigo 5.º, n.º 2, da mesma Lei).

³²⁹ Nesta sequência, o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro,

incumbe o mediador de conflitos presente no serviço de mediação de “[v]erificar a predisposição das partes para alcançar acordo de mediação”.

mediador de conflitos deve observar os comportamentos das partes a fim de verificar se a atuação destas reflete interesses ocultos, como o de aí continuarem somente para continuarem a beneficiar da suspensão da contagem de certo prazo de caducidade ou prescrição³³⁰. Sendo caso disso, não está respeitado o princípio da boa-fé da mediação, que embora a Lei da Mediação não consagre de forma expressa, deve ser considerado como um dos princípios basilares da mediação, a par do princípio da voluntariedade, por exemplo: deve impor-se às partes, e também ao mediador de conflitos, que atuem com lealdade e probidade, não adotando comportamentos meramente dilatórios³³¹.

Nas sessões de mediação, o mediador de conflitos deve avaliar a viabilidade de prosseguir a resolução do litígio por esta via. Se, pelos comportamentos de alguma das partes (ou até de ambas), verificar que a mediação está a ser usada com fins e objetivos que não se harmonizam com a

respetiva essência, cabe-lhe, fundamentadamente, terminar o procedimento [artigo 19.º, alínea c), da Lei da Mediação].

São sápiens as palavras que Emiliano Carretero Morales³³² escreve a propósito da solução análoga contida na Lei da Mediação Espanhola (art. 22.1 da Ley 5/2012, de 6 de julio³³³):

-Son las partes las verdaderas protagonistas del conflicto y que ellas son las únicas que pueden dar una solución al mismo, pero no hay que olvidar, como apunta la Ley, que el mediador es la pieza esencial del sistema, que su función es la de ayudar a las partes a buscar esa solución, pero que es también quien ha de controlar el procedimiento de mediación para que éste se lleve a cabo adecuadamente y no pueda ser utilizado por alguna de las partes con fines espurios. Por tanto, si el mediador aprecia cualquier actitud o comportamiento en las partes que le induzca a

³³⁰ Como assinala Eugenio Carlos Fernández-Ballesteros González (2008, p. 200), em comentário à Lei da mediação espanhola (Ley 5/2012, de 6 de julio), “el mediador debe partir del presupuesto de que las partes en conflicto actúan con sinceridad, honradez y rectitud. Se les presume la buena fe y es el mismo mediador quien deberá poner mucha atención para observar los comportamientos y la existencia de necesidades e intereses ocultos en alguna de las partes y que en algún momento podrían llegar a desvirtuar la buena fe y la confianza que se tiene en una persona o procedimiento”.

³³¹ Amaury Haruo Mori (2007, p. 21). Já a Lei da mediação espanhola (Ley 5/2012, de 6 de julio) contém uma norma (o artigo 10.2) para impor às

partes que atuem entre si conforme o princípio da boa-fé (e também da lealdade e respeito mútuo).

³³² Emiliano Carretero Morales (2016, p. 285).

³³³ “El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”.

pensar que las mismas no desean alcanzar ningún tipo de acuerdo podrá poner fin al procedimiento de mediación, explicándoles a éstas los motivos de su decisión.

Posto isto, o recurso à mediação, com os efeitos jurídicos que o mesmo acarreta, máxime a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, deve respeitar a essência da mesma enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tendo o legislador confiado ao mediador de conflitos a importante e permanente tarefa de impedir que as partes façam uma utilização desonesta ou abusiva deste mecanismo.

CONCLUSÕES

A mediação é um método de resolução de litígios autocompositivo, pelo que o recurso à mesma não significa necessariamente que as partes lograrão obter um acordo (de mediação) que ponha termo ao seu litígio. Desta forma, a confiança na mediação só é alcançável se às partes for garantido que, caso no procedimento de mediação, não cheguem a acordo, o direito que lhes assiste de aceder a um método de resolução de litígios heterocompositivo, máxime ao sistema judicial, não será afetado pelo tempo decorrido nesse procedimento, seja por razão de caducidade ou prescrição. Neste âmbito, e conforme imposição contida na Diretiva n.º 2008/52/CE, a mediação pré-judicial requer uma solução específica.

Antes da aprovação da Lei n.º 29/2013, de 13 de abril – “Lei da

Mediação” –, estava consagrado um regime de suspensão dos prazos de caducidade e prescrição mas tão só para a mediação pública; o recurso à mediação privada não produzia quaisquer efeitos sobre a contagem desses prazos. Este tratamento injustificado desapareceu com a referida Lei, que veio estabelecer um regime transversal para a mediação e regular, no seu artigo 13.º, a mediação pré-judicial e o regime de suspensão de prazos de caducidade e prescrição que é aplicável nessa modalidade de mediação.

A essência deste meio de resolução alternativa de conflitos é respeitada se as partes a ele recorrem para tentarem construir um acordo que ponha termo ao seu litígio com o auxílio de um profissional imparcial, independente e munido das competências necessárias para as aproximar e restabelecer ou reforçar a comunicação entre elas (o mediador de conflitos). Assim sendo, a vontade das partes em iniciar e participar num procedimento de mediação não pode assentar unicamente na paralisação da contagem de certo prazo de caducidade ou prescrição, que se verifica com o início do procedimento de mediação e de forma automática.

Cabe ao mediador de conflitos, enquanto responsável pela direção e controlo da mediação, estar atento a possíveis comportamentos das partes que evidenciem que estas não estão a atuar de boa-fé no procedimento de mediação. Apercebendo-se, nas sessões de mediação, que as partes (uma delas ou até ambas) só permanecem na mediação para que a

contagem dos prazos de caducidade e prescrição continue suspensa, o mesmo é dizer, que a mediação está a ser utilizada de forma abusiva e com e desrespeito da sua essência enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tem o mediador de conflitos o dar o procedimento por finalizado.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Miguel Cancela de Abreu; CAMPOS, Clara Moreira (2015), *LAV e os Novos Desafios à Mediação*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, pp. 161-171.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2014). *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Almedina.
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). *La Mediación*. Marcial Pons.
- CEBOLA, Cátia Marques (2010). *A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico*, Revista da Ordem dos Advogados, vol. I-IV, Ano 70, pp. 441-459.
- CHUMBINHO, João (2007). *Julgados de Paz na Prática Processual Civil, Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Quid Iuris.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona (2019). *Julgados de Paz. Organização, Competência e Funcionamento*, 4.ª ed. revista e atualizada (Comemoração dos 500 anos do “Regimento dos Concertadores de Demandas de 1519”), Almedina.
- GONZÁLEZ, Eugenio Carlos Fernández-Ballesteros (2008). *Principios de la Mediación: Rol y Técnicas de Comunicación*, en Soria, M.A., Villagrasa, C. y Armadans, I., *Mediación familiar*, Editorial Bosch.
- GOUVEIA, Mariana França (2019). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª ed., Almedina.
- MAGALHÃES, Luísa (2017). *A Evolução do Regime Jurídico da Mediação em Portugal: Os Antecedentes Normativos de Maior Relevância Até à Lei N.º 29/2013, de 19 de Abril*, Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, 9, pp. 155-193.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso (2017). *A Mediação Civil e Comercial. As Modalidades Pré-Judicial e Intra-Processual como Elemento Motivador*. Maia Jurídica - Revista de Direito, Ano VIII, N.º 1, pp. 13-38.
- MORALES, Emiliano Carretero (2016). *La Mediación Civil y Mercantil en el Sistema de Justicia*, Editorial Dykinson.
- MORI, Amaury Haruo (2007). *Princípios Gerais Aplicáveis aos Processos de Mediação e de Conciliação, Relatório* (policopiado). Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- NAVARRO, Angel Bonet (2013). *Proceso Civil y Mediación. Su Análisis en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi.
- ORFANO, María (2011). *La Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en Grecia. Panorama Actual y una Perspectiva Comparativa*:

- Comentario a la Ley 3898/2010, Riedpa.com, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º 1, 2011.
- PITÃO, José António de França; PITÃO, Gustavo França (2017). *Lei dos Julgados de Paz Anotada*. Quid Juris.
- REGO, Margarida Lima (2017). *A Suspensão dos Prazos de Caducidade e Prescrição por Efeito da Mediação*. Revista da Ordem dos Advogados, N.º 77, pp. 681-709.
- VASCONCELOS, Pedro País (2017). *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Almedina.
- VICENTE, Dário Moura (2010). *A Diretiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa*. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Almedina, Vol. 3, pp. 99-116.

A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO- JURISDICIONAL: ENTRE AUTOMATIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA DECISÃO JURÍDICA³³⁴

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE LEGAL PROCEDURE: BETWEEN AUTOMATION AND EFFECTIVENESS OF THE LEGAL DECISION

Fernando Hoffmam

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), tendo sido bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e no Doutorado; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias Informativas pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Professor Adjunto I do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade Federal de Santa Maria; Coordena o Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFSM e ao CNPQ, é membro pesquisador do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição (FDV/CNPQ) e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição (FDV/CNPQ). Santa Maria- RS. E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

Isadora Viero Machado

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). Local/Origem: Santa Maria- RS. E-mail: isadoraviero@gmail.com

RESUMO: A era da digitalização conduziu inúmeros aspectos da vida em sociedade a tecnologias revolucionárias protagonizadas, sobretudo, por mecanismos de Inteligência Artificial. Nessa lógica, a jurisdição também assume a posição inevitável de adequar-se aos anseios sociais, a partir da revisão da tutela jurisdicional, agora sob esta nova perspectiva tecnológica de aceleração da vida. À vista disso, o presente trabalho tem como escopo o exame dos fundamentos e particularidades acerca do funcionamento de mecanismos de Inteligência Artificial, especialmente aqueles que interessam a aplicação ao campo jurídico processual e seus

eventuais impactos, positivos e negativos, na jurisdição. Desse modo, o estudo buscou resolver o seguinte problema de pesquisa: a tomada de decisões automatizadas no processo jurisdicional pode representar a consolidação de uma visão excessivamente lógica e racional da jurisdição, ensejando ofensa à perspectiva democrática-constitucional do processo? Pode, ainda, denotar o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional? Empreendeu-se, para tanto, o método de abordagem dialético, visando uma interpretação dinâmica das condições determinantes e dos resultados inerentes ao fenômeno da inserção da IA no contexto jurídico,

³³⁴ Artigo recebido em 25/01/2023 e aprovado em 29/05/2023.

visto que, de certo modo, apresentam características paradoxais. Por fim, ainda que de maneira provisória, conclui-se pela necessidade de face ao uso da Inteligência Artificial no campo processual e decisório, alinhar-se tais práticas com as exigências e responsabilidades do processo-jurisdicional no alcance de tutela jurídica efetiva na quadra do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Direito Processual; Decisão Jurídica; Processualismo Neoliberal; Processualismo Democrático-Constitucional.

ABSTRACT: The digital era led countless aspects of life in society to revolutionary technologies, above all, by Artificial Intelligence mechanisms. In this logic, the jurisdiction also assumes the inevitable position of adapting to social aspirations, from the review of judicial protection, now under this new technological perspective of life acceleration. This research aims to examine the fundamentals and particularities about the Artificial Intelligence functioning mechanisms, especially those that interest the procedural legal field and the possible impacts, positive and negative, in the jurisdiction. Thereby, the study sought to solve the following research problem: can automated decision-making in the jurisdictional process represent the consolidation of an excessively logical and rational view of jurisdiction, causing offense to the democratic-constitutional perspective of the process? Can it also denote the commitment of the

effectiveness of judicial protection? For this purpose, a dialectical approach was used, aiming at a dynamic interpretation of the determining conditions and results inherent to the phenomenon of insertion of AI in the legal context, since, in a certain way, they present paradoxical characteristics. Regarding the procedural method, the historical-comparative method was adopted to enter the paradigmatic bases and the historical-political events that influenced the dilapidation of the Brazilian judicial process, to later correlate them with biases that support the justification of the implementing smart technologies in the jurisdiction today. Finally, it was intended to story the ways to align the use of AI to the foundations of a democratic-constitutional proceduralism, with effectively meets the protection of its subjects of law.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Procedural Law; Legal Decision; Neoliberal Proceduralism; Democratic-Constitutional Proceduralism.

INTRODUÇÃO

O ritmo acelerado em que se sucedem as transformações englobadas pela Indústria 4.0 ou Quarta Revolução Industrial, conforme convencionou-se intitular o avanço de tecnologias como a Inteligência Artificial, *big data* e *Internet* das coisas, surpreende inclusive aqueles que dedicam suas vidas aos estudos da área computacional e tecnológica, devido ao grande impacto em contextos que abrangem tanto as relações sociais

individuais, como atividades da indústria em geral. Hodiernamente, infere-se que esse fenômeno e seu amplo sistema de tecnologias se materializa como verdadeira forma de pertencimento ao corpo social e à competitividade do mercado, na medida em que manifesta a potencialidade de representar mais do que a mera otimização de tarefas usualmente desempenhadas por seres humanos. Nesse sentido, as atividades que persistem negando ao atual estágio tecnológico perdem espaço gradativamente, enquanto tais sistemas passam a desempenhar seus papéis gerando resultados impossíveis de serem alcançados pelo trabalho humano.

No âmbito da Inteligência Artificial (IA), por exemplo, técnicas de aprendizagem de máquina desempenham suas tarefas analisando um imenso volume de dados, para entregar, posteriormente, determinada informação desejada pelo mercado de maneira muito precisa – tal resultado é quantificável, científico e “seguro”. De posse dessas informações, a conduta a ser tomada abarca inúmeras possibilidades, desde estratégias de marketing para convencer um cliente a comprar determinado produto ou, até mesmo, para influenciar o processo eleitoral de um país inteiro, de maneira extremamente silenciosa. A bem da verdade, tais tecnologias tornam-se forma de pertencimento e de ambição por resultados nunca antes vistos. E o Direito, como o campo das ciências sociais e humanas que busca assimilar os anseios da sociedade, tende a seguir o mesmo caminho (Parte 1).

No Brasil, o contexto caótico da gestão do Poder Judiciário e seu crescente número de demandas judicializadas elevou os debates acerca da necessidade de ampliar a eficiência da jurisdição e de quais seriam os meios mais adequados à entregar essa forma de justiça célere e segura – afinal, são critérios garantidos constitucionalmente e no próprio Código de Processo Civil. Logo, a IA e seus mecanismos altamente eficientes exsurtem como resposta à problemática apresentada, como espécie de salvação de um sistema processual que degrada na medida em que não apenas aumentam, mas se transformam, as demandas associadas à nova realidade digital. Não obstante, em que pese o potencial da IA de desempenhar impecavelmente tarefas procedimentais, que antes tomariam tempo e esforço humano desnecessário, está longe de ser o método perfeito para acudir a jurisdição. Na prática, percebe-se que mesmo os algoritmos, lógicos e precisos, apresentam nuances prejudiciais à efetividade da tutela jurisdicional (Parte 2).

Dessa forma, o presente trabalho busca investigar inicialmente, em caráter expositivo e dialético, os fundamentos que amparam a construção da tecnologia ainda no século passado, bem como as potencialidades com base em seu estágio atual, expondo também as particularidades capazes de suscitar determinadas problemáticas no campo jurídico. Em especial, levantaram-se questionamentos relativos à automatização da decisão jurídica

propriamente dita, isto é, a substituição do julgador humano pelo intitulado *Juiz-software*, ainda que seja um fenômeno aparentemente longe de ser experimentado pela jurisdição brasileira, face à necessidade da construção de decisões jurídicas efetivas. Nesse contexto, se propôs, dialeticamente em face da necessidade de uma interpretação dinâmica das condições e resultados antagônicos inerentes ao fenômeno da inserção da IA no contexto jurídico, traçar diretrizes para alinhá-la às necessidades de uma tutela jurisdicional efetiva, com fundamento no seguinte problema de pesquisa: a tomada de decisões automatizadas no processo jurisdicional pode representar a consolidação de uma visão excessivamente lógica e racional da jurisdição, ensejando ofensa à perspectiva democrática-constitucional do processo? Pode, ainda, denotar o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional? (Parte 3).

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RACIONALIDADE ALGORÍTMICA

De antemão, importa referir que não há um único e objetivo conceito do que é “Inteligência Artificial”, especialmente por se tratar de um campo da tecnologia que engloba inúmeras possibilidades de aplicação, cujo domínio exige um estudo aprofundado de áreas exatas do conhecimento. Em síntese, diz respeito

a um campo da ciência que se propõe a construir entidades computacionais inteligentes, com respaldo em ramos que percorrem da neurociência e psicologia, até a lógica e matemática computacional.³³⁵

Russell e Norvig³³⁶ dissertam acerca da existência de oito definições de IA, em virtude de divergências preponderantemente metodológicas nas pesquisas dos estudiosos da área. Cabe referir, nesse aspecto, que há uma divisão de abordagens no que se refere a relacionar a IA apenas com o processo de pensamento e raciocínio humano, ou a sua capacidade também de agir – executar funções. Subsiste, também, uma diferença nas métricas para aferir o sucesso do mecanismo de IA, enquanto uma vertente apoia-se no estudo empírico da mente para medir em termos de fidelidade ao desempenho humano, a outra mede o sucesso a partir de um conceito ideal de inteligência chamado de racionalidade, baseado em conhecimentos matemáticos e de engenharia.

O fato é que todas as vertentes, embora com percepções distintas, emergiram do desígnio primordial de recriar a inteligência humana em uma máquina, programando-as para executar funções reservadas, originalmente, ao raciocínio humano. Assim, dentre as diferentes abordagens, para além das técnicas computacionais e matemáticas, também serviram de fundamento para os estudos da IA conhecimentos do campo cognitivo e

³³⁵ MEDEIROS, Luciano Frontino de. *Inteligência artificial aplicada: uma abordagem introdutória*. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2018. *E-book*.

³³⁶ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. *E-book*.

teorias filosóficas a respeito do funcionamento da mente.

Assim, sob a influência de múltiplas áreas do conhecimento, por volta de 1950 consolidaram-se os estudos da tecnologia então denominada Inteligência Artificial, assentados, sobretudo, na visão do reputado pai da computação, Alan Turing³³⁷. Para entender como a IA atingiu os patamares tecnológicos mais elevados e o potencial de transformar ainda mais a vida humana, convém uma breve exposição de como evoluiu até os sistemas hoje preponderantes.

Nesse sentido, a IA tornou-se um campo separado, definitivamente, em 1951, ano em que John McCarthy organizou um seminário, no qual pesquisadores propuseram a criação de um programa de computador capaz de pensar não numericamente, e assim, resolver o antigo dilema mente-corpo.³³⁸ A linha de pesquisa de McCarthy e de nomes da computação como Marvin Minsky e Herbert Simon pautou-se, inicialmente, na abordagem denominada “simbólica”, cuja aplicação baseava-se em “ensinar os

computadores a pensar codificando uma série de regras lógicas: se X, então Y”.³³⁹ Essa linha obteve ascensão com o aparecimento de sistemas especialistas que, em suma, utilizavam de conhecimentos de especialistas humanos sobre assuntos específicos para auxiliar em determinado processo de decisão, sem a necessidade da intervenção humana propriamente dita.³⁴⁰

Manipulações sintáticas simples evoluíram até abordagens que buscavam “incorporar o conhecimento geral do mundo” na máquina. Concomitantemente aos estudos e aplicações de sistemas especialistas, conforme a mencionada subdivisão de vertentes, mantinha-se também uma linha de pesquisa intitulada de “conexionista” como espécie de concorrente da simbólica, pois tencionava a própria replicação de componentes do cérebro humano no computador, nascendo dela o modelo hoje amplamente difundido das “redes neurais artificiais”, concebido ainda em 1969, por Bryson e Ho.³⁴¹

³³⁷ [...] a visão de Alan Turing foi talvez a mais influente. Já em 1947, ele proferia palestras sobre o tema na Sociedade Matemática de Londres e articulou um programa de trabalhos persuasivo em seu artigo de 1950, “Computing Machinery and Intelligence”. Nesse artigo, ele apresentou o teste de Turing, aprendizagem de máquina, algoritmos genéticos e aprendizagem por reforço. (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 41.). No que tange ao Teste de Turing, é um exercício mental proposto para substituir a pergunta “uma máquina é capaz de pensar?” pelo chamado “jogo da imitação”, por meio do qual se propõe que, se uma máquina for capaz de imitar o comportamento de um ser humano em

determinada tarefa, a ponto de ser tornar indistinguível deste para um observador externo, pode-se dizer que essa máquina possui um “comportamento inteligente”, ao menos em relação à execução da tarefa determinada. (VALENTINI, 2020).

³³⁸ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit.

³³⁹ LEE, Kai-fu. *Inteligência Artificial: como robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos e vivemos*. Trad. Marcelo Barbão. 1. Ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. *E-book*.

³⁴⁰ GRANATYR, 2017.

³⁴¹ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit.

O modelo aludido retira ainda mais a interferência humana do processo, na medida em que emprega algoritmos de aprendizagem por retroprogramação, diferentemente dos sistemas que carecem da codificação prévia e contínua de conhecimentos. Isso significa que o processo algorítmico das redes neurais sucede-se mediante a inserção de inúmeros exemplos de determinado fenômeno, para que a própria rede identifique o padrão para a tomada da decisão mais adequada.³⁴²

De modo geral, as diferentes abordagens acabavam por esbarrar em determinadas limitações específicas, provocando uma constante oscilação nas tendências predominantes da IA ao longo dos anos – hoje, aceita-se a ideia de que subsistem vínculos complementares e não concorrentes entre elas.³⁴³ A própria área de potencial revolucionário das redes neurais, não obstante os resultados promissores, encontrava obstáculos quando tratava de problemas mais complexos e de maior escala, cuja solução demandava conhecimentos que extrapolavam as informações inseridas na máquina – na prática, os dados eram escassos demais para o algoritmo se mostrar realmente eficiente.

Nesse impasse, a IA não prestou o papel esperado pela indústria da época e permaneceu esquecida por longos anos, até que surgisse, agregada à metodologia e técnicas aperfeiçoadas, a prática denominada de mineração de dados – *data mining*, que contribuiu para construção de uma inovadora e vigorosa indústria tecnológica³⁴⁴ fundada na realização de previsões aplicáveis nas mais diversas áreas, mediante exploração de dados coletados.

Sob esta perspectiva, prepondera hoje no panorama da IA o método de aprendizagem de máquina a partir da coleta e exploração de quantidades imensuráveis de informações pelo próprio computador, sem a necessidade de uma codificação prolongada e manual dos dados³⁴⁵. Convém observar, no entanto, que há demais métodos de *machine learning* – os quais não carecem de um estudo específico no presente trabalho, bastando ter em mente que esse processo de aprendizado, isto é, refinamento do sistema, parte de um conhecimento prévio disponibilizado ao agente e do *feedback* formado, seja ele inteiramente autônomo ou não.

Em todo caso, para que o sistema possa, de fato denominar-se inteligente, demanda-se que o procedimento seja

³⁴² LEE, Op. Cit.

³⁴³ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit.

³⁴⁴ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit, p. 51.

³⁴⁵ A coleta dos dados não deve se confundir com o aprendizado de máquina, pois diz respeito ao que se conceitua como mineração de dados. Esse modelo, conforme explicam Jose Luis Bolzan de Moraes e Flaviane de Magalhães Barros, não é limitado apenas à previsão. Os autores referem, em uma noção mais ampla do

que significa a mineração de dados, que corresponde ao “ramo da ciência de organizar informações por meio da verificação ou descoberta de relações entre dados, extraindo padrões e tendências que podem ser generalizáveis por meio das técnicas de descrição ou previsão, que se dá por meio da classificação, regressão, agrupamento, clusterização, etc”. (BOLZAN DE MORAIS; BARROS, 2020. p. 261-285).

ordenado por “agentes bem-sucedidos”. Em termos técnicos, os agentes se comportam de acordo com a sua função pré-determinada, mapeando as possíveis ações e relacionando-as com as sequências de percepções disponíveis em seu armazenamento de memória.³⁴⁶ Tendo em conta que alguns agentes serão mais bem sucedidos que outros a depender do contexto, a medida de desempenho determinante à inteligência é o alcance da racionalidade, que, para a IA, se traduz pela obtenção do resultado mais desejado ou próximo da perfeição.³⁴⁷

A busca por atingir o aspecto acima se processa por meio dos algoritmos, cuja atuação consiste, de modo conciso, em receber dados (*input*), traduzir os padrões nele inseridos e entregar o resultado mais adequado (*output*)³⁴⁸, tal como “um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano”.³⁴⁹ A abrangência do processo em algoritmos programados é estritamente limitada à sua programação, de modo que a relação de “correção” entre o *input* e o *output* seja definida precisamente, seguindo o

itinerário estabelecido pelo programador.

Nesse sentido o método de indução por árvores de decisão, por exemplo, trata-se de uma das formas mais bem sucedidas e populares de aprendizagem de máquina, pois preserva a necessidade de certa estruturação prévia dos dados e usufrui de sistemas binários para a tomada de decisão, facilitando inclusive a compreensão humana da razão de saída do algoritmo.³⁵⁰ Entretanto, há de se considerar que nos últimos anos métodos de aprendizagem de larga escala chamaram mais atenção do mercado, estabelecendo as redes neurais artificiais como as técnicas mais empregadas em face de seu potencial de explorar numerosas quantidades de informações, ainda que represente a construção de multicamadas de dados por vezes ocultas ao próprio programador.³⁵¹

O *machine learning* nas redes neurais ostenta maior liberdade para identificar os padrões e utilizá-los de base para o refinamento do sistema. Todo esse processo é bastante complexo e exige a construção de muitas camadas de neurônios artificiais – dados – para alcançar um resultado realmente superior. Assim, emergiu uma

³⁴⁶ MEDEIROS, 2018.

³⁴⁷ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit.

³⁴⁸ SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Jurisdição e Inteligência Artificial. *Revista jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre*. v. 1. n. 1, p. 122-144, 2021. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/19/10>. Acesso em 24 de julho de 2022.

³⁴⁹ VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades da*

juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 2017. 150 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B5DPSA>. Acesso em: 24 de julho de 2022.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ RUSSEL; NORVIG, Op. Cit.

subárea do *machine learning*, idealizada por Geoffrey Hinton no ano 2000, denominada *deep learning*, em que algoritmos passaram a operar com quantidade significativa de dados, visando a busca e correlação de padrões muitas vezes invisíveis para os observadores humanos.³⁵² “O deep learning opera com redes neurais artificiais que vão criando camadas que permitem ir aprendendo com os dados, com os erros e com os acertos definidos”³⁵³, o que acaba por permitir ações e processos como reconhecimento facial, traduções de texto e voz, definição de padrões comportamentais, entre outras possibilidades.

Dessa forma, o campo que permaneceu estagnado durante anos devido a insuficiência de dados, resolveu o seu grande impasse. No presente, vivenciamos uma transformação digital pautada na

captura constante de informações de segmentos variados, diante do trânsito de indivíduos pelas mais diversas plataformas digitais – circunstância que permite a estruturação de camadas de dados inimagináveis até para a mente humana, gerando substrato suficiente para um bom treinamento das máquinas.

Essa extração contínua de dados dos usuários de rede subvenciona-se, sobretudo, ao abastecimento das forças de mercado³⁵⁴ com materiais que, mediante a aplicação de algoritmos de *deep learning*, delineiam perfeitamente perfis, permitindo a predição das vontades e preferências e, inclusive, a modulação dos comportamentos futuros de alguns usuários.³⁵⁵ Pode-se inferir que essa construção progressiva de amostras ou “geração de *leads*” serve, em grande parte, de instrumento às empresas de marketing, para que atinjam acertadamente o seu público

³⁵² LEE, Op. Cit.

³⁵³ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Responsabilidade algorítmica, personalidade eletrônica e democracia. *Revista Eptic*. v. 22, n. 2, mai/ago. 2020.

³⁵⁴ A extração de dados, advinda do constante fluxo de informações sobre as atividades diárias dos indivíduos usuários da *internet* abastece constantemente o popular *big data*, que na concepção de Shoshana Zuboff não concerne exclusivamente a um efeito tecnológico inevitável, na medida em que representa o componente fundamental do que a autora intitula de *capitalismo de vigilância*. O modelo denota a lógica de acumulação que utiliza da mediação de dados para prever e modificar o comportamento humano visando, sobretudo, gerar receitas e controle de mercado. Convém destacar que a Google é a maior e mais bem-sucedida empresa de *big data*, em virtude, sobretudo, de dispor do sistema de buscas mais

utilizado ao redor do mundo, que gera hoje substrato importantíssimo para as práticas de negócios da empresa. Mas para além dos sistemas de buscas, há uma vigilância e captura de dados constante em diversos outros aspectos da vida cotidiana comportamental, o que Zuboff convencionou chamar de *Big Other* “novo regime de fatos independentes e independentemente controlados que suplanta a necessidade de contratos, de governança e o dinamismo de uma democracia de mercado”, sem rotas de fuga, pois mesmo que subsistam divergências nos interesses financeiros e/ou ideológicos entre os usuários, o *Big Other* não exclui a vida privada de nenhum indivíduo, ele se institucionaliza nas funções automáticas de um arranjo social global que é considerado pelos indivíduos como essencial para a participação na sociedade. (ZUBOFF, 2018. p. 17-69).

³⁵⁵ SILVEIRA, 2020.

alvo. Outras aplicações de algoritmos de aprendizagem também são verificadas em áreas que não se subvencionam ao mercado, ao menos aparentemente. A título de exemplo, programas de predição de crimes vigoram em departamentos de polícia nos EUA, analisando os locais em que há mais probabilidade de ocorrer um delito. Essa análise alimenta constantemente o sistema e constrói um ciclo de *feedback*, que permite que o policiamento nas regiões mais violentas de determinada cidade, antes mesmo do crime ocorrer.³⁵⁶

Embora existam certos modelos de algoritmos de aprendizagem em que há um tratamento humano prévio ao lançamento dos dados na máquina, o fato é que em razão do ideal de eficiência, automação e celeridade dos processos algorítmicos, a tendência é que sejam aplicados algoritmos não supervisionados, hipótese em que não há qualquer classificação prévia dos dados – o programa recebe grande volume de informações, encontra padrões e os relaciona,

autonomamente, poupando dispêndio de tempo e trabalho humano.^{357,358}

O número de dados a serem organizados, até que ponto eles estão classificados, possíveis restrições, a arquitetura da máquina e o tipo de dispositivos de armazenamento a serem usados, determinam qual algoritmo computacional adequa-se a cada caso.³⁵⁹ Todavia, outros fatores externos podem ser determinantes para definir qual espécie será implementada, uma vez que, via de regra, algoritmos são aplicados para substituição de processos, pontualmente ou não, que poderiam ser realizados sob o comando humano – mais lento e oneroso. A opção por adotar um algoritmo geralmente se justifica na necessidade de aumento na eficiência em determinado processo, porém, por vezes, algoritmos mais rudimentares são aplicados por aparentarem ser suficientes às variáveis do contexto.

Em suma, o que ampara a aplicação de um sistema de algoritmos – rudimentar ou não – em determinado contexto é o seu potencial de eficiência,

³⁵⁶ O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Trad. Rafael Abraham. 1 ed. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020. E-book.

³⁵⁷ SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Jurisdição e Inteligência Artificial. *Revista jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre*. v. 1. n. 1, p. 122-144, 2021. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/19/10>. Acesso em 24 de julho de 2022.

³⁵⁸ Cabe aqui referir que essa utilização pode produzir enviesamentos, como no caso da predição por meio de algoritmos de que determinados locais são mais suscetíveis a crimes, por exemplo, parece perfeitamente

adequada e útil sob um olhar superficial. Porém, o combate ao crime engloba inúmeros aspectos e não parece se satisfazer de um software simples. Assim, no caso dos EUA, os programas somente capacitaram os policiais a prestarem atenção exclusiva nos locais mais pobres, corroborando com a prática de ignorar crimes de colarinho branco e de mandar os mais vulneráveis à prisão, agora sob a máscara de procedimento neutro, preciso e “científico”. (O'NEIL, 2020. p. 80-83).

³⁵⁹ REGATTIERI, Lorena Lucas; ANTOUN, Henrique. Algoritmização da vida e organização da informação: Considerações sobre a tecnicidade no algoritmo a partir de Gilbert Simondon. *Liinc em Revista*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 462-474, nov., 2018.

oriundo de seu processamento lógico, matemático e objetivo. Esses sistemas foram, de fato, construídos a partir de estudos preponderantemente matemáticos, cuja ascensão maior sucedeu na modernidade, influenciando o modo de pensar predominante atualmente, que admite processos tecnológicos num grau superior à concepção humana da realidade.

O emprego do algoritmo torna dispensável qualquer interferência humana em determinado processo decisório e atinge seu sucesso ou não, a partir do alcance do ideal de racionalidade no seu desempenho – um agir técnico e objetivo do sistema, em detrimento de uma ação humana, agora prescindível. Essa oposição que se mantém é inerente à área computacional calcada na exatidão, e “implica diretamente a dualidade homem e máquina, pois a última é enaltecida por, supostamente, ser menos vulnerável às intrusões subjetivas”.³⁶⁰

A racionalidade e o que ela representa para a ciência corresponde, portanto, ao modo mais adequado para medir o desempenho e sucesso de um algoritmo, afinal, trata-se do melhor resultado possível, dentro do campo de atuação do sistema. Por óbvio, o desempenho do computador supera constantemente o humano, porém, deve-se levar em conta que alguns contextos são mais difíceis, ou até impossíveis, de se traduzirem em dados estatísticos, como o caso da predição algorítmica da criminalidade.

Logo, ambientes complexos representam verdadeiro obstáculo para um desempenho algorítmico ideal. Mesmo diante da busca constante por aprimoramento, isso não significa que o algoritmo sempre executará a tarefa da forma mais acertada. Circunstâncias assim costumam experimentar alterações constantes de variáveis e fatores desconhecidos ao algoritmo podem interferir, de maneira que o seu desempenho real nem sempre abarcará todas as possibilidades. O procedimento heurístico, isto é, o método mais adequado e eficaz ao algoritmo, não elimina totalmente a possibilidade de falhas relacionadas tanto à lentidão e sobrecarga do sistema, como a equívocos propriamente ditos, ao serem entregues informações que não condizem com a realidade no *output*.³⁶¹

Isto posto, a racionalidade dos algoritmos traduz o seu nível de inteligência, porém, na prática, a decisão mais “inteligente” pode extrapolar o domínio do próprio sistema. Via de regra, uma pequena imprecisão no algoritmo não representa prejuízos significativos, mas, à medida em que se desloca a aplicação da IA para questões mais relevantes do mundo real, outros pormenores, como a possibilidade de visualizar os critérios utilizados no processo, ganham relevância para que, no mínimo, possa ser avaliada a credibilidade e adequação da decisão.

Nessa lógica, importante reiterar que as etapas da decisão das redes neurais se constituem por multicamadas de dados e se processam

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ VALENTINI, Op. Cit.

de maneira não linear e complexa ao domínio humano, acarretando, de modo geral, em um impasse na transparência do processamento empreendido pelo sistema. Subsistem, assim, muitos modelos reputados opacos, nos quais a maior parte das pessoas, cujo algum aspecto da vida submeta-se ao algoritmo, permanecem no escuro, desconhecendo totalmente os critérios que levaram o sistema a decidir de tal forma.³⁶²

Outro aspecto a ser ponderado é que a racionalidade e autonomia do sistema, no sentido de dispensar a intervenção humana e, assim, remover potencial subjetividade e vieses tendenciosos da decisão, sinalizam, à nós humanos, a ideia de uma interpretação absolutamente imparcial do processo sobre as informações analisadas. Essas predições precisas, aliadas à rapidez, são o ponto central que torna a IA desejável para o mercado e, em tese, segura para quem ela envolve, pois presume-se afastar preconceitos conscientes e

inconscientes que influenciariam a decisão, caso tomada por um indivíduo.

Ocorre que algoritmos são condicionados ao conteúdo dos dados a ele disponíveis. Conforme exposto, alguns algoritmos se baseiam em dados previamente tratados e classificados, circunstância que pode induzir o reflexo das intenções de um indivíduo ou do próprio *designer* do sistema na decisão. Até mesmo no âmbito dos algoritmos não supervisionados os dados podem carregar um viés tendencioso inerente e não intencional, já que refletem as características e preconceitos do ambiente em que foram coletados³⁶³.

Para Regattieri e Antoun³⁶⁴, conserva-se nos sistemas o que ele chama de “causalidade regulada”. O conceito denota que, apesar do viés principal tecnicista e racional da máquina, existe uma regulação, ao menos inicial, a partir da pretensão do homem. Sob esta ótica, o algoritmo somente possui o condão de ser o veículo de ação e informação entre o humano e o mundo, e a intervenção

³⁶² O'NEIL, Op. Cit.

³⁶³ “Recentemente, o Google processou imagens de um trio de felizes jovens afro-americanos e o serviço automático de marcação de fotos os identificou como gorilas. A empresa se desculpou profusamente, mas em sistemas como o do Google, erros são inevitáveis. Tratou-se provavelmente de aprendizado de máquina defeituoso (e não um funcionário racista na sede da empresa) que levou o computador a confundir Homo sapiens com nosso primo próximo, o gorila. O próprio software havia folheado bilhões de imagens de primatas e feito suas próprias distinções. Ele se concentrou em tudo desde tonalidades de cor à distância entre os olhos e formato da orelha. Aparentemente, porém, não havia sido testado completamente antes do lançamento”. (O'NEIL, 2020, p. 136).

Duas considerações importantes podem ser extraídas do fato exposto: primeiramente, a Google justificou-se sob a afirmativa de que o próprio algoritmo incorreu em erro, pedindo desculpas publicamente pelo ato. Nesse sentido, não foi localizada qualquer informação na *internet* acerca de eventual responsabilidade imputada à empresa pelo ato racista, provavelmente porque ocorreu sob a máscara da autonomia do computador. Não obstante, caso a falha fosse, de fato, influenciada pela programação de algum funcionário racista, se as vítimas pretendessem a responsabilização pelo ato seria possível descortinar o processo que levou ao equívoco, a ponto de esclarecer se houve intenções racistas por trás?

³⁶⁴ REGATTIERI; ANTOUN, Op. Cit.

humana nos processos propicia um ajustamento à realidade. Essa intervenção humana pode ser interpretada como uma saída para ambientes em que a racionalidade ideal do algoritmo dificilmente é satisfatória, ou para circunstâncias multifatoriais que, embora demandem de uma decisão imparcial ou muito precisa, sejam favorecidas pela regulação humana, nos pontos em que a máquina ainda não é capaz de superar o homem.

Por outro lado, a parcialidade decisória que advém da intervenção humana – intencional ou não – afasta o ideal de que a ciência matemática por trás dos algoritmos de aprendizagem supera as subjetividades e possíveis “injustiças” do julgamento humano. Até o presente momento, a máquina é, de fato, menos vulnerável às subjetividades, porém, o modelo de aprendizagem baseado na coleta de dados, tratados ou não, não a torna neutra aos vieses tendenciosos humanos, inerentes inclusive no âmbito do Poder Judiciário, onde há dever maior de imparcialidade.

Com efeito, admitir que humanos são naturalmente enviesados, induz a pensar que um algoritmo criado por um desses indivíduos provavelmente

“padecerá do mesmo “mal”, não de forma proposital, mas em decorrência das informações fornecidas ao sistema. Dessa maneira, surgem os chamados vieses algorítmicos, que ocorrem quando as máquinas se comportam de modos que refletem os valores humanos implícitos envolvidos na programação”.³⁶⁵⁻³⁶⁶

Todas essas considerações evidenciam que a decisão de implementar um sistema de IA em determinado ambiente envolve minúcias mais profundas do que simplesmente tornar um ambiente mais eficiente. Ao passo que um processo racional pode ser insuficiente às variáveis de um contexto social em particular, há também grande potencial para gerar decisões arbitrárias e injustas de maneira despercebida, porque, teoricamente, são objetivas e neutras.

Reiteradamente, na falta de dados específicos para os resultados pretendidos, o algoritmo utiliza-se de analogias para atingir o resultado esperado. E quando se trata de prever comportamento humano, dificilmente uma correlação entre dados se mostrará efetivamente eficaz à previsão das ações de um indivíduo – desempenhadas a partir da interferência

³⁶⁵ 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*, São Paulo, v. 43, n. 285, p. 421-447, nov., 2018.

³⁶⁶ Nesse sentido, outro aspecto relevante emana da possível imprevisibilidade do desfecho de sistemas algorítmicos complexos, capazes de atingir resultados que engenheiro nenhum teria condições de prever – quando a IA não corresponde às expectativas, o resultado

pode ser catastrófico. As etapas em redes neurais de aprendizagem profunda, por exemplo, se tornam rapidamente mais complexas na medida em que são ajustadas pelo próprio sistema, e a transparência do processo torna-se praticamente impossível para aquele que não domina a área. O feedback do algoritmo faz-se, assim, algo incontestável e perpetua as informações nele contidas, independentemente de serem nocivas ou não. (O’NEIL, 2020).

de estímulos internos e externos ao ser humano.³⁶⁷

A multiplicidade de fatores que envolvem o ponto mais alto da IA hoje – *deep learning* – fazem dela um pouco menos difundida em ambientes mais relevantes à vida, os quais ainda carecem de uma atuação preponderantemente humana. Nesses casos, o *machine learning* opera por meio de algoritmos que não são totalmente autônomos, a exemplo das árvores de decisão, pois atuam somente como ferramentas de apoio à aperfeiçoamento e otimização do trabalho humano. Não obstante, o âmbito do aprendizado de máquina exige sempre cautela quanto à qualidade dos dados reproduzidos, com o fito de evitar que a máquina desempenhe suas funções com base em dados que perpetuam desigualdades sociais, erros e outras mazelas da sociedade.³⁶⁸ Em que pese a evolução impressionante do campo, a IA forte³⁶⁹ ainda é utopia, em face do abismo que subsiste entre as decisões de um computador e o modo autoconsciente da mente humana de decidir – a diferença está justamente na ausência de “consciência” do computador, já que em termos de eficiência, inegavelmente, este é capaz de superar o desempenho humano.

Na prática, o aprendizado de máquina já vem se mostrando suficiente para adentrarmos uma nova era digital,

cuja ascensão demanda que todas as áreas, inclusive o âmbito jurídico, tome a iniciativa de se adequar à nova realidade, implementando tecnologias disruptivas no sistema em prol do ideal de eficiência eminente do neoliberalismo processual. Portanto, antes de adentrarmos a tais aspectos processuais que influenciam, sobretudo, a inserção da IA, mostra-se importante traçar o campo do uso e desempenho de algoritmos no processo jurisdicional e na decisão jurídica. O que se passa a fazer adiante.

2. O PROCESSO JURISDICIONAL NO CONTEXTO DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO E OS EFEITOS NA DECISÃO JURÍDICA

Certos operadores do Direito costumam estabelecer o implemento da IA no campo jurídico como a solução mais prática e rápida à sobrecarga de demanda no Poder Judiciário, em vista do potencial da tecnologia de elevar a produtividade, eficiência e precisão nas decisões. No entanto, estando ciente dos fundamentos epistemológicos que diferenciam o Direito de uma ciência exata, incontáveis indagações afastam a visão de uma solução imediata e emergem certo receio no tocante aos riscos da consolidação mal estruturada de tais sistemas, podendo implicar na supressão de pressupostos jurídicos essenciais do processo.

dados e aplicação destes para fins de otimização e eficiência de tarefas. Por outro lado, a IA “geral” ou “forte” denota a visão tradicional que buscava a reprodução exata do comportamento humano na máquina. (LEE, 2019. 7-20).

³⁶⁷ Idem.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Convém salientar, por oportuno, que o campo preponderante da IA baseado na aprendizagem de máquina, se intitula de IA “estreita” ou “fraca” – nele, a inteligência resume-se, à coleta de

Convém salientar, por oportuno, que as discussões acerca da aplicação de procedimentos mecânicos automatizados foram introduzidas no campo jurídico ainda no século passado. O ponto central visava a substituição do ser humano por máquinas em certas tarefas mecânicas, com o objetivo de tornar mais produtivo o trabalho e reservar maiores complexidades à atividade criativa do jurista.³⁷⁰ Nesse sentido, cediço que o campo se beneficiaria da delegação de certas atividades às máquinas, não tardou para que fossem desenvolvidas e ajustadas ferramentas informatizadas, com a finalidade de aplicá-las na atividade jurídica, à princípio, privada.

A inserção da cibernética ao Direito, intitulada de *juscibernética*, orientou-se, de antemão, pelo modelo teórico da *jurimetria*, aventado por Lee Loevinger, com o objetivo de demonstrar que a ciência jurídica é passível de ser demonstrada em conhecimentos quantitativos e estatísticos, pois estes refletiriam o funcionamento prático da ordem jurídica, mediante processamento eletrônico dos dados, uso da lógica e análise dos precedentes. Embora o modelo de Loevinger tenha levantado controvérsias entre os juristas, sobretudo em razão das distinções nas abordagens dos sistemas de *civil* e *commom law*, obteve êxito em inaugurar no continente europeu a ideia de empregar conhecimentos da lógica computacional no âmbito jurídico, com a pretensão de construir bancos de dados fidedignos, que facilitariam ou

possibilitariam a delegação propriamente dita de tarefas mecânicas à sistemas automatizados.³⁷¹

O processo de informatização do campo jurídico tornou amplamente acessível um compilado de conhecimentos jurídicos, teóricos e práticos, às diversas áreas de atuação do Direito, desencadeando uma verdadeira transformação no próprio trabalho do jurista, sob um viés mercadológico e escalável da atividade.³⁷² Essa vasta expansão de informações acerca de teses jurídicas e precedentes e a formação de bancos de dados, propiciou mais acessibilidade e qualificação dos profissionais e, conseqüentemente, a integração das rotinas processuais, ampliando inclusive o acesso à justiça.

Logo, para que os dados compilados pudessem ser, de fato, explorados, passou a ser fundamental o desenvolvimento de tecnologias ainda superiores à mera informatização, de sorte que as potencialidades da IA e automatização dos procedimentos incorporaram, enfim, os estudos da *juscibernética*. De acordo com Valentini³⁷³, no ano de 2015, a criação do sistema intitulado “ROSS” significou uma abertura efetiva o campo jurídico, *a priori* privado, à automatização. O sistema mencionado emprega a plataforma cognitiva Watson, da IBM, e funciona como um advogado dotado de inteligência artificial, respondendo a perguntas formuladas em linguagem natural, por intermédio de um algoritmo capaz de coletar dados de incontáveis

³⁷⁰ VALENTINI, Op. Cit.

³⁷¹ Idem.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Ibidem.

bases jurídicas e utilizar das fontes mais adequadas para, então, estruturar uma resposta à pergunta formulada. No tocante às tecnologias de nível nacional, o sistema *Eli* foi concebido para auxiliar escritórios de advocacia e empresas de maneira semelhante ao ROSS, aumentando a produtividade e qualidade dos serviços, o que desencadeou resultados nunca antes vistos na advocacia privada.³⁷⁴

Com efeito, a virada tecnológica do Direito favoreceu de tal maneira os processos do jurista e o próprio acesso à justiça que culminou, agregada a outros fatores, numa explosão da litigiosidade, contribuindo com o que muitos costumam reconhecer como crise do Poder Judiciário. Por óbvio, a ampliação do direito fundamental social de acesso à justiça concebido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ao passo que proporciona uma justiça distributiva³⁷⁵, implica resultados negativos quando o próprio judiciário se sustenta sob uma estrutura de certa forma despreparada à “avalanche” de demandas judiciais, hipótese que pode induzir a redução da qualidade da jurisdição.

Assim, propriamente difundida a tutela jurisdicional como meio ideal à resolução de uma pluralidade de

conflitos, a mera imposição de “barreiras” ao acesso visando a diminuição quantitativa dos casos implicaria em evidente retrocesso ao direito conferido ao cidadão, podendo corroborar, inclusive, com “o fortalecimento das desigualdades ou crescimento do fosso já existente entre aqueles que tudo têm em face dos que pouco, ou nada têm”³⁷⁶, motivo pelo qual ensejou-se a necessidade de caminhos alternativos para responder ao quadro de litigância em massa.

É inegável que o estabelecimento de filtros que impeçam a judicialização de determinados conflitos e a imposição *a priori* de meios alternativos de resolução são artifícios fundamentais, entretanto, possuem caráter preliminar, tendo em vista que a maior parte dos litígios ultrapassa esse filtro e devolve à justiça a responsabilidade de dirimir o conflito do modo mais justo, rápido e efetivo possível.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, dados do Relatório Justiça em Números de 2017, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontaram que o ano de 2016 terminou com 79,7 milhões de processos em trâmite³⁷⁷. Os números alarmantes tornaram palpável o cenário de congestionamento da jurisdição,

³⁷⁴ ENGELMANN, Wilson; FROLICH, Afonso Vinício K. Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial: o papel dos algoritmos no processo de tomada de decisão. *Revista Jurídica (FURB)*. v. 24, n. 54, p. 1-27, mai./ago., 2020.

³⁷⁵ NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil. *In: Estudos em*

homenagem ao professor Marc Galanter. YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henrique da; FRANCO, Marcelo Veiga (Coord.). 2021, No Prelo., 2021.

³⁷⁶ Idem, p. 6.

³⁷⁷ O relatório pode ser visualizado a partir do link: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

convencendo que a “desjudicialização” de determinados conflitos e a mera migração para o meio eletrônico não seriam suficientes para superar todos os gargalos do sistema, atraindo maior atenção ao desenvolvimento de tecnologias de potencial revolucionário³⁷⁸ aplicáveis ao contexto jurídico.

Sob esta ótica, observou-se que os métodos tradicionais de análise de caso, pesquisa de jurisprudência, enquadramento legal e construção da decisão jurídica propriamente dita, demandam de fatores gradativamente mais escassos ao operador do Direito englobado pelo ideal “eficientista” de elevar cada vez mais a produtividade. Mesmo com sistemas informatizados substituindo o papel, não é mais viável absorver-se do fato jurídico, selecionar os materiais que nele incidem cuidadosamente e corresponder às suas exigências na decisão, pois estas são tarefas que, via de regra, demandam esforço cognitivo dos operadores – heurísticas, vieses, inteligência, memória, percepção, atenção e, sobretudo, tempo.³⁷⁹

A imposição de um processo célere agregado à exigência de resultados quantitativos, no sentido literal de esvaziar os escaninhos agora digitalizados, acarretam, eventualmente, na apreciação equivocada de particularidades do caso, resultando em um enfraquecimento, não intencional, na qualidade das

decisões. Decisões inadequadas acabam por motivar um aumento nos pedidos de revisão e, como consequência, corroboram com o andamento prolongado de múltiplos procedimentos, perpetuando um círculo vicioso que, na busca de tornar a justiça rápida, suprime fatores essenciais à efetividade da prestação jurisdicional.

De certo modo, métodos tradicionais se tornaram sim obsoletos frente à movimentação crescente da máquina judiciária, não por serem inferiores em termos de qualidade, mas por demandarem atenção e diligência impraticáveis em funções sobrecarregadas – fator que legitima a aplicação prática da IA e processos automatizados no judiciário, com fundamento em garantir, especialmente, a efetiva duração razoável do processo.³⁸⁰

Nesse trajeto, a introdução de algoritmos de aprendizagem no contexto processual para extração e classificação de dados de casos retroalimenta um suporte substancialmente racional ao manejo da jurisdição, o qual contribuirá para a apreciação atenta e rigorosa do julgador, tendo em vista que parcela do empenho necessário ao exame da matéria já restará simplificada pela automatização do sistema, além de integralizar um banco de dados que favorecerá subsequentemente a

³⁷⁸ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao Direito*. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

³⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. v. 6, n. 02, e. 259, p. 1-18, set., 2019.

³⁸⁰ ENGELMANN; FROLICH, 2020.

elaboração de outras decisões jurídicas.^{381_382}

Na atividade jurídica privada, por exemplo, a utilização da *Jurimetria* associada à modelos de algorítmicos possibilita o acesso e a sistematização de uma vasta quantidade de informações atinentes a julgamentos passados, a ponto de extrair o provável resultado de determinado caso em diferentes tribunais do país. Com base na predição alcançada, o advogado poderá identificar os melhores artifícios para atuar ou até mesmo optar pelo não ajuizamento de uma ação provavelmente fadada ao fracasso³⁸³, refletindo, de certa forma, na diminuição de litígios. Na prática, inobstante a implementação de algoritmos, invariavelmente se mantém uma espécie de análise estatística e lógica processual construída pelo advogado ao longo dos anos de atuação, porventura sequer transferida ao meio digital, denotando que o papel do algoritmo nesse aspecto seria meramente complementar ao modo de trabalho já desempenhado.

Vale destacar que além dos modelos algorítmicos que ostentam maior liberdade decisória, há uma infinidade outras configurações, sendo certo que algumas conservam procedimentos mais limitados e, de certa forma, mais seguros. Em regra, especialmente no ambiente forense dada sua complexidade, todas hipóteses de IA exigem cautela e controle acurado das informações e do procedimento em si, de modo que a autonomia da máquina não exceda os limites e reflita negativamente em garantias processuais.³⁸⁴

Logo, a atividade jurisdicional pública, de postura convenientemente mais relutante comparada ao exercício privado do Direito frente à automatização, convencida de que a IA poderia proporcionar resultados promissores, mormente em razão da aceleração digital provocada pela pandemia da COVID-19, instituiu por meio do CNJ a política da virada tecnológica do sistema de justiça brasileiro, promovendo o e-acesso, que propõe uma gestão organizada e integrada dos judiciários locais,

³⁸¹ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao Direito*. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

³⁸² Importante salientar que esse processamento de mineração dos dados processuais – *process mining* – já vigora no Judiciário brasileiro para gerir o PJE – sistema que consolidou a digitalização processual, contribuindo continuamente para o armazenamento de dados pelo sistema público de justiça. A mineração de processos no âmbito do PJE favorece a verificação de minúcias de cada procedimento em trâmite, permitindo a identificação de

aspectos costumeiramente ignorados pelo jurista, a exemplo de atos processuais desnecessários, fases morosas, entre outros gargalos que impedem uma boa gestão processual. (NUNES; PAOLINELLI, 2021).

³⁸³ NUNES, Dierle; MEDEIROS, Nathália. Inteligência artificial – litigantes habituais e eventuais. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniao-tecnologia-direito-litigantes-habituais-eventuais>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

³⁸⁴ MAIA FILHO; JUNQUILHO, Op. Cit.

mediante uma série de inovações tecnológicas, baseadas na coleta de dados e detecção de padrões por meio de algoritmos, objetivando a melhoria e unificação do sistema judiciário.³⁸⁵

Outro marco para o início do implemento da IA no judiciário brasileiro foi simbolizado em 2017, ano inicial do desenvolvimento do projeto “Victor”, assim intitulado para homenagear o ex-Ministro Victor Nunes Leal, pelo Supremo Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília. O escopo central trata-se de empregar IA para assessorar a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência nos recursos extraordinários recebidos, a partir da coleta e processamento de dados e do *machine learning*.³⁸⁶

Desde então, o projeto foi se aperfeiçoando mediante a aplicação de diferentes tipos de algoritmos e estratégias de treinamento, incluindo redes neurais artificiais profundas, com o fito de identificar o modelo mais eficiente ao alcance da sua finalidade, que se restringe, por ora, à atividade de análise de admissibilidade recursal.³⁸⁷ O emprego do algoritmo no ponto inaugural da apreciação do recurso pela Corte proporciona um recorte categórico dos casos que, de fato, demandam a atuação do STF, reduzindo significativamente o número de processos submetidos ao órgão de

última instância, fator que, por si só, denota um avanço em termos de celeridade e eficiência da justiça.

Porém, aspecto determinante para o destaque do projeto Victor, agora referência em aplicação da IA no mundo jurídico a nível mundial, compete à metodologia multidisciplinar empregada e seu potencial de viabilizar o implemento em outros tribunais espalhados no país, ao disseminar suporte técnico para a reprodução e adaptação dos métodos reputados mais eficientes ao contexto jurídico.³⁸⁸ Logo, o crédito conferido pelo Poder Judiciário denotou um passo significativo a nível nacional do campo em direção à novas tecnologias, mormente por atribuir a IA a importante instrumento legal de competência do órgão máximo do judiciário brasileiro, denotando boas perspectivas sobre o sistema frente aos demais órgãos da justiça.

Por ora, infere-se que vigora no campo jurídico a intitulada “causalidade regulada” dos processos algorítmicos. O Direito parte da construção humana e se molda conforme se alteram as necessidades da sociedade³⁸⁹, isso o torna um contexto consideravelmente complexo em relação às demais áreas que se fartam das novas tecnologias de automatização, já que a mutação constante das “variáveis” exige, via de regra, pouco mais do que um algoritmo pode oferecer – não em termos de

³⁸⁵ NUNES; PAOLINELLI, Op. Cit.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*. 19 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetal>

he.asp?idConteudo=471331&ori=1. Acesso em: 24 de julho de 2022.

³⁸⁷ MAIA FILHO; JUNQUILHO, Op. Cit.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

eficiência do processo, mas de adequação ao compromisso da justiça de entregar decisões judiciais justas e efetivas em concordância com a subjetividade de cada caso. “É preciso deixar claro que a inteligência artificial não se confunde com mágica, como se pudesse, sem mais, extrair decisões de sistemas computacionais sem toda a preparação da máquina por um humano”.³⁹⁰

Nesse sentido, não há ou haverá neutralidade completa no que tange à utilização de algoritmos no momento da decisão, isso é uma mitologia tal qual as da modernidade jurídica com seus desideratos matemáticos de perfeição. “Desde já, longe de ser um instrumento neutro, o uso da inteligência artificial atende aos anseios teóricos e ideológicos de quem programa e estabelece seus limites responsivos. Isso será decisivo para compreender o espaço de poder que uma máquina, aparentemente neutra, pode ocupar de modo avassalador”.³⁹¹

Nessa toada, a inserção pontual da IA procedimento decisório, especialmente em casos com pouca necessidade de dilação probatória, não dispensa o fator humano, mas pretende a sua qualificação. Nunes e Paolinelli reiteram que o *process mining* visa a identificação de gargalos nas estratégias processuais para, em seguida, apontar as melhores maneiras de reformulá-las e proporcionar uma melhor gestão, a partir das necessidades verificadas em

cada caso, gerando constantemente insumos para revolucionar o processo a nível macroestratégico.³⁹²

Logicamente, passam a coexistir olhares céticos às inovações e vieses entusiastas da tecnologia, formando um cenário ideal para que não se atinjam os pontos extremos, de fechamento ou total abertura do ambiente jurídico à automatização. Como bem colocado por Rosa³⁹³ “tendências se mesclam das mais variadas formas, exigindo, por um lado, certa flexibilidade conceitual e, de outro, o estabelecimento de gramática mínima capaz de orientar os atores jurídicos no ambiente digital.” Malgrado transparecer um fenômeno longe de ser experimentado pela ordem jurídica, é de se admitir que a evolução exponencial das tecnologias nas últimas décadas ultrapassou consideravelmente o esperado, fazendo emergir dia após dia inovações nunca sequer imaginadas. Além disso, a ambição crescente em tornar o ambiente jurídico eficiente e produtivo já se mostrou suficiente para o implemento da IA em setores procedimentais do processo, de modo que o ato de delegar o julgamento propriamente dito às máquinas se justificaria pelos mesmos motivos.

Nesse sentido, há que se tomar cuidado com o que afirmam determinados autores como Momoli (2021), para quem a automatização do ato de julgar por meio de algoritmos de aprendizagem – programados ou não – utilizando como substrato o

³⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. v. 6, n. 02, e. 259, p. 1-18, set., 2019, p. 1-18.

³⁹¹ Idem.

³⁹² NUNES; PAOLINELLI, Op. Cit..

³⁹³ ROSA, Op. Cit.

conhecimento jurídico disponibilizado à máquina, seja ele composto por precedentes, leis ou entendimentos doutrinários, torna possível extrair parâmetros pertinentes, ajustar as variáveis e entregar a resposta correspondente na decisão judicial de acordo com o caso concreto, o que seria denominado por Rosa ³⁹⁴ de *Juiz-*software**. No entanto, é necessário evidenciar que há no mínimo uma certa ingenuidade por parte da autora, ou, quem sabe, um otimismo exagerado. Parece que disponibilizando à máquina o conhecimento jurídico possível ao intérprete, a mesma de maneira metologizada lógico-matemática entregaria uma decisão jurídica que seria eficiente ao que parece, mas, não necessariamente efetiva. Ainda, aqui, a autora retoma uma racionalidade processual moderna que cumpre seu dever de ainda na atualidade, agora pela lógica da racionalidade algorítmica reduzir o fenômeno interpretativo-compreensivo à mera aplicação metódica de uma determinada forma, agora algorítmica.

Ainda, é preciso combater a posição de certos autores que acreditam que algumas demandas judiciais aparentem se enquadrar no conceito de *easy cases*, proposto por Hart para definir casos que dispensam maiores esforços interpretativos e argumentativos do julgador, de modo que a automatização de tal processo decisório não representaria em prejuízos à justiça, pois desempenharia a reprodução pura do modo de análise e

enquadramento legal já incorporada pelo juiz.³⁹⁵ Porquanto, aqui se encontra um grave equívoco nas pretensões dos autores, pois, casos concretos não nascem de antemão com o selo da maior ou menor dificuldade, nem podem *a priori* ser considerados *easy cases* ou *hard cases*, e, é justamente essa compreensão acerca da facticidade que envolve a concretude de cada caso, que não pode ser apreendida algorítmicamente, a não ser a partir de uma padronização *a priori* de quais seriam casos fáceis e quais seriam casos difíceis.

É mesmo corriqueiro que o processo de decisão de juízes sobre casos hipoteticamente mais simples experimente de certo reducionismo jurídico, ao dissecá-lo como verdadeiro objeto de uma ciência lógica-matemática, dispensando maiores questionamentos ou argumentações, em detrimento inclusive de princípios fundamentais – circunstância que já retrata, intrinsecamente, um dos maiores desafios à consolidação do processualismo constitucional democrático. Sob o ponto de vista de Silva ³⁹⁶, os magistrados tampouco possuem poder decisório, porquanto o sistema processual subsiste preso à ideia de que a jurisdição cumpre papel apenas declaratório da lei em sua univocidade de sentido, cuja aplicação, apenas, caberá ao juiz.

Como bem salientado por Silva³⁹⁷, há uma aparente superação da redução metodológica e dogmática do Direito em vista da aceitação de que o

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ ENGELMANN; FROLICH, Op. Cit.

³⁹⁶ SILVA, Op. Cit.

³⁹⁷ Idem.

campo é volátil e se altera na medida em que se transformam os anseios sociais e históricos. O autor sustenta uma ilusão de superação, pois ainda há um abismo entre o discurso do que deve ser feito e a maneira como os juristas de fato atuam na prática forense, como verdadeiros braços mecânicos do Poder Legislativo.

A imposição, portanto, de procedimentos automatizados no processo jurisdicional e na decisão jurídica em si, parte tanto da necessidade de efficientização da justiça, a partir do acoplamento de técnicas que contribuam para a celeridade processual, quanto da possibilidade de afastar vieses tendenciosos inerentes ao julgador humano – discricionariedades – pois o emprego da tecnologia supostamente ensinaria processos decisórios compenetrados da neutralidade advinda da ciência computacional de bases lógicas e matemáticas. Este último argumento, conforme debatido anteriormente, se enfraquece na medida em que se comprova que a máquina, de certa forma, reproduz a tendência já predominante no ambiente.

Esses ideais da contemporaneidade, nos quais recai a justificativa do emprego da algoritmização decisória, contribuem para a idealização do Direito “perfeito” e inquestionável, em que subjetividades são concebidas como transgressões normativas, a partir dos vestígios deixados pelo paradigma racionalista, que reduz o processo a uma ciência instrumental e rigorosamente exata. Esse raciocínio, na realidade, não excede o senso comum do jurista minimamente inquieto com qualquer

espécie de reducionismo excessivo do campo à racionalidade.

No entanto, a hesitação do presente trabalho incide na suposição de que o sistema processual, mesmo ciente das problemáticas a serem enfrentadas, opte por menosprezar quaisquer das consequências que o implemento da IA como um todo pode desencadear, pois sujeito às exigências da lógica neoliberal de abordar o direito e o processo, cobrando eficiência e celeridade paulatinamente, ainda que dê azo a supressão de certos pressupostos essenciais à jurisdição democrática.

3. DA AUTOMATIZAÇÃO À EFETIVIDADE DA DECISÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DE UM PROCESSUALISMO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL

A morosidade da justiça afeta, maiormente, os interesses econômicos neoliberais individualistas, mas também tem o reflexo negativo de deslegitimar a força do Estado Constitucional de Direito. Dessa forma, como “unir o útil ao agradável” a IA insere-se na jurisdição, enquanto supedâneo tecnológico de potencial para sobrelevar a gestão processual e contribuir precipuamente à suplantação dos entraves experimentados pelo crescente número de demandas judicializadas, quaisquer que sejam os fatores que levam a este “colapso” do Poder Judiciário.

Os parâmetros que norteiam o direito processual agora voltam-se, sobretudo, à quantificação da justiça e ao desenvolvimento de instrumentos

aptos a destravar a engrenagem para, por fim, atender aos critérios de segurança, celeridade e eficiência impostos, da mesma forma, pela carga normativa constitucional. O cenário, portanto, é de revolucionar a jurisdição, independente das concepções individuais de cada jurista. Apesar das duras e bem fundamentadas críticas daqueles que clamam pelo Direito a partir de sua construção humana-histórica e que refutam a noção científica de sujeição à métodos matemáticos, pairamos sobre uma jurisdição traduzida em números. A quantificação trouxe a visibilidade de consequências de certa forma já esperadas, entretanto, mensurar efetivamente a eficiência dos Tribunais amplificou a imperatividade da jurisdição de reagir ao quadro crítico de litigância.

O próprio CNJ elaborou indicadores ³⁹⁸ para cálculo da produtividade de servidores e da taxa de congestionamento de cada Tribunal, cujos resultados são determinantes à realocação dos recursos públicos. Tais índices não ostentam de métricas sofisticadas o suficiente para levar em consideração as minúcias de cada caso concreto, porém, não há qualquer descrença de que consistem em

critérios eficientes para que haja certo controle do funcionamento dos órgãos da justiça.³⁹⁹ Estipular métricas como a mencionada mostra-se indispensável para o gerenciamento da jurisdição digitalizada e revela grande potencial de, na hipótese de aliar-se a outras perspectivas passíveis de aferir também qualidade das decisões proferidas, firmar a jurisdição não só eficiente, mas também efetiva.

Nesse sentido, os resultados angariados pelo CNJ, especialmente aqueles que tornaram o caos tangível e que incutiram vigorosamente produtividade e eficiência como vetores da jurisdição são recentes. Significa que, embora admirável, tornar o processo eletrônico e automatizar certas tarefas que tomariam minutos do servidor, na prática, senão retroalimentam o caos, são um pinga no oceano agitado da jurisdição. A efficientização da rotina jurídica da maneira em que se estabelece hodiernamente mostra-se defeituosa até mesmo para o processualismo neoliberal do fluxomercadológico dos litígios.

Acerca disso, é o raciocínio de Espindola e Sangoi⁴⁰⁰ de que a falha se evidencia porque recentemente a jurisdição conseguiu finalmente alcançar um índice de produtividade

³⁹⁸ O CNJ, agora sob a presidência do Ministro Luiz Fux, elaborou diversas estratégias nacionais para gestão da justiça com base em análises estatísticas, que abrangem pontos específicos da jurisdição, a exemplo das taxas de congestionamento, índice de prescrição, tempo de tramitação de processos, entre outros. Para um aprofundamento acerca das estratégias, sugere-se a leitura do “Glossário dos indicadores de desempenho” elaborado pelo órgão, disponível em:

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Glossario_dos_Indicadores_de_desempenho.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2022.

³⁹⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANGOI, Bernardo Girardi. A crise da jurisdição e a funcionalização do direito pela economia: a justiça e os números. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 18, n. 7, p. 214-229, set./dez. 2017.

⁴⁰⁰ Idem.

inédito de sentenças no período de um ano, mas a conquista não foi capaz de satisfazer os anseios do Poder Judiciário – o número de demandas judicializadas continuou a crescer, denotando que o problema é estrutural, e produzir cada vez mais significa apenas uma maneira de remediar a situação, não a tratar. Não obstante, os relatórios produzidos constataram óbices pontuais dos processos, ocupando o papel de verdadeiros desafios a serem enfrentados para, enfim, ser alcançada a perfeição da jurisdição.

No contexto da revolução tecnológica, ainda que não seja a ideal do ponto de vista democrático-constitucional do processo, a medida da justiça está em números e auxilia-se de sofisticadas tecnologias. Esse cenário apresenta-se como um caminho sem volta, significando que é imprescindível a descoberta da mais adequada maneira de conciliar o Direito submetido e este tipo de linguagem com aquele que se refere à ciência da compreensão, extraído da IA, sob a ótica de que ela sim possui potenciais positivos, somente os aspectos que aproveitem a justiça e a coletividade.⁴⁰¹

É preciso perceber que a tecnologia, aplicada aos processos decisórios no direito, ao mesmo tempo que pode revelar mazelas humanas que se encontravam encobertas (vieses algorítmicos), pode também oferecer oportunidades para a idealização de formas de tratamento eficaz. Toda a

potencialidade tecnológica oferecida pelos algoritmos utilizados no judiciário brasileiro deve ser analisada de forma inteligente, reanimando a Constituição e fortalecendo a fruição de direitos. Não deve ser utilizada tão somente para persecução de agilidade e rapidez decisória, de forma a facilitar a produção de padrões decisórios, sem participação dos sujeitos afetados pelo provimento; tampouco examinada ao alvedrio da necessária reconstrução argumentativa do caso, como justificativa para resolução da chamada "crise" do judiciário.⁴⁰²

Entretanto, não se pode ignorar que a abordagem lógica racional é inerente à algoritmização. Aplicá-los à automatização da decisão jurídica sem interferência humana ensejaria, inevitavelmente, em consentir com a construção da decisão jurídica tomada por este aspecto racional e objetivo, em prol de movimentar as engrenagens do judiciário, concordando inclusive com a ideia de que há uma dogmática jurídica perfeita e de que o Direito Processual se limita a subsumir a norma ao caso concreto. Sob esta perspectiva, ainda se conservará o favorecimento dos “litigantes habituais e o uso hegemônico da tecnologia, a ponto de gerar e

⁴⁰¹ ROSA; GUASQUE, 2020.

⁴⁰² PAOLINELLI; ANTÔNIO, 2020, p. 289.

acentuar privilégios informacionais e obstaculizar o acesso à justiça”.⁴⁰³

Admitir o oposto do que significa a dogmática jurídica perfeita: que nem sempre a análise do caso concreto levará a conclusões idênticas, em outros termos, que o Direito Processual também se ampara em subjetivismos, significa dizer que a completa automatização da decisão jurídica é impensável, ao menos diante do estado atual da arte da IA.

A partir da superação dos ideais modernos, foi integrado ao Direito a preocupação em atender critérios elencados nos textos constitucionais, cujo caráter é aparentemente indeterminado, especialmente se comparado à ideia positivista de aplicação da lei em seu sentido literal. No que se refere aos critérios constitucionais que devem, acima de tudo, sustentar a fundamentação decisória, teoriza Streck⁴⁰⁴, também amparado na hermenêutica jurídica, que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição”.

Conforme explicita Isaia⁴⁰⁵, o Poder Judiciário já se encontra, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, de economia

globalizada e interesses supraindividuais, contrariando o movimento constitucional contemporâneo, ao sobrelevar o solipsismo da magistratura e negar o exercício da jurisdição a partir de subjetivismos. Apesar disso, perduram raros juízos decisórios compenetrados por componentes volitivos – no bom sentido. Contudo, considerando a suposição do sistema de que uma decisão assim é discricionária e, portanto, não é legítima, a solução encontrada pelo juiz é de “simular a construção de um silogismo, para dar a impressão de que o seu raciocínio seguira o modelo matemático”. O fruto disso é a visão antagônica dos modos de raciocínio jurídico, tal como duas polaridades epistemológicas – de um lado, o direito como ciência da compreensão e, de outro, enquanto ciência matemática.⁴⁰⁶

Tal circunstância, conforme já referido no capítulo anterior, transmite um enorme desafio à jurisdição constitucional, agravando-se com a imposição de decisões jurídicas algoritmizadas, porquanto já compreendemos que estes não operam em qualquer grau de subjetividade. Nesse passo, a pretensão não é a de negar outras correntes e conceitos do Direito que não os amparados na

⁴⁰³ PAOLINELLI; ANTÔNIO, 2020, p. 289.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. E-book, p. 45.

⁴⁰⁵ ISAIA, Cristiano Becker. As origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil. In: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/637146sy/K53R88852yprfDJ7.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2022.

⁴⁰⁶ SILVA, Op. Cit.

construção interpretativa de cada caso. Assim sustentam Streck, Bernsts e Gomes⁴⁰⁷, que “podemos discordar de forma autêntica sobre quais conceitos seguiremos, qual o conceito de direito defenderemos, mas para estarmos todos no mesmo barco (e de preferência bem amarrados nos mastros pela hermenêutica), não podemos esquecer que nele só embarcam seres humanos”.⁴⁰⁸

Em suma, redirecionar a decisão jurídica à máquina não se coaduna nem às concepções mais simplistas do direito processual. O próprio dispositivo legal que rege o Processo Civil exige fundamentação adequada das decisões, impedindo critérios acrícticos de apenas reproduzir modelos. Há a imposição de que o julgamento esteja de fato vinculado ao caso concreto. Conforme Isaia⁴⁰⁹ o Código de Processo Civil de 2015, para (in)felicidade dos juristas restringidos à literalidade normativa, retira qualquer possibilidade de que as sentenças resultem de silogismos entre premissa maior e menor, exige a construção, atribuição de

sentido e, sobremaneira, respeito aos limites impostos pelo sistema autônomo do Direito.

Não obstante as ponderações acima, existem justificativas constitucionalizadas para o implemento da IA no contexto processual. Mesmo que a necessidade de desenvolver tecnologias que propiciem soluções rápidas e seguras encontre seus maiores entraves nas garantias-processuais constitucionais, também se sustentam sobre elas. Saldanha⁴¹⁰ nesse sentido, indaga se “no fundo, com a constitucionalização dos direitos, com o sistema jurídico orientado por valores e princípios em tempos de neoconstitucionalismo, a Jurisdição não viveria um dilema moral entre quantificar e qualificar?”.

Mas o dilema não deve existir. As reformas processuais que buscam rapidez e economia são absolutamente legítimas em tempos de democracia contemporânea, na qual se estimam valores de eficiência, transparência, publicidade e *accountability*. Por esta razão é que não se deve abandonar o

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; BERNSTS, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Inteligência Artificial: mesmos problemas, mas na versão hi-tech. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2021, vol. 13, n. 25, p. 333-342, ago./dez., 2021. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/404/276>. Acesso em: 19 de julho de 2022, p. 333-342.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ ISAIA, Cristiano Becker. As origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil. In: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/637146sy/K53R88852yprfDJ7.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2022.

⁴¹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS* — N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 75-100, 2010.

entusiasmo advindo das inúmeras maneiras ofertadas pela IA para solucionar os problemas da jurisdição. A conduta a ser seguida pela jurisdição ao inserir a IA no contexto precisa primeiro estar ciente de seus padrões científicos, racionais, porém ainda falhos, para, em um segundo momento, dominando suficientemente as particularidades da área, aplica-la sem que haja o fomento do “perfil individualista da sociedade”, na qual a jurisdição encobre-se da concepção liberal de igualdade, ao tratar todos os casos concretos como idênticos.⁴¹¹

Até que seja superada essa opacidade, deve-se ter cuidado com os efeitos adversos e silenciosos que o algoritmo pode induzir, inclusive quando impostos à procedimentos relativamente simples, especialmente no que tange à óbice ao princípio do contraditório como verdadeiro garantidor da “não surpresa”. Enquanto não se desenvolvem maneiras de clarificar o processamento do algoritmo, existirá sempre uma limitação de direitos que estão na centralidade das discussões sobre a abertura processual. A opacidade figura-se como uma disfuncionalidade do mecanismo que foi construído para “forjar o modelo de democracia constitucional em particular na tradição do liberalismo e de suas instituições, sobretudo quando se pensa nos impactos que se produzem no âmbito das relações processuais demarcadas por garantias peculiares a esta tradição”⁴¹², em outros termos, os

impactos possuem relação direta com ideal de eficiência processual.

Acima da falta de transparência, ainda está a máscara de que a base científica e matemática do algoritmo propicia verdades absolutas, concluindo-se que assim se constitui a dificuldade de refutar as respostas provenientes da máquina, gerando riscos ao direito à liberdade e igualdade ao criar falsas verdades que tem fundamento em escolhas humanas de tratamentos de dados, muitas vezes dados pessoais e sigilosos.⁴¹³

Assume-se, de tal forma, os riscos de o sistema equiparar-se às concepções do positivismo já ultrapassado pelo Estado Democrático de Direito. O desconhecimento técnico da lógica computacional exprime à sociedade uma noção completamente equivocada acerca da credibilidade do sistema, constituindo o “caldo de cultura” para que toda a sociedade veja o pensamento matemático como o mais próximo da verdade.⁴¹⁴ O jurisdicionado, via de regra, creditará a decisão porquanto proveniente de um algoritmo que desempenha o seu papel subsumindo a norma à sua interpretação própria do caso concreto. Mas esse aspecto não se restringe aos jurisdicionados. É tão comum que o ser humano supervalorize a resposta da máquina e passe a não refletir acerca de seus resultados, que possivelmente juízes e servidores também deixariam de analisar contundentemente o resultado ofertado pelo modelo de IA, irradiando

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² BOLZAN DE MORAIS; BARROS, 2020, p. 261-285.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Ibidem.

os possíveis equívocos na decisão jurídica, mesmo quando o algoritmo é empregado apenas para otimização de aspectos procedimentais do processo.⁴¹⁵

Há, ainda, o problema dos vieses algorítmicos. A comunidade científica admite, hodiernamente, que o *machine learning* desempenhará sua função decisória amparado em dados possivelmente enviesados. Todo e qualquer conhecimento gerado pela máquina necessariamente perpassou, ao menos na sua origem, pelas escolhas de quem a programou ⁴¹⁶, além de embutir os valores do ambiente em que sucedeu a coleta dos dados de maneira indeterminada, caso não haja o tratamento prévio dos dados.

Sugere-se, para que não haja a retroalimentação do sistema processual contaminada de equívocos, que os dados minerados perpassem por etapas minuciosas de tratamento, a partir de mecanismos de *debiasing* (desenviesamento).⁴¹⁷ Denota-se, nessa lógica, que algoritmos supervisionados são mais compatíveis à complexidade do sistema processual. Mas deve-se ter em mente que a efetiva tratabilidade dos dados demandará para além do fator temporal – o qual se busca reduzir devido à lógica de mercado ínsita à jurisdição, uma capacitação computacional elevada, apta a desenvolver e manusear mecanismos que contribuam para um tratamento

efetivo dos dados, lembrando que, via de regra, programadores sequer são capazes de trabalhar sobre a quantidade de informações que a máquina acumula.

Além disso, a ponderação de O’Neil ⁴¹⁸ de que sistemas automatizados codificam dados do passado, ao passo em que seres humanos detêm capacidade adaptação às condições variáveis mostra-se bastante pertinente, sobretudo no que tange aos algoritmos supervisionados, que carecem de intervenção e/ou tratamento humano. Isso porque, somente a adaptabilidade humana – no campo jurídico traduzida pela viabilidade de que o jurista, especialmente em casos desafiadores, execute sua tarefa de maneira criativa – é capaz de não apenas honrar o passado e a construção humana e histórica do Direito, como também projetá-lo para o futuro, a partir do exame dos anseios e transformações sociais experimentadas pela sociedade, que somente são factíveis ao ser humano pensante inserido em tal contexto. “Não basta, portanto, revelar uma pretensa interpretação “verdadeira”, porque o preceito – pertencendo ao sistema que o produziu – longe de encerrar-se em sua primitiva formulação, deve inserir-se no ambiente social em que vive o intérprete [...]”. (SILVA, 2006, p. 280).

Desde que a tomada de decisão nos moldes referidos não se manifeste

⁴¹⁵ NUNES, Dierle; MEDEIROS, Nathália. Inteligência artificial – litigantes habituais e eventuais. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniao-tecnologia-direito-litigantes->

habituais-eventuais. Acesso em: 20 de julho de 2022.

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ PAOLINELLI; ANTÔNIO, 2020.

⁴¹⁸ O’NEIL, Op. Cit.

sob o atributo do solipsismo judicial, é um claro retrato da capacidade de elevar a jurisdição em seu nível democrático – e esta tarefa, particularmente, parece fugir da alçada do algoritmo. Nesse sentido, é preciso ressaltar que “nós seres humanos mudamos enquanto aprendemos e nos adaptamos, bem como nossos processos. Sistemas automatizados, ao contrário, ficam parados no tempo até que engenheiros mergulhem de cabeça para mudá-los”.⁴¹⁹

A partir dessa lógica de pensamento que operadores do Direito devem se fechar a toda e qualquer visão positivista, que imponha ao sistema processual papel figurativo e neutralizador. A decisão jurídica deve ser construída sobre um contexto democrático e discursivo, aberto aos jurisdicionados em relação de simétrica paridade. Ela depende, para ser efetiva, do preenchimento das condições de validade e legitimidade impostas pela jurisdição constitucional e asseguradas pelo Estado Democrático de Direito.⁴²⁰

Ao que tudo indica, o sacrifício da eficiência a partir da imposição de critérios bem pensados na hipótese de implantarem-se algoritmos na jurisdição brasileira, qualquer que seja o modelo escolhido, significa, de modo geral, o equilíbrio do que se entende como eficiência do sistema e efetividade no que tange à tutela jurisdicional satisfatória formal e material dos direitos individuais e coletivos. Nesse passo, somente assim, poderíamos considerar legítima a adequação da jurisdição às transformações digitais da

IA, sem que se negligencie o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e outras garantias democráticas, ao dar prioridade à transparência do processo e a consequente possibilidade de questioná-lo. A utilidade dessas ferramentas deve sim ser aproveitada na sua totalidade, mas somente quando o seu enfoque abranja também a melhoria da jurisdição em termos de qualidade, efetividade e integridade do sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente pesquisa buscou expor as particularidades que envolvem o campo da Inteligência Artificial, visando tornar claro que coexistem pontos contributivos da tecnologia para o desenvolvimento de uma prestação jurisdicional eficiente, bem como outros pormenores, como a falta de transparência do processo de tomada de decisão do algoritmo, que representam riscos elevados à efetividade da tutela quando aplicados, na medida em que, senão impossibilitam, dificultam consideravelmente a abertura processual e a possibilidade de participação dos sujeitos – critérios imprescindíveis no contexto de um processualismo democrático-constitucional.

No que tange à suposição de que um dia vogará na jurisdição o *Juiz-software*, arrisca-se a dizer que ele jamais superará, ao menos em termos de adequação à efetividade da tutela jurisdicional, o protagonismo do

⁴¹⁹ O’NEIL, Op. Cit., p. 178.

⁴²⁰ NUNES; MARQUES, 2020.

jugador humano, porque somente este é capaz de construir uma decisão inteiramente adequada aos valores constitucionais, às práticas discursivas e interpretativas, que ponderam sobre o passado e seus impactos no futuro, refutando a aplicação normativa tal qual uma equação matemática. Hoje, compreende-se que o campo processual é demasiadamente complexo e volátil para que a máquina atenda devidamente aos seus anseios para além de apenas torna-lo mais eficiente.

Em contrapartida, sob o olhar da modernidade, na qual preconizava-se o juiz e o processo como meros instrumentos de uma estrutura silogística, sem sombra de dúvidas, a decisão tomada pelo *software* seria extremamente conveniente, ao menos para a classe burguesa dominante, que clamava por uma aplicação lógica e neutra da lei para estabelecer a segurança necessária a limitar o poder do Estado e sujeitar a si o Direito. É a partir dessa equivalência de interesses – da classe dominante da época e do mercado neoliberal que exerce o controle na atualidade – que exsurge a hipótese de a automatização da decisão jurídica ser um fenômeno próximo.

Isso porque, compreendida a influência que o mercado exerce sobre a jurisdição, aparenta o cenário ideal para garantir suas ambições, diante do estabelecimento de um fluxo de demandas constante e da eliminação de quaisquer estratégias corretivas que ensejariam eventuais instabilidades econômicas. Retirar a interferência humana, nesse aspecto, contribuirá para o favorecimento dos litigantes

habituais e, ainda, favorecerá as grandiosas *legal techs* interessadas na implementação da IA no contexto jurídico e no impedimento de qualquer regulamentação estatal sobre elas.

Nessa lógica, difundir a ideia de que o algoritmo também pode falhar, apresentar vícios catastróficos na sua programação ou reproduzir vieses indesejados no âmago de sua “caixa-preta” é, também, essencial para que se compreenda que mesmo o método científico e preciso da IA pode carregar equívocos em seu processo decisório. Ampliar o domínio dos juristas acerca da tecnologia para além de seus aspectos positivos, possibilita a abertura de espaço a críticas efetivamente embasadas sobre o implemento ainda incipiente no campo processual brasileiro, evitando que a jurisdição adentre um cenário caótico ainda pior, movida pelos interesses predominantes de torna-la eficiente a qualquer custo.

Em relação à opacidade algorítmica, infere-se que o tópico divide opiniões, enquanto alguns sustentam que certos modelos são auditáveis, outros defendem que a complexidade é demasiada. O fato é que, ao menos no estado atual da arte da IA, grande parte da população sequer possui capacidade intelectual para compreender o processo de tomada de decisão de um algoritmo. E esse fator, por si só, afasta a hipótese do papel constitucional do processo de formar decisões de maneira participativa e aberta.

Tais problemáticas parecem ser inerentes à tecnologia, de sorte que nos encontramos reféns do desenvolvimento de ferramentas capazes de desenviesar, tornar visível e

auditável o processo empreendido pelo algoritmo para que seja, de fato, legítima a sua aplicabilidade à jurisdição. Enquanto a supervisão humana é dificultada, não há qualquer possibilidade de evitar os efeitos danosos provenientes da automatização do processo jurisdicional de maneira geral.

Não obstante, em termos de qualificação do trabalho humano, algoritmos são capazes de revolucionar positivamente o processo a nível macroestratégico – quando empreendidos de maneira gradativa, bem estruturada e amparada, sobretudo, no conhecimento de profissionais capacitados na área. Por esta razão que não se deve abandonar o entusiasmo quanto à capacidade da tecnologia de suplantar muitas disfunções da jurisdição atual, sobretudo pelo potencial de torna-la mais eficiente.

Deve-se atenção ao fato de que a efficientização, embora legítima, jamais poderá suplantar às garantias de um Estado Democrático de Direito. Assim, para que o implemento de mecanismos de IA não equivalha a mais uma ferramenta silogística de dominação no curso processual, é necessário que sejam ultrapassados quaisquer obstáculos relativos à transparência, favorecendo-se a compreensão da arquitetura dos modelos em sua integralidade e não a mera “abertura” de um código que sequer é cognoscível para a maior parte da população. Superadas falhas provenientes da opacidade e estabelecidas maneiras de preservar o ambiente processual participativo na formação das

decisões, a partir de uma perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais dos interessados, a IA passará também a cooperar pela melhora qualitativa da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do; DIAS, Felipe da Veiga. *Controle social e governo de dados*. Katálysis. Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 409-418, set./dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*. 19 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 24 de julho de 2022.
- BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas (Org.) *Tecnopolíticas de vigilância: perspectivas da margem*. 1. ed. São Paulo : Boitempo, 2018.
- ENGELMANN, Wilson; FROLICH, Afonso Vinício K. Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial: o papel dos algoritmos no processo de tomada de decisão. *Revista Jurídica (FURB)*. v. 24, n. 54, p. 1-27, mai./ago., 2020.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANGOI, Bernardo Girardi. A crise da jurisdição e a funcionalização do direito pela economia: a justiça e os números. *Revista de Direito*

- Brasileira*. São Paulo, SP. v. 18, n. 7, p. 214-229, set./dez. 2017.
- ISAIA, Cristiano Becker. As origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil. *In: Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/637l46sy/K53R88852yprfDJ7.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2022.
- LEE, Kai-fu. *Inteligência Artificial: como robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos e vivemos*. Trad. Marcelo Barbão. 1. Ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. *E-book*.
- MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao Direito*. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.
- MEDEIROS, Luciano Frontino de. *Inteligência artificial aplicada: uma abordagem introdutória*. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2018. *E-book*.
- 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*, São Paulo, v. 43, n. 285, p. 421-447, nov., 2018.
- NUNES, Dierle; MEDEIROS, Nathália. Inteligência artificial – litigantes habituais e eventuais. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniaio-tecnologia-direito-litigantes-habituais-eventuais>. Acesso em: 20 de julho de 2022.
- NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil. *In: Estudos em homenagem ao professor Marc Galanter*. YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henrique da; FRANCO, Marcelo Veiga (Coord.). 2021, No Prelo., 2021.
- O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Trad. Rafael Abraham. 1 ed. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020. *E-book*.
- REGATTIERI, Lorena Lucas; ANTOUN, Henrique. Algoritmização da vida e organização da informação: Considerações sobre a tecnicidade no algoritmo a partir de Gilbert Simondon. *Liinc em Revista*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 462-474, nov., 2018.
- ROSA, Alexandre Moraes da. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. v. 6, n. 02, e. 259, p. 1-18, set., 2019.
- RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Trad. Regina

- Célia Simille de Macedo. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. *E-book*.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS* — N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 75-100, 2010.
- SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Jurisdição e Inteligência Artificial. *Revista jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre*. v. 1. n. 1, p. 122-144, 2021. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/19/10>. Acesso em 24 de julho de 2022.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Responsabilidade algorítmica, personalidade eletrônica e democracia. *Revista Eptic*. v. 22, n. 2, mai/ago. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *E-book*.
- STRECK, Lenio Luiz; BERNST, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Inteligência Artificial: mesmos problemas, mas na versão hi-tech. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2021, vol. 13, n. 25, p. 333-342, ago./dez., 2021. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/404/276>. Acesso em: 19 de julho de 2022.
- VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas*. 2017. 150 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B5DPSA>. Acesso em: 24 de julho de 2022.

REFLEXÕES SOBRE A BUSCA PESSOAL: TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO RACIONAL DA MEDIDA⁴²¹

REFLECTIONS ABOUT THE STOP-AND-FRISK: ATTEMPT OF RATIONAL SYSTEMATIZATION OF THE MEASURE

Flávio Mirza

Professor Associado da UERJ e da UCP

Diogo Malan

Professor Adjunto da UERJ e Professor Associado da UFRJ

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os critérios utilizados para a feitura de busca pessoal no Brasil. Para esse propósito, o trabalho analisa o Direito Processual Penal norte-americano. Isso, porque, tanto nos EUA quanto no Brasil, reina imprecisão conceitual acerca dos critérios de execução da medida. E, não raro, sua execução se pauta em viés racial. No final do trabalho, são propostas algumas soluções e medidas, com vistas a racionalizar uma medida tão invasiva.

PALAVRAS-CHAVE: Busca Pessoal; Critérios; Racismo; Sistematização.

ABSTRACT: This article intends to analyze the criteria used to carry out a personal search in Brazil. For that purpose, the work analyzes the North American Criminal Procedural Law. This is because, both in the USA and in Brazil,

conceptual imprecision reigns regarding the criteria for implementing the measure. And, not rarely, its execution is based on racial bias. At the end of the work, some solutions and measures are proposed, with a view to rationalizing such an invasive measure.

KEYWORDS: Personal Search; Criteria; Racismo; Systematization.

INTRODUÇÃO

Os artigos 240, § 2^o⁴²² e 244⁴²³, ambos do Código de Processo Penal (CPP), regulam a chamada busca pessoal.

O problema está na expressão “fundada suspeita”, presente em ambos os artigos, autorizadora das buscas pessoais.

Com efeito, o laconismo, bem como a tessitura aberta, de cariz

⁴²¹ Artigo recebido em 09/09/2024 e aprovado em 07/10/2024.

⁴²² Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

(*omissis*)

§ 2^o Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

⁴²³ Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

equivoco, sempre causou espécie, notadamente no aspecto que fundamenta a medida, concorde com a dicção dos sobreditos dispositivos.⁴²⁴

Essa imprecisão conceitual, aliada a caldo cultural autoritário, perfaz o caminho para buscas pessoais aleatórias/abusivas, não raro baseadas em caracteres como a classe social e/ou a cor da pele. Desnudando, por conseguinte, o racismo existente em nossa sociedade.

O objetivo do presente artigo é, estudando a busca pessoal no Brasil e nos EUA, incluindo seu viés racial-sociológico, buscar *standards* objetivos para que a medida não continue a se degenerar em instrumento abusivo.

Não estudaremos a busca domiciliar, que exige mandado, mesmo sabendo que, durante sua execução, pode haver uma busca pessoal, caso a autoridade policial suspeite que a pessoa que está na casa esteja, p. ex., ocultando drogas ou dinheiro consigo. Ou seja, ficaremos circunscritos aos artigos 240, § 2º e 244, do CPP, e ao denominado “*stop-and-frisk*” do direito norte-americano, que guarda aproximação com a medida pátria. Excluiremos, outrossim, as hipóteses em que há consentimento voluntário do

cidadão em se submeter à revista pessoal (tanto nos EUA quanto no Brasil).

1. BUSCA PESSOAL E “STOP-AND-FRISK” (BRASIL E EUA)

Há um quê de lugar comum na afirmação de que o Código de Processo Penal brasileiro é autoritário.

Em verdade, não poderia ser diferente, haja vista, em sua gênese, ter sido inspirado no *Codice Rocco* da Itália fascista de Benito Mussolini, bem como ter sido elaborado na vigência do Estado Novo, durante a ditadura Vargas.⁴²⁵

Diante disso, sua leitura, hodiernamente, precisa passar por dupla filtragem, a saber, convencional e constitucional.⁴²⁶ E, nessa dupla filtragem, o sobredito artigo não se sustenta. Isso, porque, como bem leciona Nereu Giacomolli, não mais se legitima uma aplicação isolada do Código de Processo Penal.⁴²⁷

O Título VII, Capítulo XI, sob a rubrica “Busca e Apreensão”, trata, em verdade, de duas situações distintas. Isso, porque pode haver busca sem apreensão, e a segunda sem, necessariamente, ter havido a primeira.⁴²⁸

⁴²⁴ Cleunice Pitombo aduz, com razão, que a fundada suspeita é uma expressão “(...) ambígua e oca” (PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 137).

⁴²⁵ A propósito, MALAN, D. R. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-13.

⁴²⁶ No sentido do texto, é a lição de Nereu Giacomolli: “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo humanitário” (GIACOMOLLI, N. J. *O devido*

processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12).

⁴²⁷ Eis a sua lição: “Não mais encontram legitimidade o discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo quando arraigados no paradigma solitário e perfeito do arcabouço ordinário das regras do CPP, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamentos constitucionais e convencionais” (GIACOMOLLI, N. J. *Op. cit.*, p. 13-14).

⁴²⁸ Por todos, veja-se, no sentido do texto, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, com ampla citação de ordenamentos estrangeiros (PITOMBO, C. A. V. B. *Da*

Em verdade, Cleunice Pitombo, em obra de fôlego sobre o tema, chega a dizer, com razão, que é necessário desvincular a apreensão da busca.⁴²⁹

A busca pode ser pessoal ou domiciliar. A segunda exige mandado e a primeira não. Enquanto a busca domiciliar exige, como regra, autorização judicial, com expedição de mandado, após decisão fundamentada (ao menos em tese), a pessoal é pautada em mera suspeita. E, como se não bastasse, em regra, é realizada pelas forças policiais, nas ruas, sem controle ministerial e/ou judicial (*a priori*).⁴³⁰

Sua autorização, como se sabe, possui inquestionável imprecisão conceitual.

É de se repisar que, se durante busca domiciliar, a autoridade policial suspeitar que o indivíduo esconde algo em sua roupa, por exemplo, poderá proceder à busca pessoal.

Diante disso, haja vista a potencialidade para gerar desrespeito a direitos fundamentais, é necessário que a doutrina busque critérios racionais, a serem seguidos na consecução de medida assaz invasiva.

Entretanto, na falta deles, os Tribunais de Superposição (STJ e STF)⁴³¹ vêm se debruçando sobre o tema.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado, reiteradamente, que buscas pessoais, baseadas em fundadas suspeitas (conforme dicção dos artigos 240, § 2º e 244, ambos do Código de Processo Penal) precisam estar amparadas em critérios objetivos e justificados.⁴³² Isso ocorreu no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº. 158.580-BA, verdadeiro *leading case*.⁴³³

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, está em julgamento o *habeas corpus* nº. 208.420-SP, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em que se discute a validade de provas obtidas, após abordagem policial sem critério, ou melhor, baseada em filtragem racial.⁴³⁴

No que interessa ao presente estudo, vale destacar que o Ministro Edson Fachin se manifestou pela ilegalidade de medida de busca baseada na raça, cor da pele ou aparência física do suspeito.⁴³⁵

Diante desse cenário, cumpre refletir, de modo crítico, sobre tão intrincada *quaestio*.

Isso, porque, a toda evidência, buscas pessoais arbitrárias (não raro permeadas de racismo) não se enquadram na noção de Devido

busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88-91).

⁴²⁹ PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 91.

⁴³⁰ Em verdade, atribui-se ao executor (na maioria das vezes os policiais que estão em patrulhamento) a valoração do que seja a fundada suspeita (PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 137).

⁴³¹ Cândido Rangel Dinamarco utiliza a expressão “órgãos de superposição” (DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 382).

⁴³² STJ, 6ª Turma, RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 25.04.2022.

⁴³³ No *habeas corpus* nº. 779.155-SP, seguiu-se na mesma linha. Ou seja, o relator, abeberando-se no RHC nº. 158.580-BA, aduziu que a busca pessoal teria ocorrido “(...) com base na alegação genérica de que o acusado foi visto saindo de um terreno baldio conhecido pelos policiais como ponto de tráfico de drogas e se pôs em fuga tão logo notou a presença dos policiais no local, demonstrando nervosismo e atitude suspeita” (STJ, 5ª Turma, HC 779.155-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

⁴³⁴ STF, Pleno, HC 208.420-SP, Rel. Min. Edson Fachin.

⁴³⁵ *Ibidem*.

Processo Legal que pressupõe, ao fim e ao cabo, um *giusto processo*.⁴³⁶

Com efeito, a noção de Devido Processo Legal, petrificada no artigo 5º, LIV da Constituição da República, garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A observância do *due process of law* impõe limites à atuação estatal na persecução, notadamente quando se está, como no caso da busca pessoal, a ferir liberdades públicas.

Nos EUA, a SCOTUS (abreviação de *Supreme Court of the United States*), na década de 60, sob a presidência do Chief Warren, promoveu o que se denominou de constitucionalização do Processo Penal norte-americano.⁴³⁷

Joel Samaha, autor de viés crítico, chamou esse período de “*due process revolution*”.⁴³⁸ O referido professor, da Universidade do Minnesota, aduziu que “(...) *this revolution tilted the balance of power toward process and individual rights*”.⁴³⁹

Evidentemente, houve críticas, pois muitos entenderam ter ocorrido um afrouxamento na repressão aos delitos, deixando as vítimas desprotegidas.⁴⁴⁰

Nada obstante, é incontroverso que essa constitucionalização espalhou as garantias fundamentais do processo para os Estados da federação.⁴⁴¹ E, ao devido processo legal da XIV Emenda, a SCOTUS passou a considerar incorporadas praticamente *todas* as garantias processuais penais específicas da Declaração de Direitos.⁴⁴²

Nessa toada, foram incorporados à XIV Emenda: (i) os limites às buscas e apreensões (IV Emenda); (ii) as proibições de dupla persecução penal pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e autoincriminação compulsória (V Emenda); (iii) os direitos ao julgamento em prazo razoável, ao julgamento público, ao Tribunal do Júri imparcial, a ser informado da natureza e causa da acusação, ao confronto, à prova e à defesa técnica (VI Emenda); (iv) a proibição de punição cruel e incomum (VIII Emenda).⁴⁴³

No Brasil, o conteúdo normativo do devido processo legal proíbe, igualmente, dentre outras limitações, a realização de buscas pessoais desarrazoadas, pois sem base. Ou seja, pautadas em subjetivismos, não raro, eivados de cariz preconceituoso.

⁴³⁶ Acerca da noção de processo justo (*giusto processo*), veja-se: UBERTIS, G. Modelli processuali e giusto processo. In: _____. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000. p. 1-9.

⁴³⁷ LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Criminal procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 44-101.

⁴³⁸ SAMAHA, J. *Criminal procedure*. 6th. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005, p. 9.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Ibidem*.

⁴⁴² A única exceção é a exigência de acusação feita por um Tribunal do Júri de investigação (*grand jury*) para a

persecução penal de crimes *capitais* ou *infamantes* (V Emenda), que é inaplicável aos Estados Federados por força da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Hurtado v. California*.

⁴⁴³ Entretanto, a SCOTUS expressamente deixou de incorporar o direito à acusação (*indictment* ou *presentment*) feita por um Tribunal do Júri de investigação, ou *grand jury* (V Emenda). No que concerne ao direito ao julgamento por Conselho de Sentença, composto por cidadãos do Estado e Distrito da consumação do crime (VI Emenda), e a proibição de fiança e multa excessivas (VIII Emenda) não foram expressamente incorporados, nem afastados.

É lícito afirmar que o devido processo legal pressupõe um processo penal garantista.⁴⁴⁴ Ou seja, que respeite os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e que tenha seu desfecho em prazo razoável.⁴⁴⁵

No plano convencional, a noção de *fair trial*, plasmada no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, encontra paralelo no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴⁴⁶ pressupõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, submetidos ao Processo Penal.

Evidentemente, tais, delineados no plano convencional e constitucional, devem ser observados durante a fase das investigações preliminares (p.ex., investigação direta pelo Ministério Público, inquéritos policiais etc.). E, pelos agentes encarregados das agências de persecução, incluindo-se as forças policiais (tanto as que conduzem investigações quanto

aquelas que atuam no policiamento ostensivo).

No que diz respeito à busca pessoal, é correto afirmar que as forças policiais, que estão nas ruas, precisam dar o exemplo, sob pena de a população desacreditar em sua atuação. E, caso não o façam, é imperioso que o Poder Judiciário dê a resposta adequada, anulando elementos de prova, colhidos de modo arbitrário/autoritário.

Como sobredito alhures, a busca pessoal no Brasil possui enorme imprecisão conceitual, ficando, em verdade, ao alvedrio/arbítrio da autoridade que a realiza. E, infelizmente, pode se degenerar em abuso, que é crime, conforme leciona Espínola Filho.⁴⁴⁷

A doutrina, faz tempo, se debruça sobre o tema. E, anota a excepcionalidade da busca pessoal, como fez Câmara Leal,⁴⁴⁸ bem como sua extrema necessidade, ou seja, uma espécie de *ultima ratio*.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Referimo-nos, aqui, à Filosofia Garantista ou Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Aduz o italiano que o modelo garantista, impõe parâmetros de racionalidade, de justiça e de legitimidade na intervenção penal (FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7ª. ed. Roma: Laterza, 2002, p. 891).

⁴⁴⁵ Como o tempo, ou melhor, sua passagem, é inerente à noção de processo, não se está a sustentar um transcurso relâmpago, pois a defesa precisa de tempo para ser exercida. No sentido do texto, veja-se a lição de Aury Lopes e Gustavo Badaró: “Ressalte-se, porém, que o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido, simplesmente, como o direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo. Ou seja, o processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para se respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a busca de celeridade não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado” (LOPES JR., A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao processo penal no prazo*

razoável. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44).

⁴⁴⁶ O Decreto nº. 678, de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁴⁴⁷ Adverte o processualista que, embora haja alguma discricionariedade na busca pessoal, não se a confunde com “(...) com o abuso e o excesso de poder, pelo qual responde, até criminalmente, a autoridade que se exorbita” (ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. III*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 204).

⁴⁴⁸ Eis as suas palavras: “(...) dada a inviolabilidade da liberdade pessoal, a busca só poderá ser concedida em casos especiais, expressamente definidos em lei, e sem um legítimo motivo legal, devidamente comprovado, não se permite a busca e apreensão” (LEAL, A. L. C. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro, vol. I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 92).

⁴⁴⁹ Assim se manifestou João Mendes de Almeida Júnior: “(...) a regra, neste caso, é sempre a extrema

Hodiernamente, não é diferente.

Gustavo Badaró assevera, com razão, após criticar a fundada suspeita, que se está diante de uma situação a espelhar “(...) estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto seguro”.⁴⁵⁰

Em verdade, deixa-se, na prática, ao subjetivismo da autoridade (policia), que realiza a busca pessoal, a aferição, no caso concreto, da existência da “fundada suspeita”. E, evidentemente, pode se estar diante de ato arbitrário.⁴⁵¹

Trata-se de cânone equívoco, a legitimar critério subjetivo de execução da medida que, a toda evidência, tem o potencial de violar liberdades públicas.⁴⁵²

Nos EUA, como vimos, desde a década de 60, ao ensejo da constitucionalização do Processo Penal norte-americano, a SCOTUS impôs limites às buscas. Entretanto, por óbvio, não as vedou.

A questão fulcral encontra-se na proteção conferida pela IV Emenda,⁴⁵³ ou melhor, na interpretação dessa proteção. É dizer: em que situações o Estado está autorizado a invadir a esfera de direitos individuais dos cidadãos, realizando buscas (pessoais)?

necessidade, máxime nos casos que pedem a maior reserva e o emprego de meios intermediários que a decência e as suscetibilidades legítimas impõem” (ALMEIDA JÚNIOR, J. M. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 70).

⁴⁵⁰ BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 516.

⁴⁵¹ No sentido do texto, PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 137.

⁴⁵² No sentido do texto, porém falando, mais especificamente, em eventual violação à intimidade, veja-se PITOMBO, C. A. V. B. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁵³ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be

Como anotam Ronald Jay Allen e outros, a IV Emenda “(...) *plays two key roles in the American legal order*”.⁴⁵⁴

O primeiro papel fundamental é o de proteção da privacidade e, o segundo, diz respeito não aos interesses tutelados, mas, sim, à regulação dos atores envolvidos. Ou seja, a proteção da IV Emenda aplica-se a todos os agentes governamentais, “(...) *but it is almost always enforced against police officers*”.⁴⁵⁵

Historicamente, há certo consenso, no sentido de que a IV Emenda teria se originado a partir de dois casos na Inglaterra e um nas colônias (atual EUA), mais precisamente na colônia de Massachusetts, no século XVIII.⁴⁵⁶

Como se nota, numa primeira mirada, a tessitura do texto em comento (IV Emenda) é aberta e imprecisa, ao condicionar as buscas à *probable cause*. Ou seja, a uma causa provável para tanto.

A rigor, é correto afirmar que a jurisprudência norte-americana sempre teve dificuldades em configurar/definir o conceito de *probable cause*.⁴⁵⁷

Ab initio, nos EUA, é preciso distinguir duas situações diferentes, a

violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (Amendment IV).

⁴⁵⁴ ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Comprehensive criminal procedure*. 5th. ed. New York: Wolters Kluwer, 2020, p. 315.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 315 e ss.

⁴⁵⁶ ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Op. cit.*, p. 316 e ss.

⁴⁵⁷ No sentido do texto, com ampla citação jurisprudencial sobre o tema, confira-se: ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Ibidem*, p. 449-460.

saber: *i) stop-and-frisk* e *ii) busca com mandado judicial (search and warrant)*.

Como afirmado, nossa análise circunscrever-se-á à primeira situação (*stop-and-frisk*).

No primeiro caso, “*stop-and-frisk*”, caso um policial suspeite (*reasonable suspicion*) que um indivíduo esteve, está ou está prestes a se envolver em alguma atividade criminosa, pode pará-lo. E, caso suspeite que o cidadão é perigoso e/ou porta uma arma, pode revistá-lo. Tal deve ocorrer de modo rápido e nas partes exteriores da vestimenta do indivíduo.

Trata-se de prática, como bem disseram Ronald Jay Allen e outros, de contexto “(...) *very familiar to the criminal process – the street encounter between a police officer and a citizen*”.⁴⁵⁸

O caso paradigma, que suporta tal medida, foi julgado pela SCOTUS em 1968.

Trata-se do *case Terry v. Ohio*⁴⁵⁹, julgado em momento político conturbado, pois se estava em plena Guerra do Vietnã (1959–1975), da qual os EUA participaram, ativamente, entre os anos de 1965 e 1973. E, como se não bastasse, em 1968, houve considerável

onda de tumultos e revoltas em diversas cidades norte-americanas, incluindo-se a capital (Washington DC), pela morte de Martin Luther King (em 04 de abril de 1968, em Memphis, no Tennessee).

É importante mencionar que, tradicionalmente, na Inglaterra, os policiais e os chamados vigilantes (ou vigias), eram autorizados a prender quem estivesse caminhando à noite, em atitude suspeita. A rigor, qualquer pessoa poderia fazê-lo.⁴⁶⁰

Antes do sobredito julgamento (*Terry v. Ohio*), realizou-se, nos EUA, no final dos anos 1930 e início dos 1940, estudo sobre a maneira como as prisões eram realizadas.

A consequência foi a elaboração do *Uniform Arrest Act*, que dentre outras medidas, autorizava a polícia a parar uma pessoa, por período não superior a duas horas, desde que houvesse razoável suspeita de cometimento de crime.

Autorizava, outrossim, busca pessoal, caso o policial suspeitasse que o indivíduo portava armas.⁴⁶¹

Alguns Estados norte-americanos adotaram, em 1941, o *Uniform Arrest Act*, p. ex., New Hampshire, sendo seguidos, em 1951,

two of which were “questioning and detaining suspects” and “searching suspects for weapons” (Warner, 1942, p. 317). Section 2 of the Uniform Arrest Act provided: “A peace officer may stop any person abroad whom he has reasonable ground to suspect is committing, has committed or is about to commit a crime. The total period of detention provided for by this section shall not exceed two hours” (Warner, 1942, pp. 320–321). Additionally, Section 3 of the Act stated that an officer was permitted to conduct a “search for a dangerous weapon ... whenever he has reasonable ground to believe [a person stopped or detained for questioning] ... possesses a dangerous weapon” (Warner, 1942, p. 325)” (FRADELLA, H. F. e WHITE, M. D. Op. cit., p. 46-47).

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 550.

⁴⁵⁹ 392 US 1 (1968).

⁴⁶⁰ FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Reforming stop-and-frisk. *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, v. 18, n. 03, p. 45-65, 2017.

⁴⁶¹ “In 1939, the Interstate Commission on Crime authorized a study to examine how arrests were made across the United States. The study examined the feasibility of creating a model law that states could adopt to harmonize arrest practices across the country and to bring the actions of police into alignment with constitutional standards (Warner, 1942). Once drafted, that model law became known as the Uniform Arrest Act. Its provisions dealt with nine types of police-initiated contacts with citizens, the first

por Delaware.⁴⁶² Entretanto, outros Estados, posto que autorizando o *stop-and-frisk*, adotaram modelos diversos. Tal fato levou a variações consideráveis sobre os critérios que permitiriam a busca pessoal.⁴⁶³

Finalmente, em 1968, a SCOTUS proferiu três importantes julgamentos sobre o tema nos casos *Terry v. Ohio*, *Sibron v. New York*⁴⁶⁴ e *Peters v. New York*⁴⁶⁵ (os dois últimos complementares ao primeiro).

A SCOTUS procurou estabelecer parâmetros constitucionais, sob a égide da IV Emenda, legitimadores da busca pessoal, pela polícia. Ou seja, do ato de parar e revistar um cidadão.

Na conformidade do acima mencionado, o caso paradigma é o *Terry v. Ohio*.

Nele, o policial McFadden, um veterano (com 39 anos nas fileiras policiais, em Cincinnati), notou que dois indivíduos (Terry e Chilton) iam e voltavam, pela mesma rota, alternadamente, observando a mesma vitrine de uma joalheria. Fizeram esse movimento por 24 vezes (a questão fática é importante para o entendimento). Ao terminarem uma rota, juntavam-se a um terceiro indivíduo (Katz). E, conversavam. Ato contínuo, Katz saía rapidamente.

Vislumbrando *reasonable suspicion*, ou seja, suspeitando que praticariam um roubo, McFadden os

seguiu e, quando se juntaram a Katz a alguns quarteirões de distância, em frente a uma loja, o primeiro se identificou como policial, perguntando seus respectivos nomes. Eles murmuraram algumas palavras e McFadden revistou Terry, tendo encontrado uma arma que não conseguiu apreender. O policial ordenou, então, que os três entrassem numa loja. Ao revistar as roupas, McFadden encontrou, no bolso externo do sobretudo de Chilton, uma arma. Gize-se que ele só fez isso após perceber a arma. Os três foram então encaminhados à delegacia e acusados de portar/transportar armas escondidas (ilegalmente).

No caso (*Terry v. Ohio*), o ponto nodal decidido pela SCOTUS foi no sentido de que a parada (*stop*) de uma pessoa se justifica, sempre de modo apropriado e em condições apropriadas, diante de um comportamento possivelmente criminoso, mesmo que não haja razões para efetuar prisão (*probable cause to arrest*). E a posterior revista (*frisk*), não precisa estar amparada na certeza de que o revistado está armado. Seria necessário, tão somente, que, no caso concreto, um policial razoavelmente prudente supusesse que a sua segurança e/ou a de outros estivesse em risco.⁴⁶⁶

O ponto crucial do caso reside no fato da existência (ou não) de

protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime. The officer need not be absolutely certain that the individual is armed; the issue is whether a reasonably prudent man, in the circumstances, would be warranted in the belief that his safety or that of others was in danger”.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶⁴ 392 US 40 (1968).

⁴⁶⁵ 392 US 40 (1968).

⁴⁶⁶ Eis, a propósito, as palavras do Chief Justice Earl Warren: “There must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the

justificativa na ação, de parar e, posteriormente, revistar Terry, pelo policial (McFadden), violando seus direitos.

Trata-se de equação de hercúleo balanceamento e que, ao que parece, não foi balanceada.

Com efeito, os que são favoráveis aduzem que: *i)* há interesse estatal em investigar crimes e *ii)* o policial não sabe se a pessoa está armada (ou não), quando a aborda, e não seria aceitável que o policial, ou outra pessoa, viessem a ser vitimados (o que seria evitado, caso se realizasse a revista). Os partidários dessa corrente aduzem, evidentemente, que a ação do policial deveria ser justificada, mas não fornecem critérios. A rigor, fica ao talante do caso concreto.

Noutro giro, há crítica no sentido de que a *stop-and-frisk*, se realizada indiscriminadamente, pode: *i)* levar à violação sistemática das liberdades públicas e *ii)* degenerar-se em abuso policial, notadamente contra pretos e pobres.

O Manual da Polícia de Nova York, elaborado pós-*Terry v. Ohio* e seguindo suas diretrizes, aduz que um policial só pode parar um cidadão se houver suspeita razoável (“*reasonable suspicion*”) de que ele cometeu, ou está prestes a cometer, um crime. Não basta o mero palpite (“*hunch*”) de que a pessoa está fazendo algo errado. Ou seja, a medida invasiva deve estar

amparada em fatos específicos que a justifiquem.⁴⁶⁷

Segundo o Manual, mesmo que o policial receba delação anônima de que determinada pessoa porta uma arma, não poderá proceder ao *stop-and-frisk*, salvo se ele observar, por si mesmo, algum comportamento suspeito. Ou seja, as duas conjunturas (delação anônima e comportamento suspeito), por ele observadas, devem estar presentes.⁴⁶⁸

Interessante ressaltar que a revista não pode ser feita no corpo inteiro, pois “*It is only a self-protective procedure which is utilized to feel for weapons.*”⁴⁶⁹

Ainda segundo o Manual, quando a revista é concluída e os temores do policial são abrandados, ele não pode continuar a revista.⁴⁷⁰ Ou seja, o aspecto temporal é fator importante.

Nessa toada, no caso *Rodriguez v. United States* (de 2015)⁴⁷¹, a SCOTUS entendeu que houve excesso do policial, pois, após o *Terry stop*, ele colocou seu cão para cheirar/revistar o suspeito, excedendo o tempo razoável de parada. No caso, ao parar um suspeito num veículo o normal/típico seria: “*(...) such inquiries involve checking the driver’s license, determining whether there are outstanding warrants against the driver, and inspecting the automobile’s registration and proof of insurance*”. Segundo a decisão não unânime⁴⁷², que citou os precedentes *Caballes* e

⁴⁶⁷ KAMINS, B. *New York City Police Department patrol guide manual*. Charlottesville: LexisNexis, 2006, p. xxi.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. xxi.

⁴⁷¹ 135 S. Ct. 1609 (2015).

⁴⁷² Frise-se que os *Justices* Anthony Kennedy e Samuel Alito discordaram. O *Justice* Alito, após defender a conduta do policial que, inclusive, esperou reforço para proceder ao *sniff dog*, disse que: “*It is unlikely to have any appreciable effect on the length of future traffic stops*”.

Johnson, porém demonstrando a diferença entre elas e o caso Rodriguez, um policial pode realizar verificações ao parar um indivíduo num veículo, mas por tempo razoável, à míngua da existência de suspeita razoável que justifique sua detenção.⁴⁷³

É importante mencionar que a possibilidade de revistar (*frisk*) um suspeito, não está ligada ao direito de pará-lo (*stop*). Ou seja, uma não decorre, automaticamente, da outra. É preciso que haja fundada suspeita de que o suspeito porta uma arma. A única exceção ocorre caso haja suspeita de que o indivíduo tenha cometido um crime violento.⁴⁷⁴

Note-se que nem estar na cena de um crime justifica, igualmente, uma revista, mesmo que o policial tenha, por exemplo, parado um indivíduo por ter cometido uma infração de trânsito, como explicitado acima.⁴⁷⁵

Desde o início dos anos 1980, sob o manto da IV Emenda e do *Terry case*, houve notável expansão das práticas de parar e revistar.

No Brasil, as revistas sempre se mostraram, igualmente, como práticas corriqueiras, notadamente entre os mais vulneráveis.

2. NA FALTA DE CRITÉRIOS, UM QUÊ DE RACISMO.

Ficou claro que ambos os modelos de busca pessoal (EUA e Brasil) carecem de critérios objetivos e claros. E, na falta deles, cresce a discricionariedade e o arbítrio.

Como bem assinalaram Vincent F. Sacco e Leslie W. Kennedy, “*The discretionary aspects of policing strongly affect which events will be targeted and acted on. No group is more influential than the police in designating crime events*”.⁴⁷⁶

A rigor, sempre que um fato, supostamente criminoso, chama a atenção das forças policiais, sua autoridade é invocada, visando a justificar sua intervenção. Nessa situação, certo grau de discricionariedade aparece.⁴⁷⁷ E, com a busca pessoal, isso não é diferente.

Lamentavelmente, a sociedade brasileira, de um modo geral, não acredita na polícia.⁴⁷⁸

Nos EUA, a situação não é muito diferente.

Ainda colônia inglesa, no século XVII, não havia uma polícia organizada.

⁴⁷³ Eis o trecho da decisão: “*An officer, in other words, may conduct certain unrelated checks during an otherwise lawful traffic stop. But contrary to Justice Alito’s suggestion, post, at 4, n. 2, he may not do so in a way that prolongs the stop, absent the reasonable suspicion ordinarily demanded to justify detaining an individual*”.

⁴⁷⁴ KAMINS, B. *Op. cit.*, p. xxii.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. xxii.

⁴⁷⁶ SACCO, V. F.; KENNEDY, L. W. *The criminal event: An introduction to Criminology*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996, p. 28.

⁴⁷⁷ No sentido do texto, Sacco e Kennedy: “*When an event comes to their attention, the police may invoke*

a wide array of discretionary powers (for example, collecting evidence, investigating the claims of the victim(s), and arresting the offender or offenders). In short, the police have the power to “certify” an event as a crime by assessing the match between the event as they understand it and their working knowledge of what the law disallows” (*Op. cit.*, p. 29).

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/11/05/confianca-na-policia-cai-proxima-a-de-partidos-no-pais.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2023.

Havia, sim, dois sistemas de aplicação da lei.

O primeiro, em linhas gerais, era baseado no controle interno, dentro de uma pequena comunidade, onde todos se conheciam e/ou tinham grau de parentesco. Logo, seria fácil identificar e punir um criminoso. Esse sistema funcionou bem nos medievos, antes do crescimento populacional/urbanização nas cidades.

O segundo, de caráter suplementar, era baseado na “(...) *traditional English structure of local courts and government*.”.⁴⁷⁹ Nele, a aplicação das normas penais “(...) *was the duty of sheriffs and local constables, aided at their request by anyone within earshot of a call for assistance*.”.⁴⁸⁰

Os anos se passaram e a América do Norte colonial experimentou considerável avanço, passando de uma sociedade primitiva a uma complexa.

Evidentemente, nessa toada, surgiram os problemas da urbanização e do crescimento populacional.⁴⁸¹ Isso fez com que “*Law enforcement, like the law itself, became more formal and more in accord with English models*.”.⁴⁸²

No século XVIII, em 1776, houve a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, com a rebelião das antigas colônias inglesas.

Formou-se, então, uma nova nação, baseada nos princípios do Iluminismo.⁴⁸³ E, nessa linha, vieram novas maneiras de lutar contra os seculares problemas do sistema de administração da justiça criminal.⁴⁸⁴

Importante mencionar que o século XVIII foi um momento de desenvolvimento dos direitos processuais dos acusados, como, p. ex., o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).⁴⁸⁵

Com a Independência, os últimos vestígios do controle britânico sobre o Direito norte-americano foram expurgados. Mas, o domínio britânico cobrou seu preço, e se observaram suspeitas/desconfianças na autoridade do Executivo (do governo).

A rigor, somente após 1789 se pode falar num efetivo governo nacional.

De todo modo, a reforma na seara penal, que caminhava a passos de cágado, era “(...) *an immediate need to protect the individual rights of the people against governmental oppression*.”.⁴⁸⁶

No final do século XIX/início do século XX, os EUA eram um País com grande parque industrial, urbanizado e densamente povoado. Isso incluía muitos imigrantes, cujos valores conflitavam com a cultura anglo-saxã protestante. Esse cenário produziu uma sensação de incerteza e desordem. Tal

⁴⁷⁹ JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *History of criminal justice*. 3rd. ed. Cincinnati: Anderson Publishing, 2003, p. 123-129.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁸¹ Herbert Alan Johnson e Nancy Travis Wolfe aduzem: “*American colonial development in the seventeenth century was extraordinarily rapid, moving by 1700 from primitive settlement conditions to a complex society experiencing some of the ills of overpopulation and urbanization*” (*Op. cit.*, p. 130).

⁴⁸² JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *Op. cit.*, p. 131.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁸⁴ Relatam Nancy Travis Wolfe e Herbert Alan Johnson que: “*The new group of independent states and the federal government were soon to provide the world with ample cause to admire American ingenuity and inventiveness in dealing with the age-old problems of criminal justice*” (*Op. cit.*, p. 154).

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 173.

fez com que se clamasse por uma intervenção governamental mais aguda na repressão aos delitos. Isso porque a população acreditava que havia uma epidemia de crimes.⁴⁸⁷

Essa agitação chegou ao ponto de fazer com que Samuel Untermyer, um prestigiado advogado, pedisse a abolição das IV e V Emendas da Constituição dos EUA.⁴⁸⁸

Criou-se, *in casu*, “(...) a tough law-and-order atmosphere and nourished a growing police that continued from the 1920s through the 1950s (Walker 1980)”.⁴⁸⁹

Ressalta Lewis R. Katz que a intrusão governamental na vida privada e os correlatos aspectos envolvendo más condutas policiais não datam de agora. Ao contrário, tem mais de duzentos anos, remontando ao fim do domínio britânico e à formação dos EUA.⁴⁹⁰

Alex Vitale faz interessante estudo histórico sobre a polícia, desde a escravidão até a modernidade, demonstrando que, mesmo com as reformas, o policiamento tem falhado na manutenção da segurança dos cidadãos.⁴⁹¹

Essa falha, infelizmente, atinge de modo mais impiedoso os pretos.

Com efeito, no início dos anos 90, em Los Angeles, quatro policiais brancos, que mataram um motorista preto (Rodney King, em 1991), foram absolvidos. Tal fato gerou a revolta de 1992, que vitimou 50 pessoas e deixou mais de 2.000 feridas.⁴⁹²

Recentemente, em maio de 2020, a morte de George Floyd desencadeou nova onda de reflexões e revolta.⁴⁹³

Jamelia Morgan critica a *Terry doctrine* e o uso de força excessivo pela polícia contra minorias, com ampla citação doutrinária, destando a questão racial dentro do sistema de administração de justiça criminal dos EUA, notadamente no que diz respeito à atividade policial.⁴⁹⁴ Destacou, ainda, a ação discriminatória da polícia, com o uso de força excessiva, contra pessoas pobres e pretas, produzindo uma criminalização em massa dessa parcela da população.⁴⁹⁵

A autora destaca ainda que o viés racista e autoritário das forças policiais, contra os desfavorecidos e afro-americanos, é uma forma de controle social, na medida em que as pessoas suspeitas/perigosas seriam elas.⁴⁹⁶

⁴⁸⁷ No sentido do texto, SAMAHA, J. *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ KATZ, L. R. Reflections on search and seizure and illegally seized evidence in Canada and the United States. *Canada-United States Law Journal*, v. 3, p. 103-138, 1980.

⁴⁹¹ VITALE, Alex S. *The end of policing*. Nova York: Verso, 2017.

⁴⁹² Disponível em: <<https://www.cnn.com/2013/09/18/us/los-angeles-riots-fast-facts/index.html>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹³ Disponível em: <<https://www.cnn.com/2021/05/23/health/george->

[floyd-death-anniversary-coping-wellness/index.html](https://www.cnn.com/2021/05/23/health/george-floyd-death-anniversary-coping-wellness/index.html)>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹⁴ MORGAN, J. Disability’s Fourth Amendment. *Columbia Law Review*, v. 122, n. 2, p. 489-580, 2022.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 496. Como se não bastasse, baseada no estudo de Devon Carbado, aduz: “Beyond this, critical race theorists have documented the manner in which policing and legal doctrine construct racialized suspicion while at the same time omitting consideration of the experiences of racial minorities as policed subjects in Fourth Amendment jurisprudence”. *Ibidem*, p. 497.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 511.

A toda evidência, a violência policial se faz mais presente contra a população pobre e preta.

Em interessante estudo sobre a polícia de Nova York, abrangendo o período de 1975 até 1996, mais precisamente sobre policiais que foram demitidos (ou aposentados/retirados) das fileiras policiais por má conduta, incluindo-se, aqui, a violência policial, James J. Fyfe e Robert Kane demonstram que os baixos números encontrados, devem-se, dentre outras razões, à dificuldade na prova de tais brutalidades.⁴⁹⁷

É importante repisar que a violência policial e a consequente desconfiança da população, notadamente os pretos e pobres, nas forças policiais, estão umbilicalmente ligadas à questão racial.

Nessa toada, atestam Sacco e Kennedy que “*In a study of police responses to interpersonal violence, Smith (1987) found that police officers are less likely to employ solutions in situations that involve African-American (...)*”.⁴⁹⁸ Ou seja, a polícia “lava as mãos”.

No Brasil, não é muito diferente.

É correto afirmar que o aparelho repressivo policial age de modo mais duro contra a população preta e pobre. E isso inclui a busca pessoal.

Na obra “Bala perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação” essa situação é muito bem retratada.⁴⁹⁹

Mas, por que isso ocorre?

Pensamos que duas ordens de fatores, umbilicalmente ligados, podem ajudar a explicar.

O primeiro seria o racismo, existente tanto nos EUA quanto aqui, em *terrae brasilis*.

O racismo é, em apertada definição, a discriminação, o preconceito e a exclusão social de pessoas com base na cor de sua pele.⁵⁰⁰ E, deita suas raízes desde muito tempo.

Como bem assevera Djamilia Ribeiro, logo na introdução do seu “Pequeno manual antirracista”, “(...) É fundamental trazer a perspectiva histórica e começar pela relação entre escravidão e racismo, mapeando suas consequências”.⁵⁰¹

A autora aduz, com razão, que a Constituição do Império (de 1824) garantia a educação para todos, mas os pretos escravos não a podiam frequentar.⁵⁰²

Na segunda metade do século XX, Florestan Fernandes conduziu importante estudo em que concluiu que, ainda nos anos de 1970, a população negra estava submetida a importante exclusão social, iniciada pós-abolição.

⁴⁹⁷ Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/215795.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁴⁹⁸ Sacco e Kennedy, *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁹⁹ KUCINSKI, B. *et alii*. *Bala perdida: A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015.

⁵⁰⁰ Silvio Almeida define o racismo como “(...) uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de

práticas conscientes ou inconscientes que culminaram em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem” (ALMEIDA, S. L. *O que é racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25).

⁵⁰¹ RIBEIRO, D. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 9.

⁵⁰² *Ibidem*.

E, imbricada a essa exclusão, vem o racismo.

Com bem salienta Silvio Luiz de Almeida, o racismo possui cariz sistêmico. Ou seja, não é um ato discriminatório apenas (ou um conjunto deles), como, p. ex., uma abordagem policial de um preto. Trata-se, em verdade, “(...) de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas”.⁵⁰³

Evidentemente, numa sociedade racista as instituições, que materializam a estrutura social vigente também o serão.⁵⁰⁴ E não seria diferente com a polícia, enquanto instituição.

O segundo reside no fato de que a cultura⁵⁰⁵ policial ainda está impregnada de forte cariz autoritário.

Com efeito, Alex Vitale aduz que a cultura policial, nos EUA, apresenta forte componente racial. Eis as suas palavras: “*This form of policing is based on a mindset that people of color commit more crime and therefore must be subjected to harsher police tactics.*”.⁵⁰⁶

⁵⁰³ ALMEIDA, S. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 36.

⁵⁰⁵ Há diversos conceitos de cultura. A propósito, veja-se: “(...) it (culture) denotes an historically transmitted pattern of meanings embodied in symbols, a system of inherent conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate, and develop their knowledge about and attitudes toward life” (GEERTZ, C. *The interpretation of cultures: Selected essays*. New York: Basic Books, 1973, p. 12). Ou, como diz Edgar Schein: “*The culture of a group can now be defined as a pattern of shared basic assumptions that the group learned as it solved its problems of external adaption and internal integration, that has worked well enough to be considered valid and, therefore, to be taught to new members as the*

No mesmo sentido, em interessante trabalho monográfico, com ampla colheita de dados, Eugene A. Paoline demonstra que tanto os policiais que estão na rua quanto os que estão em trabalhos de supervisão, ou seja, administrativos, se valem desse caldo cultural para legitimar o uso da força.⁵⁰⁷

No Brasil, os dados sobre a violência policial contra a população preta são expressivos.⁵⁰⁸

Em importante estudo, a Rede de Observatórios de Segurança, após mapear diversos estados brasileiros, concluiu que a população preta é o principal alvo da polícia.⁵⁰⁹

3. CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL: NAS PEGADAS DE UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO.

É correto afirmar, a essa altura, que tanto no Brasil quanto nos EUA, não há critérios precisos e/ou seguros para se determinar quando um indivíduo pode ter seus direitos violados por uma busca pessoal.

Com efeito, nos EUA, para que se conduza “(...) a search or a seizure within the meaning of the Fourth Amendment is

correct way to perceive, think, and feel in relation to those problems” (SCHEIN, E. H. *Organizational culture and leadership*. San Francisco: Josey Bass Publishers, 1992, p. 12).

⁵⁰⁶ VITALE, A. *Op. cit.*, p. 08.

⁵⁰⁷ PAOLINE, E. A. *Attitudes of police: Implications for police culture*. Ann Arbor: UMI, 2000, p. 197.

⁵⁰⁸ Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/11/20/negros-tem-4-vezes-mais-chance-de-sofrer-violencia-policial-do-que-brancos-nas-abordagens.ghtml>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁰⁹ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/estudo-revela-que-pessoas-negras-sao-principal-alvo-da-policia/>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

probable cause.”⁵¹⁰ Ou seja, exige-se causa provável que é um *standard* probatório impeditivo (ao menos em tese) de arbitrios.

Entretanto, em *Terry v. Ohio* a SCOTUS, entendendo haver intervenções menos invasivas do que uma busca completa (p. ex., parar um veículo suspeito), criou o *standard* da suspeita razoável (*reasonable suspicion*). Nas palavras de Worrall, “(...) *something below probable cause but above a hunch*”.⁵¹¹

Nada mais nebuloso.

Ronald Jay Allen e outros, coonestando opinião majoritária, lecionam que no *Terry case* não se estabeleceu o padrão da suspeita razoável para aplicação em outros casos. E, que, assim como a *probable cause* (da IV Emenda), a suspeita razoável não tem precisão conceitual.

Os casos deveriam, então, ser decididos considerando todas as circunstâncias relativas aos *cases* que envolvam a IV Emenda.⁵¹² Ou seja, caso a caso.

No Brasil, nada muito distante.

Isso porque a fundada suspeita tem sido usada de modo arbitrário, a justificar buscas exploratórias baseadas, não raro, na cor da pele.

Nada mais racista.

Aliás, manifestação inequívoca de racismo estrutural.⁵¹³

Sob o aspecto prático, a primeira solução que se pode alvitar é o uso de câmeras pelos policiais, medida já existente nos EUA e alguns Estados brasileiros.

O próprio Superior Tribunal de Justiça defendeu seu uso, ao ensejo do julgamento do HC nº. 598.051-SP.⁵¹⁴

Mas, não é só.

O ideal seria que cada policial, antes de fazer uma abordagem, justificasse, para que ficasse gravado/filmado, quais fatos concretos ensejaram sua suspeita.

Assim, por exemplo, a suspeita teria se dado pelo fato de os vidros de determinado carro serem escuros, e/ou os ocupantes do veículo não os terem aberto e acendido a luz interna, ou, ainda, o veículo, a princípio, por avarias, não estaria em condições de trafegar.

Gize-se que são apenas exemplos.

Entretanto, o mais importante seria o policial deixar registrado o motivo de sua suspeição. E, como se não bastasse, que a abordagem fosse realizada de modo condizente com os direitos humanos. Ou seja, educadamente.

Isso poderia contribuir para resgatar a confiança da população nas forças policiais.

Sob o viés social e racial, o problema é mais complexo. Isso,

⁵¹⁰ WORRALL, J. L. *Criminal procedure: From first contact to appeal*. 3rd ed. New Jersey: Pearson, 2010, p. 86.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 87.

⁵¹² Eis a lição: “*Though the majority opinion in Terry never used the phrase, “reasonable suspicion” has come to define the legal standard applied to Terry-style encounters. Like the probable cause standard, the “reasonable” or “articulable suspicion” standard*

has never been given a precise definition. It is yet another of those “consider-all-the-circumstances” inquires found throughout Fourth Amendment case law” (ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Op. cit.*, p. 571).

⁵¹³ Sobre o racismo estrutural, por todos, ALMEIDA, S. L. *Op. cit.*, p. 36-40.

⁵¹⁴ STJ, 6ª Turma, HC 598.051-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 15.03.2021.

porque, não raro, o preconceito é velado e/ou negado.

Como dizia Oscar Chase, o processo é um fenômeno cultural.⁵¹⁵

Tal afirmação pode ser estendida para a persecução penal como um todo, em que a busca pessoal é um incidente que pode ocorrer. E mudar a cultura é algo demorado e leva tempo. Anos de cultura autoritária não desaparecerão com uma canetada.

Seria necessária uma educação de todos, haja vista ser a polícia um reflexo da sociedade, que enfatizasse a necessidade de conferir eficácia concreta aos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, os direitos humanos não podem ser usados, aqui e acolá, como alegorias, a adornar discursos vazios, justificadores de práticas autoritárias.

Entretanto, tal política, baseada na dignidade da pessoa humana e no primado dos direitos fundamentais, haveria de recuperar a confiança da sociedade na polícia.

Isso, porque os suspeitos, passíveis de busca pessoal (*stop-and-frisk*), não seriam, tão somente, os pretos e pobres.

Manifestando-se como *amicus curiae* no *Terry case*, a NAACP Legal Defense Fund advertiu para o risco de se legitimar a *stop-and-frisk* de modo indiscriminado, pois poderiam aumentar os casos de violência policial, notadamente entre os mais desfavorecidos e os pretos.

Alfim, “*Speaking bluntly, we believe that what the ghetto does not need is more stop and frisk*”.⁵¹⁶

Aliás, tal problema (sobre quem seriam os suspeitos) não passou despercebido pelo Chief Warren, ao ensejo do julgamento do caso *Terry v. Ohio*.⁵¹⁷

Gize-se, nessa toada, a posição do *Justice Douglas* que, após discordar da diferenciação realizada (entre *probable cause* e *reasonable suspicion*), afirmou que, em verdade, o que houve foi uma busca sem mandado. E, portanto, medida inconstitucional, à luz da IV Emenda.

A manifestação aduz ainda que, ao fim e ao cabo, o policial teria mais poder que um Juiz. E que coonestar a ação de *McFadden* seria um passo rumo ao totalitarismo.⁵¹⁸

É de se esperar, pois, que as buscas pessoais não mais sejam

⁵¹⁵ Ensina Oscar G. Chase que a maneira pela qual se resolvem os conflitos (e o processo penal é uma delas) é “(...) *the result of conscious and unconscious choices that are made within the constraints of the knowledge, beliefs, and social structure available to it*” (CHASE, O. G. *Law, culture, and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 1). Nessa toada, é, pois, correto afirmar que a busca pessoal, enquanto instrumento da persecução penal, também está submetida, como dissemos, a condicionantes culturais.

⁵¹⁶ MEARES, T. The law and social science of stop and frisk. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 10, p. 335-352, 2014.

⁵¹⁷ Eis as suas palavras: “*We would be less than candid if we did not acknowledge that this question thrusts to the fore difficult and troublesome issues regarding a sensitive area of police activity—issues which have never before been squarely presented to this Court. Reflective of the tensions involved are the practical and constitutional arguments pressed with great vigor on both sides of the public debate over the power of the police to “stop and frisk”—as it is sometimes euphemistically termed— suspicious persons*”.

⁵¹⁸ “*To give the police greater power than a magistrate is to take a long step down the totalitarian path. Perhaps such a step is desirable to cope with modern forms of lawlessness. But if it is taken, it should be the*

focadas na população preta e que possuam critérios mais objetivos e verificáveis (via câmeras instaladas nas vestes dos policiais).

REFERÊNCIAS

- ALLEN, R. J.; HOFFMANN, J. L.; LIVINGSTON, D. A.; LEIPOLD, A. D.; MEARES, T. L. *Comprehensive criminal procedure*. 5rd ed. New York: Wolters Kluwer, 2020.
- ALMEIDA JÚNIOR, J. M. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- ALMEIDA, S.L. *O que é racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BADARÓ, G. H. *Processo Penal*. 7^a. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- CHASE, O. G. *Law, culture, and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*, New York: New York University Press, 2005.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, vol. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7^a ed. Roma: Laterza, 2002.
- FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Reforming stop-and-frisk. *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, v. 18, n. 3, p. 45–65, 2017.
- GEERTZ, C. *The interpretation of cultures: Selected essays*. New York: Basic Books, 1973.
- GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa*. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- JOHNSON, H. A.; WOLFE, N. T. *History of criminal justice*. 3rd. ed. Cincinnati: Anderson publishing, 2003.
- KAMINS, B. *New York City Police Department patrol guide manual*. Charlottesville: LexisNexis, 2006.
- KATZ, L. R. *Reflections on search and seizure and illegally seized evidence in Canada and the United States*. *Canada-United States Law Journal*, v. 3, p. 103-138, 1980.
- LAFAVE, W.; ISRAEL, J. H.; KING, N. J. *Criminal procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.
- LEAL, A. L. C. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- LOPES JR., A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MEARES, T. The law and social science of stop and frisk. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 10, p. 335-352, 2014.
- MORGAN, J. Disability's Fourth Amendment. *Columbia Law*

deliberate choice of the people through a constitutional amendment". Interessante notar que o Justice William O. Douglas até admite que se adote o

padrão sugerido pela SCOTUS, de menor proteção aos direitos individuais, mas que isso deveria vir do povo, via emenda constitucional.

- Review. Vol. 122, n. 2, p. 489-580, 2022.
- PAOLINE, E. A. *Attitudes of police: Implications for police culture*. Ann Arbor: UMI, 2000.
- PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RIBEIRO, D. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SACCO, V. F.; KENNEDY, L. W. *The criminal event: An introduction to Criminology*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996.
- SAMAH, J. *Criminal procedure*. 6th. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005.
- SCHEIN, E. H. *Organizational culture and leadership*. San Francisco: Josey Bass Publishers, 1992.
- UBERTIS, G. Modelli processuali e giusto processo. In: _____. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.
- VITALE, A. S. *The end of policing*. New York: Verso, 2017.
- WORRALL, J. L. *Criminal procedure: From first contact to appeal*. 3rd ed. New Jersey: Pearson, 2010.

A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA” E O *PRIVATE ENFORCEMENT*: BREVES APORTES⁵¹⁹

THE “TRAGEDY OF JUSTICE” AND *PRIVATE ENFORCEMENT*: BRIEF CONTRIBUTIONS

Gustavo Osna

Advogado. Doutor (UFPR), Mestre (UFPR) e Bacharel em Direito (UFPR).
Professor na Universidade Federal do Paraná.
gustavo@mosadvocacia.com.br, Curitiba/PR, Brasil.

Leonardo Maciel Benedete

Advogado. Advogado. Mestrando em Direito Civil (FDUL), mestrando em
Economia (UFPR). leonardobenedete@gmail.com, Curitiba/PR, Brasil.

RESUMO: O processo civil brasileiro vive um cenário de “tragédia da justiça”: é moroso (um processo leva, em média, mais de 5 anos para encerrar seu ciclo de vida), ineficiente (o Brasil é o pior país dentre os seus vizinhos em eficácia da justiça cível) e caro (gasta-se mais de 100 bilhões de reais com a estrutura judicial, 1,3% do PIB, o que é praticamente o dobro do que os países da União Europeia gastam com as suas respectivas estruturas, obtendo resultados muito mais satisfatórios à título de eficiência da justiça), o que cria incentivos estruturais ao demandismo e ao descumprimento generalizado dos contratos e das ordens judiciais. Como possível solução para esse cenário, surge dos avanços tecnológicos e da alteração da realidade social a utilização do *enforcement* privado como um fator fundamental de eficácia do direito fundamental de acesso à justiça. Contrainstintivamente, a utilização da via privada pode maximizar a capacidade de entrega da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que implica em ganhos de

eficiência ao alterar a ordem clássica do devido processo legal e delegar à jurisdição estatal (de conhecimento e de execução) apenas os casos cujo *self-enforcement* não seja possível. Todavia, para encaixar essa peça no atual quebra-cabeça do processo civil brasileiro de forma dogmaticamente adequada, especialmente com a releitura de institutos processuais clássicos como a exclusividade estatal do uso da força e a inafastabilidade da jurisdição, é necessário que se compreenda que as garantias processuais são ductíveis e o processo em si constitui um elemento essencialmente cultural, de forma que as mudanças contextuais da sociedade não são contidas pelo processo, e sim absorvidas por ele. Portanto, a revisão de alguns dos antigos dogmas processuais diante dos caminhos inéditos inaugurados pelo avanço tecnológico e pelas mudanças sociais é um caminho incontornável para uma dogmática processual que apresenta respostas eficazes aos problemas

⁵¹⁹ Artigo recebido em 18/10/2023 e aprovado em 12/04/2024.

modernos, como é o caso do demandismo que asfixia os tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Devido Processo Legal; *Enforcement* Privado; *Enforcement* Estatal; Tragédia da Justiça; Resoluções Alternativas de Disputas.

ABSTRACT: The Brazilian civil process is experiencing a “tragedy of justice” scenario: it is slow (a process takes, on average, more than 5 years to complete its life cycle), inefficient (Brazil is the worst country among its neighbors in terms of efficiency of civil justice) and expensive (more than 100 billion reais are spent on the judicial structure, 1.3% of GDP, which is practically double what the European Union countries spend on their respective structures, obtaining results much more satisfactory in terms of efficiency of justice), which creates structural incentives for demandism and widespread non-compliance with contracts and Court orders. As a possible solution to this scenario, the use private enforcement as a fundamental factor in the effectiveness of the fundamental right of access to justice arises from technological advances and changes in social reality. Counterintuitively, the use of the private route can maximize the capacity to deliver effective judicial protection, since it implies gains in efficiency by changing the classic order of due legal process and delegating to the state jurisdiction (of knowledge and execution) only the cases whose self-enforcement is not possible. However, to fit this piece into the current puzzle of

the Brazilian civil process in a dogmatically adequate way, especially with the reinterpretation of classic procedural institutes such as the state's exclusivity in the use of force and the indefeasibility of jurisdiction, it is necessary to understand that the guarantees procedural processes are ductible and the process itself constitutes an essentially cultural element, so that the contextual changes of society are not contained by the process, but rather absorbed by it. Therefore. The review of some of the old procedural dogmas in the face of the new paths opened by technological advances and social changes is an unavoidable path towards a procedural dogma that presents effective responses to modern problems, as is the case of the demandism that suffocates Brazilian courts.

KEYWORDS: Due Process; Private Enforcement; State Enforcement; Tragedy of Justice; Alternative Dispute Resolution.

INTRODUÇÃO

Buscaremos explorar, no presente trabalho, a relação entre o processo civil e a realidade, estressando alguns conceitos há muito engessados na dogmática, como o caso da necessidade de representação técnica, o *enforcement* estatal e a exclusividade do uso da força.

Através da análise de dados acerca da realidade (processual) brasileira, e da captura de novos fenômenos, especialmente as inovações tecnológicas, talvez seja

possível responder de forma contraintuitiva ao aparentemente insolucionável problema do demandismo, que parece abarrotar o sistema jurisdicional brasileiro.

Assim, o primeiro passo dessa investigação não poderia ser outro que não um voo panorâmico sobre a realidade do nosso judiciário: quanto e onde se gasta com a estrutura do Judiciário? Se gasta muito ou pouco? Qual o resultado desses aportes na diminuição do estoque de ações? Quanto tempo leva a tramitação de um processo? E quais os incentivos criados para os agentes econômicos a partir da atual estrutural judicial? Vejamos.

1. UMA BREVE (E NUMÉRICA) FOTOGRAFIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como ponto de partida, é possível salientar que parece existir hoje o senso comum de que o nosso

processo judicial é inefetivo, moroso, caro e com excesso de burocracia - especialmente o processo de execução.⁵²⁰

Ainda, a estrutura do processo civil brasileiro é marcada por incentivos à litigância, gerando uma “cultura da ação”, haja vista a pulverização do custo do processo, o pagamento de custas quase que exclusivamente no início da disputa (incentivando a postergação do litígio), o baixo custo recursal e a inexistência de custas para medidas como os embargos de declaração. Somam-se, a isso, fatores como a baixa aplicação de sanções processuais e a concessão de assistência judiciária gratuita indiscriminadamente⁵²¹

Isso implica uma estrutura judiciária complexa, cara e ineficiente. Mais que isso, nesse quadro, conforme a *teoria dos jogos aplicada ao processo civil, a estratégia dominante no judiciário brasileiro* (dada a atual estrutura de incentivos e a inexistência de uma

⁵²⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, 2014, pp. 163-168.

⁵²¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 649-697. No mesmo sentido: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia... cit. Como indicado por Arthur Mendes Lobo, em relação especificamente à assistência judiciária gratuita, “a principal e latente forma de se preservarem todas as garantias processuais do cidadão, inclusive a de ver a rápida solução dos conflitos, é, repita-se, a fortificação da musculatura do Judiciário, conferindo-lhe mais julgadores e serventuários preparados tecnicamente e devidamente equipados. No entanto, sabemos que vivemos em um Estado de poucos recursos financeiros. Não haveria

dinheiro disponível para todas estas reformas estruturais, pelo menos esta é argumentação adotada pelo Governo. Mas temos de fazer uma reflexão econômica: qual a fonte de receita do Judiciário? Quem remunera os serviços prestados pelo Estado? Juntamente com os repasses de verbas arrecadadas com impostos, a receita proveniente das taxas judiciárias são as fontes de riqueza que mantém o Judiciário. Ocorre que, na prática, a arrecadação das taxas judiciárias tem sido alvo de uma política de isenção arcaica, muitas vezes utilizada de maneira abusiva pelos jurisdicionados. Estamos falando da assistência judiciária gratuita”. LOBO, Arthur Mendes. **Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil**: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. In. *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.352.

ameaça crível para o descumprimento das ordens e obrigações) é o inadimplemento.⁵²²

Essa inefetividade da tutela dos direitos e os incentivos estruturais para o jogo não cooperativo aumentam significativamente os custos de transação⁵²³ para a realização de trocas voluntárias e, conseqüentemente, conduzem tanto a uma alocação ineficiente de recursos quanto a um decréscimo do bem-estar social.⁵²⁴

Tanto é assim que, no que compete à justiça cível, o Brasil é o 78º país no quesito eficácia e acessibilidade dentre os 140 países analisados pelo ranking *WJP Rule of Law Index 2022*, atrás de todos os seus países vizinhos, além de europeus, como Portugal (29º) e França (21º).⁵²⁵

Neste sentido, forma-se um caminho tortuoso e que é capaz de comprometer o funcionamento do Judiciário: de um lado, descumprir as obrigações pode ser a melhor estratégia no Brasil⁵²⁶, tornando normal que, na prática, aguarde-se a execução para adimplir a obrigação contratual ou o comando judicial; de outro, não há

maior desincentivo ao litígio frívolo ou temerário. Como consequência, cria-se um cenário evidentemente tendente ao *demandismo* e ao exaurimento da estrutura judiciária.

A questão é materialmente confirmada: conforme dados do Relatório “Justiça em Números 2022”, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação.⁵²⁷ Ou seja, compatibilizando os dados com a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de que, no Brasil, há 213,3 milhões de habitantes⁵²⁸, para cada 3 habitantes do país, há um processo em tramitação.

Não bastasse, acerca da morosidade judicial, o tempo médio de tramitação de um processo é de 4 anos e 7 meses⁵²⁹, sendo que [a] execução é, sem dúvida, o maior problema do direito processual civil brasileiro.⁵³⁰

Assim, o cenário de superlotação do judiciário brasileiro só agrava a morosidade e a ineficiência do sistema.⁵³¹ Forma-se um cenário de tragédia dos baldios: há um uso comum

⁵²² WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 661-664.

⁵²³ COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. v. 3, out. 1960, pp.1-44.

⁵²⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 658.

⁵²⁵ WORLD JUSTICE PROJECT. *WJP Rule of Law Index 2022*. Disponível em < <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Civil%20Justice/> >. Acessado em 28.03.2023

⁵²⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 667.

⁵²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2022, p. 104. Disponível em: < [https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf)

[content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf) >. Acessado em 28.03.2023.

⁵²⁸ BRASIL. *População brasileira chega a 213,3 milhões de habitantes, estima IBGE*. Disponível em < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20chegou%20a,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202021.> >. Acessado em 21.05.2023.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 213.

⁵³⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 649.

⁵³¹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia... cit.*

e irrestrito de um bem público rival – quando a utilização por um agente exclui a utilização por outro⁵³²⁻⁵³³ – que implica, no fim das contas, no perecimento do próprio bem; o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário acaba por degradar a capacidade do próprio Poder Judiciário em entregar a tutela efetiva dos direitos.

De maneira cíclica e harmônica a essas premissas, não surpreende o fato de o Brasil possuir, hoje, um dos judiciários mais caros do mundo. Apenas no ano de 2021, por exemplo, o Poder Judiciário custou mais de 100 bilhões de reais, ou o equivalente à 1,2% do PIB nacional,⁵³⁴ sendo que 92% correspondem às despesas com recursos humanos, referentes à remuneração de efetivos.⁵³⁵

Em comparação, sequer na série histórica de 2012 a 2020 um membro da União Europeia chegou a gastar mais do que 0,8% de seu GDP (Gross Domestic Product) com o respectivo Poder Judiciário, conforme informações constantes do *The 2022 EU Justice Scoreboard*.⁵³⁶

Chama igualmente a atenção que países muito à frente do Brasil nos

rankings WJP de *Rule of Law* e *Doing Business*, como é o caso de Portugal e França, sequer chegaram a gastar 0,4% de seu GDP com a manutenção da estrutura judicial.

Em verdade, embora seja uma das maiores economias do mundo, o Brasil se encontrava-se na 124ª posição (de 190) do ranking internacional *Doing Business 2020* até o ranking ser descontinuado, atrás, por exemplo, de Itália (58º), Chile (59º), Peru (76º) e Senegal (123º).⁵³⁷

Sob o mesmo ângulo, é indispensável ressaltar que o juiz brasileiro – o Brasil possui uma média de 8,48 juízes para cada 100 mil habitantes, ou 4,1% (18.091) do total da força de trabalho do Poder Judiciário (446.142 pessoas)⁵³⁸, já em Portugal, há, aproximadamente, 19 juízes a cada 100 mil habitantes⁵³⁹ – recebe, historicamente, mais de mil e quinhentos processos novos por ano⁵⁴⁰. Como resultado, no ano de 2021, cada magistrado concentrou em média 6.722 processos ativos.⁵⁴¹

Assim, a necessidade de se repensar o sistema judicial brasileiro e o

⁵³² Para uma ampla demonstração acerca da classificação do Poder Judiciário como “bem público rival”, ver: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020.

⁵³³ No mesmo sentido: ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.

⁵³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. cit.*, p. 81.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 84.

⁵³⁶ EUROPEAN COMMISSION. *The 2022 EU Justice Scoreboard*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022, p. 29.

⁵³⁷ World Bank and International Finance Corporation, *Doing Business 2020*, p. 4. Disponível em <
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> >. Acessado em 21.05.2023.

⁵³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. Cit.*, p. 86.

⁵³⁹ EUROPEAN COMMISSION. *Op. Cit.*, p. 28

⁵⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. Cit.*, p. 133.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 147.

papel de seus atores parece ser algo inescapável, especialmente porque a solução para reduzir o demandismo e aumentar a eficiência da resposta jurisdicional não parece ser aumentar os já vultosos gastos com a estrutura jurisdicional.

2. DEMANDISMO, TRAGÉDIA DOS BALDIOS E INSUFICIÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO TÉCNICA

Entendendo o quadro geral do processo brasileiro atual, é possível avançar um passo e fornecer uma importante constatação. É que, embora pudesse se voltar a suprir essa espécie de elemento, a necessidade de representação técnica (elemento preponderante em nosso ordenamento) não alcançou esse objetivo. O fator, então, é incapaz de oferecer resposta satisfatória ao problema em questão.

Ovídio Baptista da Silva assim explica o ponto:

além da capacidade de ser parte e da plena capacidade processual (legitimatio ad processum), nossa lei veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram em juízo sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado ius postulandi. As partes, desde que dotadas de capacidade processual, devem, mesmo assim, estar

*representadas em juízo por advogado habilitado, o que significa dizer advogado em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representá-lo em juízo”*⁵⁴².

Conferindo enquadramento funcional à exigência legal da capacidade postulatória, Dinamarco argumenta que

*tem duas importantes razões de ser a indispensabilidade do advogado, proclamada constitucionalmente (...) a primeira delas é a conveniência técnica de confiar a defesa a pessoas com capacitação profissional adequada e sujeitas a um regime organizacional e disciplinar imposto por entidade de categoria estruturada para tanto (...) a segunda é a conveniência psíquica de evitar as atitudes passionais da parte em defesa própria (...) o advogado profissionalmente bem formado opera como eficiente fator de arrefecimento dos conflitos”*⁵⁴³.

Consideramos que a compreensão do porquê de esse propósito nem sempre ser cumprido é facilitada por contribuições advindas da economia. E isso, particularmente, ao recordar-se que reside aí *uma pretensão*

⁵⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.246.

⁵⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.287.

de estudar a conduta humana nas suas interações coletivas⁵⁴⁴ – sendo este o conceito de Robbins de economia⁵⁴⁵ –, suas escolhas em ambiente de escassez e possibilidades de aplicações alternativas⁵⁴⁶ e que, (neo)classicamente⁵⁴⁷, concebe os indivíduos como invariavelmente racionais e maximizadores de utilidade, o que foi questionado por *psicólogos*, e por todos aqueles que buscam enriquecer a análise econômica com um maior realismo^{548 - 549}, uma vez que o conceito não explica as falhas e vieses das decisões.⁵⁵⁰

Neste sentido, Hebert Simon⁵⁵¹ desenvolveu o conceito de racionalidade limitada, aproximando o *homoeconomicus* aos seres humanos, o que foi consolidado pela Escola da *behavioural economics* ao se estabelecer que nem sempre os agentes são racionais, congruentes e maximizadores de bem-estar, estando suscetíveis a erros, a desvios e a

distorções⁵⁵² de forma sistemática e previsível.⁵⁵³⁻⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵

Por qual motivo, porém, esse suporte é pertinente para que se compreenda a insuficiência da representação técnica para fazer frente ao demandismo e aos seus efeitos deletérios?

O problema se dá, particularmente, porque a necessidade de representação poderia ser justificada, em tese, nas heurísticas e vieses das pessoas que, uma vez incapazes de entender a complexidade dos direitos envolvidos em determinado conflito, tenderiam ao otimismo irrealista e ao jogo não cooperativo, levando à litigância ineficiente.⁵⁵⁶

Ocorre que as evidências empíricas são inconteste ao apontar que os mesmos vieses atingem os especialistas, que claramente superestimam as suas capacidades

⁵⁴⁴ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra: Almedina. 3. ed. 2005, p. 15

⁵⁴⁵ “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.” ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. Londres: Macmillan & Co. Ltda., 1932, p. 15.

⁵⁴⁶ ARAÚJO, Fernando. *Introdução... cit.*, pp. 19-21.

⁵⁴⁷ “[...] a escola neoclássica, ainda hoje dominante dentro da ciência econômica, é essencialmente racionalista”. *Ibidem*, p. 31.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 32

⁵⁴⁹ “[o] *Homo economicus*, [...] imagem de cartilha que os economistas têm dos seres humanos. [...] tem capacidade para pensar como Albert Einstein e armazenar tanta informação como o computador Big Blue da IBM e a mesma força de vontade que o Mahatma

Gandhi. Mas as pessoas que conhecemos não são assim.”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno empurrão*. Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade. Alfragide: Lua de Papel. 2. ed., 2018, p. 20.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁵¹ SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957.

⁵⁵² ARAÚJO, FERNANDO. *Introdução... cit.*, pp. 34.

⁵⁵³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno... cit.*, p. 21.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁵⁵⁵ Sobre os desvios à racionalidade perfeita: ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007, pp. 311-314.

⁵⁵⁶ Ver: WOLKART, Erik Navarro. Op. Cit.

preditivas.⁵⁵⁷ Não bastasse, essa moldura inaugura uma constante relação de *agência*, exigindo novas gamas de cautela e de regulação.

De fato, esse último aspecto possui gravidade acentuada na medida em que, mundialmente, há um movimento no sentido de desregular o mercado da advocacia, principalmente através da liberalização da publicidade e do oferecimento do serviço de advocacia por empresas no geral.⁵⁵⁸ Assim, se há uma série de justificativas para a intervenção estatal, a fim de combater as *ineficiências e injustiças resultantes do funcionamento de mercados concorrenciais*⁵⁵⁹, esse movimento não atinge os profissionais da litigância.

Apesar do crescimento das formas extrajudiciais, o patrocínio de causas judiciais ainda aparenta constituir atividade primária da maior parte dos advogados e o dever de representação em juízo – ou seja, o dever de a parte estar representada por advogado – pode constituir uma barreira à entrada/reserva de mercado, sob a ótica da teoria da captura e do *rent seeking*.⁵⁶⁰

Além disso, dados os potenciais problemas de agência entre os clientes (Principal) e os advogados (Agentes)⁵⁶¹,

potencializados pela especialização necessária para compreender a atividade do advogado, parte da doutrina de *law and economics* aponta um risco moral de os agentes patrocinarem e manterem ações judiciais em detrimento dos principais⁵⁶².

Por mais essa ponta se torna possível notar que o tema está distante de representar uma resposta decisiva ao atual cenário do Judiciário – mostrando-se, por si só, bastante problemático –, dessa forma, a percepção do fenômeno processual por novas óticas, alinhadas com a realidade atual, pode constituir poderoso aliado à tutela jurisdicional efetiva dos direitos. É o que se identifica no que se tem chamado de “*enforcement privado*”.

3. O ENFORCEMENT PRIVADO E SEUS POSSÍVEIS BENEFÍCIOS

Compreendendo as peças acima, nota-se que: (i) o cenário contemporâneo do judiciário brasileiro desperta particular preocupação, apresentando números reveladores; e, (ii) a aposta na representação profissional como *filtro* para demandas frívolas e *estímulo* para a consolidação do acesso não parece suficiente para

⁵⁵⁷ Sobre as falhas na racionalidade dos especialistas, ver: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*; e KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: A flaw in Human judgment*. New York: Little Brown Spark, 2021.

⁵⁵⁸ GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Deregulation and the Lawyer's Cartel*. University of Pennsylvania Journal of International Law, Forthcoming, George Mason Law & Economics Research Paper No. 21-16, Texas A&M University

School of Law Legal Studies Research Paper 21-30;

⁵⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. Introdução... *cit.*, p. 601.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics, v. 3, n. 4, 1976, pp. 305-360.

⁵⁶² GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Op. Cit.*

equilibrar os pratos dessa balança. Surge, assim, a necessidade de novos discursos e de novos olhares para a matéria.

Nesse sentido, diferentes propostas têm sido trazidas à mesa, valorizando particularmente o campo da *alternative dispute resolution* (ADR's)⁵⁶³. Pensa-se ainda em elementos como a consolidação de uma cultura de *justiça multiportas*, aprimorando a atividade dos Tribunais⁵⁶⁴ e a utilização eficiente de seus recursos⁵⁶⁵.

Para os presentes propósitos, é particularmente relevante sublinhar como há espaço para que a *tecnologia* e seu traço *online* agreguem elementos significativos para esse debate. Por meio dela, sem abdicar de importantes direitos, é factível *economizar recursos e gerar eficiência, aumentando o desenvolvimento econômico dos países*⁵⁶⁶; é possível reduzir custos de

transação e proporcionar a alocação eficiente de recursos e o aumento de trocas voluntárias.⁵⁶⁷ E é nesse ponto que nos parece possível sinalizar a existência de novas vias de *enforcement* privado capazes de contribuir com o serviço justiça.

Realmente, com a globalização e a intensificação *do e-commerce*, houve um crescimento das relações comerciais virtuais e transfronteiriças; com a utilização das plataformas de *marketplaces* virtuais, a figura do “fornecedor” não é mais somente uma Grande Corporação, mas também uma pessoa física que aluga seu imóvel, via *airbnb*, que oferece seus produtos, via *Amazon*, ou serviços, via *OLX*, *Uber* e afins. Forma-se a chamada economia compartilhada, ditada pelo fenômeno da *revolução e digitalização da confiança*⁵⁶⁸, muito mais compatíveis

⁵⁶³ “We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to ‘solve’ racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives).”. SANDER, Frank. *The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000*. HeinOnline, v. 3, n. 18, 1976

⁵⁶⁴ FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1

⁵⁶⁵ FERREIRA, Viviane. FERREIRA, Viviane. “*TJ/RJ gasta milhões com processos desnecessários.*”

Migalhas, 30 de novembro de 2017. Disponível em www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios. Acessado em 21.05.2023.

⁵⁶⁶ LOURENÇO, Paula Meira. *Cyberjustice, in 23rd International Congress of the International Association of Enforcement Agents (UIHJ)*, Bangkok. 1st-4th may 2018, UIHJ Publishing, Paris, 2018, pp. 427-435.

⁵⁶⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, p. 727.

⁵⁶⁸ “While conventional wisdom dictates that people’s trust – in the government, in corporations, in each other – is at a historic low, the rise of internet is offering new ways to rehabilitate and strengthen trust. Uber is probably the best example of a new company that, on the surface, allows individuals with smartphones to get rides with strangers, but at a deeper level is in the business of trust (...) and (...) has the potential not only to expand opportunities for human cooperation, but also to

com as *ADR's*, *ODR's* e *ICT's* do que com o aparato processual clássico.

Nesse contexto é que se inserem os mecanismos de *self-enforcement*, representantes do que se tem denominado de *privatização da coerção*.⁵⁶⁹ Entre eles, estão meios indiretos de execução privada, como os ratings e os *trustmarks* (selos de qualidade), que constituem incentivos para comportamento futuro, mas não possuem uma ameaça crível independente do aparato executivo clássico. Precisamente por isso é que essas vias têm aptidão apenas para o *enforcement* indireto dos direitos – sendo inefetivas especialmente para aqueles agentes não tão interessados na reputação.⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹

Essa debilidade fez com que, como notado por Koulu, tenham sido desenvolvidos *meios diretos de execução privada*⁵⁷², baseados especialmente no controle do fluxo de dinheiro, para as operações de compra e venda, e no controle da titularidade de direitos, para as transações envolvendo direitos imateriais.

Como exemplo, o ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) controla a associação de determinado domínio

(termo técnico para o “nome” dos sites) a um IP específico (o da parte proprietária), podendo, inclusive, derrubar sites de terceiros que violem os direitos de propriedade intelectual, independentemente de comando judicial.⁵⁷³

Tal utilização é possível, inclusive, em plataformas como Facebook, YouTube e Twitter, o que levanta discussões acerca da liberdade de expressão e a regulação das BigTechs – tal análise não será objeto do presente artigo, podendo ser explorada por estes ou outros pesquisadores em outras investigações.

O eBay, por sua vez, utiliza um modelo de *chargeback*, com reembolsos e controles das contas do PayPal das partes operantes nas plataformas, para prestar algo que só conseguimos conceituar como tutela executiva do direito das partes. A justificção para tal “poder” é o mesmo do ICANN, Facebook e afins: o fato de os agentes que operam na plataforma terem anuído com os termos e condições de uso, que preveem a faculdade de exercício do *enforcement* privado.

Neste sentido, conforme termos e condições de uso do eBay⁵⁷⁴, os

reduce the size and scope of government and corporate control over our lives”. HENDERSON, M. Todd; CHURI, Salen. *The Trust Revolution: How the Digitalization of Trust Will Revolutionize Business and Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Edição Kindle, sem paginação.

⁵⁶⁹ KOULU, Riikka. *Law, technology and dispute resolution: privatization of coercion*. Abingdon: Routledge, 2019. Edição Kindle, sem paginação.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ MIRANDA, Wender Fraga *et. al.* *A economia dos custos de transação através do desenvolvimento da reputação favorável*. 10º Congresso USP de Controladoria e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.

⁵⁷² KOULU, Riikka. Op. Cit.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ REINO UNIDO. *Os termos e condições do eBay do Reino Unido estão disponíveis em* <<https://www.ebay.co.uk/help/policies/member-behaviour-policies/user->

vendedores autorizam a plataforma a reverter as operações de pagamento, via PayPal, como condição *sine qua non*, para manter sua operação – cabendo ao *eBay Resolution Center* a competência para tomar a decisão final acerca do reembolso ou não do comprador.

A partir desse modelo, Colin Rule desenvolveu o Modria, um *software* que oferece um sistema de resolução de conflitos e de *enforcement*⁵⁷⁵ similar ao modelo do eBay, cuja utilização é possível tanto por empresas privadas quanto por Tribunais de Justiça.⁵⁷⁶

A *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), recentemente, posicionou-se sobre a utilização de mecanismos de *self-enforcement* no âmbito das plataformas de resolução de disputas. Segundo a Entidade, diante da realidade das relações comerciais contemporâneas, é necessária a criação de mecanismos de coerção mais simples que os previstos na Convenção de Nova York (1958) – que prevê a utilização do *enforcement* tradicional para, por exemplo, dar efetividade às decisões arbitrais. Assim, sugere tanto o modelo do *chargeback* (v.g. eBay) quanto o modelo da *scrow account* (uma conta intermediária na qual os valores de determinada operação ficam depositados, até que haja a confirmação do cumprimento da

obrigação por esta ou aquela parte)⁵⁷⁷ como alternativas salutares.

É possível, ainda, realizar-se o *enforcement* privado de direitos por meio da preautorização de pagamento por instituição de crédito – é o que ocorre na Uber, em que, ao se chamar uma “corrida”, congela-se temporariamente o valor e consolida-se a cobrança apenas em momento superveniente. As possibilidades de implementação desse modelo, assim como dos demais, são inúmeras e têm potencial imenso para maximizar o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

Dando um passo além, as inovações das moedas virtuais ampliaram ainda mais as possibilidades. O sistema do *blockchain*, por exemplo, permite o rastreo e a adjudicação compulsória das moedas (em modelo cuja implementação já foi tentada pelo Facebook)⁵⁷⁸; na mesma linha, os *smart contracts*, igualmente ancorados no *Blockchain*, são programáveis para a “autoexecução” e permitem que a própria tecnologia controle a alocação do dinheiro ou do direito - através da identificação, por códigos, de que os termos contratuais foram cumpridos. Nessa hipótese, dispensa-se até mesmo o intermédio de plataformas; o *enforcement* é lastreado exclusivamente na tecnologia⁵⁷⁹, sem a

agreement?id=4259#Returns >. Acessado em 21.05.2023.

⁵⁷⁵ TYLER TECHNOLOGIES. *Modria for Courts: Expanding Access to Justice with online Dispute Resolution*. Disponível em < <https://www.tylertech.com/products/Modria> >. Acessado em 21.05.2023.

⁵⁷⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, p. 730.

⁵⁷⁷ KOULU, Riikka. *Op. Cit.*

⁵⁷⁸ BBCBrasil.com. Facebook: *O que se sabe sobre a GlobalCoin, criptomoeda que a empresa quer lançar em 2020*. 24.05.2019. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48400461> >. Acessado em 21.05.2023.

⁵⁷⁹ KOULU, Riikka. *Op. Cit.*

necessidade de qualquer representação.

Como essa nova engrenagem será capaz de impactar a conformação do processo? De que maneira esse raciocínio pode, ou não, ser satisfatoriamente absorvido em nosso contexto?

Em nossa visão, a peça-chave para compreender esse rearranjo consiste na compreensão da própria ductibilidade das garantias do processo – tratando-se de elementos essencialmente culturais. Isso faz com que as mudanças contextuais vividas pela sociedade (impactando suas relações e suas dinâmicas) não possa ser *freada* pelo direito processual – mas, sim, por ele absorvida⁵⁸⁰.

Ilustrando essa questão, veja-se que Koulu chega a propor que a conformação do *private enforcement* e sua assertividade social podem levar a uma real reconstrução da ideia de *devido processo*. Seria, assim, desenhado um novo modelo (*vide* ANEXO, ao final).

O aparato jurisdicional passaria a assumir um papel de menor proeminência, ainda que essencial e inarredável em diferentes situações, mas protraído diante de alguns avanços tecnológicos. É, ao menos, o que se pode inferir acerca da necessidade de

representação e da exclusividade do uso da força.

Na medida em que tal movimento avance – se avançar – o *enforcement* dos direitos passe a preceder à jurisdição e a ser privado, apenas os casos nos quais não seja possível obter tal tutela – ou que o seu exercício é irregular – é que se recorreria aos serviços jurisdicionais e aos advogados relacionados ao ajuizamento de ações.

Tal cenário, ainda embrionário, parece ser mais eficiente, uma vez que leva-se ao litígio apenas os casos não capturados pelos novos mecanismos, invertendo a atual estratégia dominante – de descumprimento das obrigações até que sobrevenha sanção que induza ao cumprimento compulsório –, ao menos, o que indica o sucesso das plataformas como o Ebay, Uber a afins.

Vale dizer que parece ocorrer o mesmo quando se defende tentativas de composição prévia, via ODR, para constituir a condição da ação de pretensão resistida, haja vista os altos índices de eficácia de plataformas como a consumidor.gov *versus* o baixo custo e o curto tempo que tais procedimentos demanda.⁵⁸¹

Assim, uma menor proeminência do Judiciário e dos advogados na gestão dos

⁵⁸⁰ OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, 2019. OSNA, Gustavo. Os "Meios Alternativos" Não São Tão "Alternativos"? Garantias Processuais, "Companhia Como Tribunal" e o Caso do Mercado Livre. In. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. v.17. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.137-156.

⁵⁸¹ O consumidor.gov, apenas no mês de abril de 2023, encerrou mais de 110 mil reclamações de consumidores, com um percentual de 98% de resposta pelos fornecedores dentro do prazo de 10 dias. BRASIL. *Indicadores*. Disponível em < <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/gerar/abrir> >. Acessado em 21.05.2023.

(des)cumprimentos de obrigações assumidas entre as partes, ao menos no que cabe ao *enforcement* de tais obrigações, com maior protagonismo da tecnologia e dos mecanismos privados, pode ser uma resposta alinhada com: (i) a necessidade de redução do demandismo que hoje afeta a nossa estrutura jurisdicional; e (ii) a constante e constitucional preocupação com a tutela efetiva dos direitos.

A proposta, certamente, desafia elementos arraigados em nosso pensamento jurídico ortodoxo, para o qual seria contraditório que menor protagonismo jurisdicional e advocatício implique em maior proteção aos direitos e maiores garantias processuais.

De todo modo, um elemento parece certo: pensar no aprimoramento do atual ambiente processual brasileiro parece uma necessidade, e cogitar caminhos inéditos (como aqueles inaugurados pelo uso da tecnologia) parece ser uma etapa essencial para esse fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual modelagem do processo civil brasileiro é quase que consensualmente percebida como ineficiente, morosa e cara, de tal forma que se chega a afirmar que a *estratégia dominante, no jogo processual brasileiro, é não cumprir voluntariamente as obrigações e ordens judiciais.*

Dessa maneira, cria-se um *demandismo*, que exaure a estrutura e os recursos do Poder Judiciário, o levando a um cenário de tragédia dos comuns para o qual as instituições

tradicionais do processo civil, como é o caso da necessidade de representação técnica parecem não ter resposta.

O *enforcement* privado, que prescinde da atuação de advogados e até mesmo da atuação jurisdicional, implicando em uma revisão do que comumente se entende pela reserva do uso da força, pode constituir um mecanismo que alivia esse cenário de tragédia.

Para encaixar essa peça no atual quebra-cabeça do processo civil brasileiro, é indispensável a compreensão da própria ductibilidade das garantias do processo, que constituem elementos essencialmente culturais.

Ou seja, as mudanças contextuais vividas pela sociedade não são *freadas* pelo direito processual, mas, sim, por ele absorvidas, de forma que é plenamente factível que a conformação do *private enforcement* e sua assertividade social levem a uma reconstrução das ideias de *devido processo* e exclusividade do uso da força pelo aparato jurisdicional/estatal.

Tais provocações, sem dúvida, desafiam elementos centrais do pensamento jurídico ortodoxo, mas não cabe à dogmática dobrar a realidade e sim capturá-la, de forma a compreender e aprimorar o direito, enquanto fenômeno cultural, para atender aos fins sociais aos quais se destina.

No caso da prestação jurisdicional, a revisão de alguns dos antigos dogmas processuais diante dos caminhos inéditos inaugurados pelo avanço tecnológico parece ser um caminho incontornável para uma dogmática processual que apresenta

respostas eficazes aos problemas modernos, como é o caso do demandismo que asfixia os tribunais brasileiros.

REFERÊNCIAS

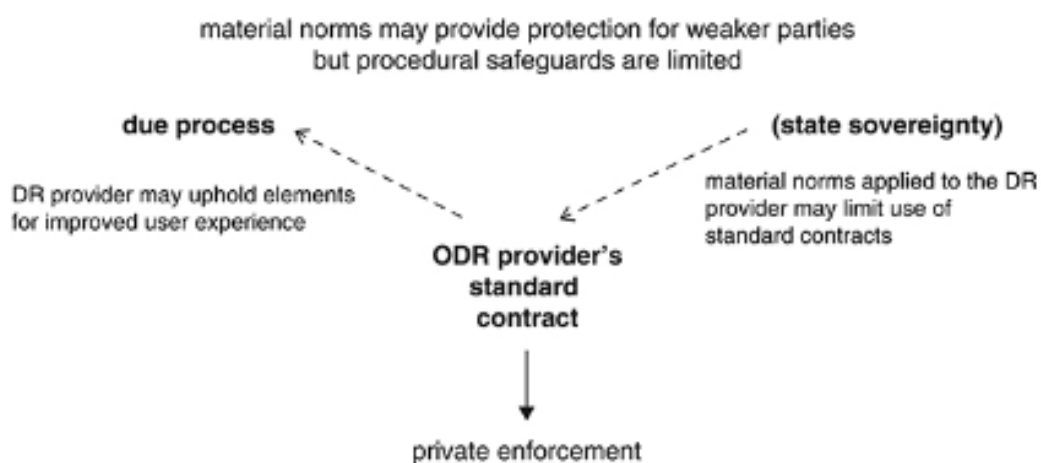
- ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra: Almedina. 3. ed. 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007, pp. 311-314.
- BBCBrasil.com. Facebook: *O que se sabe sobre a GlobalCoin, criptomoeda que a empresa quer lançar em 2020*. 24.05.2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48400461>>. Acessado em 21.05.2023.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Relatório Justiça em Números 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acessado em 28.03.2023.
- BRASIL. *Indicadores*. Disponível em <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>>. Acessado em 21.05.2023.
- BRASIL. *População brasileira chega a 213,3 milhões de habitantes, estima IBGE*. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20chegou%20a,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202021.>>. Acessado em 21.05.2023.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. v. 3, out. 1960, pp.1-44.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.287.
- EUROPEAN COMMISSION. *The 2022 EU Justice Scoreboard*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022.
- FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FERREIRA, Viviane. FERREIRA, Viviane. *“TJ/RJ gasta milhões com processos desnecessários.” Migalhas, 30 de novembro de 2017*. Disponível em <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios>. Acessado em 21.05.2023.
- GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Deregulation and the Lawyer’s Cartel*. University of Pennsylvania Journal of International Law, Forthcoming, George Mason Law & Economics Research Paper No. 21-16, Texas A&M University School of

- Law Legal Studies Research Paper 21-30;
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. Análise econômica do direito: temas contemporâneos. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, 2014, pp. 163-168.
- HENDERSON, M. Todd; CHURI, Salen. *The Trust Revolution: How the Digitalization of Trust Will Revolutionize Business and Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Edição Kindle, sem paginação.
- JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976, pp. 305-360.
- KOULU, Riikka. *Law, technology and dispute resolution: privatization of coercion*. Abingdon: Routledge, 2019. Edição Kindle, sem paginação.
- LOBO, Arthur Mendes. *Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010*. In. *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.352.
- LOURENÇO, Paula Meira. *Cyberjustice, in 23rd International Congress of the International Association of Enforcement Agents (UIHJ)*, Bangkok. 1st-4th may 2018, UIHJ Publishing, Paris, 2018, pp. 427-435.
- MIRANDA, Wender Fraga et. al. *A economia dos custos de transação através do desenvolvimento da reputação favorável*. 10º Congresso USP de Controladoria e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.
- OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, 2019. OSNA, Gustavo. Os "Meios Alternativos" Não São Tão "Alternativos"? Garantias Processuais, "Companhia Como Tribunal" e o Caso do Mercado Livre. In. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. v.17. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.137-156.
- REINO UNIDO. *Os termos e condições do eBay do Reino Unido estão disponíveis em* <
<https://www.ebay.co.uk/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259#Returns> >. Acessado em 21.05.2023.
- ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. Londres: Macmillan & Co. Ltda., 1932, p. 15.
- SANDER, Frank. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. *HeinOnline*, v. 3, n. 18, 1976
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.246.
- SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: mathematical Essays on Rational Human*

- Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno empurrão. Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade*. Alfragide: Lua de Papel. 2. ed., 2018.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*; e KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: A flaw in Human judgment*. New York: Little Brown Spark, 2021.
- TYLER TECHNOLOGIES. *Modria for Courts: Expanding Access to Justice with online Dispute Resolution*. Disponível em < <https://www.tylertech.com/products/Modria> >. Acessado em 21.05.2023.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- World Bank and International Finance Corporation, *Doing Business 2020*, p. 4. Disponível em < <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> >. Acessado em 21.05.2023.
- WORLD JUSTICE PROJECT. *WJP Rule of Law Index 2022*. Disponível em < <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Civil%20Justice/> >. Acessado em 28.03.2023

ANEXO

FIGURA 1 – Enforcement privado e devido processo legal:



FONTE: Riikka Koulu (2019).

UNA TEORÍA DE LA INCLINACIÓN AL PARTICULARISMO PROCESAL⁵⁸²

A THEORY OF THE INCLINATION TOWARD PROCEDURAL PARTICULARISM

Ignacio M. Soba Bracesco⁵⁸³

Profesor de derecho procesal y litigación en carreras de grado y posgrado de distintas universidades iberoamericanas. Designado Profesor Agregado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Titulado Profesor Adscripto también por dicha Facultad. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la *International Association of Procedural Law*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. Presidente honorario del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio y Co-Director de su Anuario de Derecho Probatorio. Divulgación de derecho procesal a través de: <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/> y <https://fder.academia.edu/IgnacioSoba>. Contacto: @IgnacioSoba / ignacio.soba@fder.edu.uy

*Dedicado a Giovanni F. Priori Posada y María Victoria Mosmann,
cuyas reflexiones inspiran a adaptar el proceso
a las necesidades de las personas*

«Estabelecer teorias, pensando-as paciente e honestamente, só para depois agirmos contra elas — agirmos e justificar as nossas ações com teorias que as condenam. Talhar um caminho na vida, e em seguida agir contrariamente a seguir por esse caminho»

Fernando Pessoa, *Livro do desassossego*, 23. Absurdo.

RESUMEN: Este artículo explora la inclinación del derecho procesal hacia el particularismo, que se genera a partir de la proliferación de tutelas diferenciadas, estructuras sumarias, abreviadas, extraordinarias, así como por la posibilidad de flexibilizar, ajustar o dotar de ductilidad a las reglas procesales, en pos de lograr satisfacer adecuadamente las necesidades de las personas en los casos concretos. Se

propone una reflexión sobre el derecho procesal como una disciplina que transita entre el orden y el caos, desafiando las nociones de coherencia, consistencia y uniformidad. Se concluye con la necesidad de desarrollar una teoría del particularismo procesal que explique y justifique estas desviaciones. Una teoría que explique cómo surgen los particularismos, cómo se diseñan, cómo se justifican, etc.

⁵⁸² Artigo recebido em 12/12/2024 e dispensado de revisão.

⁵⁸³ Quisiera agradecer a todos los amigos y amigas que con sus generosos aportes y comentarios han enriquecido mis perspectivas acerca de este tema, sobre el cual espero seguir profundizando en futuros trabajos e investigaciones.

PALABRAS CLAVE: Particularismo Procesal, Flexibilidad Procesal, Ajustes Procesales, Remedios Diferenciados.

ABSTRACT: This article explores the inclination of procedural law toward particularism, which arises from the proliferation of differentiated remedies, summary, abbreviated, and extraordinary procedures, as well as the possibility of flexibilizing, adjusting, or imparting adaptability to procedural rules in order to adequately meet the needs of individuals in specific cases. It proposes a reflection on procedural law as a discipline that navigates between order and chaos, challenging notions of coherence, consistency, and uniformity. The article concludes with the need to develop a theory of procedural particularism to explain and justify these deviations—a theory that addresses how particularisms arise, how they are designed, how they are justified, and so on.

KEYWORDS: Procedural Particularism, Procedural Flexibility, Process Adjustments, Differentiated Remedies.

INTRODUCCIÓN

¿Qué sucede cuando las especialidades y las excepciones son la regla general? ¿la regla general es la especialidad? ¿la regla general es la excepción? ¿Cuál es el origen, la explicación de esta inclinación a lo particular?

En el caso del derecho procesal se ve cómo se ha ido incrementando la reflexión sobre las tutelas diferenciadas,

y—más acá en el tiempo— la curiosidad acerca de la flexibilidad y adaptabilidad de las reglas procesales a través de distintos institutos y herramientas.

Quizás la explicación de todo esto se encuentre —como diré más adelante— en el deseo de ofrecer respuestas adecuadas y adaptadas a las necesidades siempre cambiantes de las personas. Respuestas que aspiren a ser mejores que las que hemos proporcionado hasta el momento. Estas respuestas deben estar orientadas a la realidad y aplicarse en contextos específicos. Desde la academia, proponemos e intentamos explorar distintos caminos, aprendiendo de los fracasos, comparando sistemas y pensando creativamente.

Este artículo busca algunas excusas y disparadores (como la de comenzar con la provocadora e irreverente ‘patafísica’) para abordar un fenómeno esencial del derecho procesal: su inclinación hacia el particularismo. Una inclinación que tiene manifestaciones diversas pero que, entiendo, necesita de una teoría que la explique.

El objetivo de este artículo es sentar las bases para discutir lo que se podría considerar como un reperfilamiento de la teoría procesal, con el fin de que se priorice la explicación y justificación de las desviaciones o inclinaciones que surgen constantemente. Comprender los particularismos no solo nos permitirá desentrañar mejor el funcionamiento del sistema procesal y de justicia, sino también reflexionar sobre su diseño actual y proyectarlo hacia el futuro. En una realidad cada vez más compleja, el

análisis del particularismo procesal se convierte en un ejercicio imprescindible para garantizar que el derecho procesal siga siendo, a través de la tutela jurisdiccional efectiva, la garantía que posibilita la efectividad de los derechos sustanciales y la resolución de los conflictos, procurando la paz social en el marco del estado de derecho.

1. UNA TEORÍA DE LA INCLINACIÓN DEL DERECHO PROCESAL AL PARTICULARISMO

Se dice que la ‘patafísica es la ciencia de lo particular, de las excepciones (de las leyes que rigen las excepciones). Si esto es así, el derecho (*v.gr.*, el derecho en general, y el derecho procesal lo mismo), sería —como producto cultural— un objeto bastante propicio para un análisis patafísico. El derecho se llena de especialidades, excepcionalidades, particularismos. Y esto sucede a pesar de los intentos de construcción de sistemas (racionales) y de teorías (generales).

Alfred Jarry (1911/2016, pp. 37-39) definía la ‘patafísica de la siguiente manera: «Un epifenómeno es lo que se agrega a un fenómeno. La patafísica (...) es la ciencia de lo que se sobreañade a la metafísica, sea en sí misma, sea fuera de ella, extendiéndose tan lejos de la metafísica como ésta se extiende más allá de la física. (...) al ser el epifenómeno frecuentemente un accidente, la ‘patafísica será la ciencia de lo particular, aunque se diga que no hay ciencia más que de lo general. Estudiará las leyes que rigen las excepciones...».

Fruto de la inspiración en esas ideas, aquí parto de esta constatación: el derecho procesal se inclina a lo particular, no a lo general (a pesar de la teoría, o quizás gracias a la teoría). Se reconoce la importancia que tiene ofrecer acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, procesos simples y de duración razonable, procesos que escapen al excesivo rigor formal de la liturgia o ceremonial procesal, etc. Tenemos que adaptarnos a las necesidades de las personas, a los problemas o conflictos de la vida que estas plantean, a las pretensiones insatisfechas, a las cuestiones que las personas quieren plantear y resolver. Y todo ello en el marco de un estado de derecho en el que se desempeñen instituciones sólidas, que sean capaces de brindar soluciones y decisiones justas, con legitimidad, apostando a la construcción de la paz social.

Quizás la explicación a todo esto se pueda situar en la característica o nota de instrumentalidad del derecho procesal respecto de los objetos y sujetos (lo que también se puede asociar, de algún modo, al condicionante que encierra la idea de ley genética de Barrios de Ángelis, 2005, p. 27).

Pero quizás la explicación no sea esa, sino que tenga que ver más con cuestiones sociológicas, culturales, o incluso cuestiones más accidentales o prosaicas de degradación de la ley (simbólicas pero que no se aplican, soluciones de vigencia fugaz, para salir

de urgencias políticas, para captar adhesiones, etc.)⁵⁸⁴.

La desorientación parece estar en la base del sistema (sic) procesal. Su diseño sinuoso, serpentino, laberíntico, *kafkiano* ha sido y es un punto recurrente. Podremos sobre eso generar varios ideales regulativos, varias aspiraciones, pero, en el fondo, lo que seguimos encontrando es algo de caos procesal.

Desde la academia lo que deberíamos hacer para trabajar en todo esto es partir de las constataciones y diagnósticos adecuados, porque, como se suele decir, el primer problema es no saber que tenemos un problema. Creo que al menos esa lección sí la hemos incorporado, y ese lugar ya lo hemos abandonado. Todos (o casi todos) en el procesalismo sabemos que tenemos problemas, muchos problemas (aunque a veces no coincidimos en cuáles son esos problemas, o en el peso relativo de los mismos en el paquete de problemas que tenemos que afrontar y pensar). Y todos (o casi todos), lo que buscamos son respuestas, mejores respuestas. Para eso estamos, para pensar, reflexionar, investigar y, también, proponer.

Tenemos que conocer la realidad para trabajar sobre ella. La realidad indica que la legislación procesal (más o menos como sucede con la legislación en general), se sumerge en la excepcionalidad, en lo concreto, en lo sectorial.

Por su parte, día a día el sistema de justicia más que acercarse a un diseño óptimo (algo utópico pero a la misma vez necesario), parece alejarse.

La falta de racionalidad de la legislación procesal es un problema al que se viene haciendo referencia desde hace años. Quizás sea una problema sin solución⁵⁸⁵, pero no por ello tiene que ser un problema a prescindir o que haya que abandonar. Taruffo (1999, pp. 311-312), hace más de veinte años ya exponía acerca de la crisis de la ley procesal por razones vinculadas a la falta de coherencia, consistencia y simplicidad. También existen problemas como la «pulverización» de la ley o la heterogeneidad de sus contenidos

⁵⁸⁴ Un resumen de estos y otros problemas de la legislación en las sociedades contemporáneas se puede encontrar en el trabajo de Bonjour (2023). Aunque interesante, no ingresaré aquí en las discusiones acerca de la distinción, o no, entre teoría de la legislación y técnica legislativa.

⁵⁸⁵ Dicen Caetano, Sarlo *et alii* (2009, p. 40) que «la racionalidad ahora se busca en el procedimiento por el cual los jueces deciden los asuntos sometidos a su conocimiento. Este paso ha sido inevitable, en cuanto resultaban

insostenibles las propiedades otrora predicadas del ordenamiento jurídico: completo, coherente, evidente y permanente. Ninguna de estas propiedades se da de hecho, ni puede llegar a darse, porque para eso los legisladores deberían ser algo parecido a dioses». Se produjo un giro: de la racionalidad en la producción a la racionalidad en la aplicación (ob. cit., p. 41). De la racionalidad en la legislación a un énfasis cada vez mayor en la racionalidad de la motivación.

(Zagrebelsky, 2016, p. 37)⁵⁸⁶. La «mala praxis» legislativa abunda.⁵⁸⁷

Volviendo a la idea de relacionar todo esto con la ‘patafísica, si es que tiene algún sentido, quizás el sentido este en que allí encontraremos algo de inspiración que nos permita comprender mejor lo que nos está sucediendo.

Donde algunos ven crisis de la legislación procesal, del sistema de justicia, quizás lo que tengamos sea el estado “natural” de las cosas, materia

⁵⁸⁶ El autor refiere a la multiplicación de leyes de carácter sectorial, que reducen la generalidad de la ley o bajan su grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes a medida. Agrega Zagrebelsky: «La ley [...] ya no es la expresión “pacífica” de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...]» (ob. cit., p. 38). En similar sentido, Caetano, Sarlo *et alii* (2009, p. 72) manifiestan que: «La urgencia en legislar, así como el carácter necesariamente particularizado de esa intervención, hicieron colapsar los rasgos más característicos atribuidos a la racionalidad legislativa. Los rasgos de *generalidad*, *abstracción* y *permanencia* fueron sustituidos por la *sectorialidad*, *concreción* y *transitoriedad* de la ley» (cursiva del original).

⁵⁸⁷ En el caso de los Códigos procesales que cada tanto se logran aprobar, al menos en los países iberoamericanos, se puede decir que estos presentan múltiples problemas al ser promulgados y entrar en vigencia. Ya no hay que esperar siquiera a la ley especial o a la ley de excepción. La aprobación de los Códigos trae consigo varios problemas, por ejemplo, de derogación, de interpretación, de aplicación supletoria del derecho, de compatibilidad con instrumentos internacionales, etc. Hablando metafóricamente acerca de la (supuesta, pues en puridad tampoco es tal) armonía o perfección en la composición de los Códigos al día de su sanción, indicaba Couture (1944, pp. 15-16): «Más que una arquitectura, un Código es la

prima con la que inexorable e indefectiblemente tenemos que trabajar los teóricos. Tal vez lo que estamos necesitando sea más sinceridad y un marco teórico más realista, en el que se expliquen:

- a) el surgimiento de los particularismos,
- b) el diseño de los particularismos,
- c) la justificación de los particularismos, etc.⁵⁸⁸

ilusión de una arquitectura. Su armoniosa composición resulta sistemáticamente perfecta el día de la sanción. Pero basta un leve sacudimiento en los fenómenos de la vida social o económica para que la arquitectura se resquebraje. Cuando aparece la ley de excepción, desaparece la arquitectura». En defensa de Couture, autor también de un proyecto de Código de Procedimiento Civil (1945), quizás se pueda decir que lo que él pensaba que se debía esperar de la redacción de un Código no es el estándar técnico que se maneja hoy en día para su aprobación. Sin embargo, y he aquí lo interesante, la cita al Maestro ilustra acerca de lo efímero de la arquitectura procesal, del sistema que -si no se cuida- desaparece. Se podría decir que la idea de sistema procesal se debe construir y cuidar de modo permanente. Por su parte, las razones que agobian a los Códigos se pueden encontrar tanto en problemas atinentes a su preparación o elaboración, como en el tejido normativo circundante (en el cual se insertan los Códigos del siglo XXI), que es mucho más denso que el de los siglos XIX y XX (Soba Bracesco, 2021a, pp. 132-160; 2021b, pp. 564-591).

⁵⁸⁸ Algunos de estos puntos pueden reconducir la reflexión hacia terrenos que normalmente no se incluyen en el campo de estudio de la disciplina procesal, como ser, a modo de ejemplo, el del diseño y calidad de los procesos deliberativos de las leyes (me refiero, a modo ilustrativo, al impacto que puede tener el recurrir a la consulta pública en los procesos de elaboración de las leyes; la intervención de comisiones técnicas que elaboran proyectos que luego no son

Barrios de Ángelis (2005, p. 22) fue uno de los autores (entre varios), que estudió el sistema procesal. El autor lo considera como un conjunto ordenado, integral y total. Pone el énfasis en el orden, no en el desorden. Pero ¿no lo tendríamos que al menos mencionar y considerar?⁵⁸⁹. Si lo que abunda es lo caótico⁵⁹⁰, entonces, quizás lo que nos haga falta para explicarnos qué sucede es una teoría para el caos, una teoría que se genere a partir de entender la relación entre el orden y el desorden, para estudiar la entropía (la medida del desorden en un sistema), y para asimilar los fenómenos individuales.

Creo que necesitamos un marco teórico para analizar qué sucede con tanta excepción, así como con la necesidad de adaptación, de ductilidad o flexibilidad. Es que quizás la racionalidad ya no esté en la uniformidad, sino en la necesidad de adaptación, en la necesidad de generar los particularismos adecuados. ¿Y cómo generamos esos particularismos, esos

ajustes, esa ductilidad dirigida a atender mejor las necesidades de las personas y resolver mejor los problemas que estas plantean en los casos concretos?

Sobre todo esto también se construye el derecho procesal de la actualidad. Quizás, como he dicho, y si se me permite la insistencia, necesitemos de algo así como una ‘patafísica procesal, una teoría del caos, del estudio de la entropía para abandonar cierta candidez, ingenuidad o, acaso, cierta visión de túnel en la disciplina. Entiendo que no se puede forzar la construcción de una teoría general, que no termina explicando adecuadamente lo que sucede en la realidad⁵⁹¹.

En Uruguay, como ha sucedido también con las reformas procesales de otros países, cuando se aprobó lo que se denominó y conoció como Código General del Proceso, se habló de reducir estructuras procesales y por una vocación por la generalidad⁵⁹². Hoy parece que la vocación es por lo

discutidos o debatidos en los parlamentos; los procesos de aprobación de leyes con carácter urgente, etc.); la formación de los procesalistas en temas vinculados a la teoría y/o técnica de la legislación; el estudio de cuestiones económicas, presupuestales, que son relevantes a la hora de implementar reformas procesales, etc.

⁵⁸⁹ Vale puntualizar, siguiendo a Valentin (2013, pp. 33-34), quien a su vez parte de ideas de Barrios de Ángelis que desarrolla y mejora, que los sistemas procesales pueden ser teóricos y normativos: «Los sistemas teóricos son los que desarrolla la doctrina, no necesariamente para explicar el sistema normativo sino, a veces, para exponer un sistema de conceptos que trata de explicar el sistema ontológico del proceso».

⁵⁹⁰ Dice Uscanga Barradas (2020) que la realidad contemporánea evidencia que en el derecho

existe tendencia a un caos palpable y señala algunas razones que lo explican.

⁵⁹¹ Pienso que es válido seguir utilizando la teoría general del derecho procesal como ámbito en el cual se construyen categorías conceptuales fundamentales (se podrá discutir cuáles son), y se encuentran los elementos teóricos que permiten identificar, conformar o proyectar garantías fundamentales para las personas.

⁵⁹² En prólogo a su obra *El proceso civil*, Barrios de Ángelis (1989) destacó que el Código General del Proceso (CGP) es «...general por decisión y por vocación. Por decisión, en cuanto sus normas prevén soluciones generales –así lo expresa la Exposición de Motivos- aplicables a la mayoría de los procesos no penales; por vocación, porque no es un secreto que, sin perjuicio de particularismos menores, sus

particular. Pero esta vocación y tensión particularidad-generalidad, generalidad-particularidad o particularismo-universalidad, universalidad-particularidad no es nueva, es histórica, como bien ha explicado Priori (2021). El movimiento parecería ser pendular, o quizás, mejor, en espiral. La cuestión está en saber en qué momento el péndulo se moverá o cuándo se agregará una espira a la espiral.

Lo que se plantea en términos procesales contemporáneos es que quizás, lo que nos hace falta, es dar un paso más y construir —si se me permite el juego de palabras— una teoría general de lo particular. Una teoría que —como adelantaba en el título— explique la inclinación al particularismo, la adaptabilidad, ductilidad o flexibilidad

principios pretenden penetrar, con razón, en el terreno, aun vedado del proceso penal...».

⁵⁹³ Vale recordar lo que explica muy bien la Suprema Corte de Justicia (SCJ) uruguaya acerca de la discrecionalidad del legislador en el diseño procesal. En jurisprudencia que se ha mantenido a lo largo de los años, la SCJ ha dicho que: «...Conforme las atribuciones que la Carta le confiere (Artículo 18.- Las Leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios), el legislador puede regular el procedimiento de acuerdo a los valores o intereses generales comprometidos en cada caso. (...): ‘...la Carta no ampara una forma concreta de proceso o de procedimiento, sino básicamente que el justiciable tenga ‘su día ante el Tribunal’, es decir, el poder contar con la oportunidad y los medios procesales de ser oído, rendir prueba y formular sus defensas’ (cf. entre otras Sentencias Nos. 450/86, 153/88, 54/90, 57/92, 30/93). Así como, que ‘la facultad legislativa de regular las etapas procesales, la ritualidad de los juicios (art. 18 de la Carta Fundamental), facultad que lleva implícita la de adaptar el proceso a la naturaleza peculiar del derecho

del derecho procesal. Esto es, una teoría que describa y explique qué sucede, por ejemplo, con las tutelas diferenciadas (por qué proliferan, por qué y cuándo son necesarias o convenientes, etc.), con las estructuras sumarias, sumarísimas, abreviadas, extraordinarias, etc.⁵⁹³; una teoría que nos guíe en la interpretación y aplicación de las reglas procesales especiales y excepcionales; una teoría para los ajustes y adaptaciones a las reglas que en algunos casos pueden (¿y deben?) hacer los jueces⁵⁹⁴; o una teoría para los ajustes convencionales (a través de acuerdos procesales) que realicen las propias partes, etc.

CONCLUSIÓN

Se concluye en la necesidad de reperfilear la teoría general del proceso

comprometido en cada relación procesal’ (Sentencias Nos. 70/68, 8/86, 56/86). Y ha establecido que ‘ni el número de etapas o formalidades, ni la supresión de recursos o instancias, dan mérito a la pretensión de inconstitucionalidad (Sentencias Nos. 450/86, 153/88, etc.)’ (Sentencias Nos. 54/90, 30/93 y 186/07)”» (cfme., SCJ – Uruguay, sent. n° 509/2021, de 26 de octubre de 2021).

⁵⁹⁴ Priori (2024, pp. 222-223), citando a Mosmann, enseña que: «...puede ocurrir que el proceso estándar previsto por el legislador se presenta como inadecuado para la protección de un derecho específico o de una persona específica, de modo que se hace preciso hacer ajustes en el procedimiento para que dicho derecho encuentre una protección jurisdiccional conforme a las exigencias de la tutela jurisdiccional efectiva y esa persona acceda en condiciones de igualdad a la jurisdicción. Esos ajustes que se realizan en el proceso específico y concreto es lo que la doctrina procesal latinoamericana ha venido en llamar “adaptabilidad”».

para el estudio de las particularidades. Esto es, una teoría que explique la propensión o inclinación del derecho procesal al particularismo.

Hay un espacio de ignorancia en lo que hace a las relaciones entre los elementos del sistema (sic) procesal, en el que es posible seguir aportando y trabajando, incluso con perspectiva multi e interdisciplinar (por ejemplo, con la ciencia política, con quienes estudian la teoría de la legislación, los sociólogos, los economistas, etc.).

Se trata de elaborar una teoría que permita comprender mejor cómo se inserta el particularismo en el universalismo⁵⁹⁵ (como se tensionan y conviven), y distinguir entre el particularismo justificado del injustificado (que genera, por ejemplo, complejidad y que no ayuda a atender las necesidades de las personas)⁵⁹⁶.

Esto también se podría catalogar como una especie de teoría del *clinamen*, de la inclinación o desviación (aunque no siempre mínima ni imperceptible) aplicada al ámbito de

⁵⁹⁵ Hay que ver qué entendemos por universalismo. Si por universalismo entendemos garantías para todos, respecto a todo tipo de problemas, conflictos, pretensiones, el particularismo podría fortalecer al propio universalismo. No se llega a dar garantías para todos, desde el punto de vista subjetivo y objetivo, sino contemplamos las particularidades, las desigualdades, las vulnerabilidades, las urgencias, las complejidades o simplicidades de los objetos, etc., Un ejemplo de mención a la universalidad, entre otros, lo podemos encontrar en el art. 3 del Código de lo Contencioso Administrativo uruguayo (Ley N° 20.333, de 11/09/2021) establece como principio del proceso jurisdiccional de lo contencioso administrativo la «universalidad de acceso al proceso». Universalidad subjetiva y objetiva a la que ha referido más de una vez Valentin es sus conferencias y que para Gelsi Bidart (2006, p. 195) significa tanto como que «El proceso es, ni más ni menos, un medio o instrumento de garantía, al servicio de todos los derechos invocados o alegados por un hombre cualquiera. Tiene en sí, pues, un sentido de universalidad: garantía para todos y para cada hombre, en relación con cualquiera de sus derechos. Aquí el problema práctico radica en lograr que dicha universalidad se verifique realmente....».

⁵⁹⁶ Como ejemplo se puede mencionar lo que sucede en Uruguay con algunas estructuras procesales. Por un lado, el Código General del

Proceso (CGP) ha previsto una estructura procesal extraordinaria que ha fracasado por ser muy similar a la estructura ordinaria que también regula de dicho Código (y no ofrecer, en ese sentido, una vía que realce la tutela de ciertas pretensiones supuestamente priorizadas por el legislador, aunque por razones no siempre claras). Fuera del CGP, en la Ley N° 18.572 (Ley de Procesos Laborales) sí existe un proceso laboral ordinario que ha sido más exitoso que el extraordinario del CGP (este proceso laboral ordinario podría ser la base para mejorar y reformar el extraordinario del CGP, pero enfrenta críticas —en ocasiones, inmerecidas— de parte de algunos doctrinarios). Por otro lado, el CGP no incluye en su elenco de estructuras una de tipo sumario. Sin embargo, en cuanto a las estructuras sumarias, se han creado algunas especiales, casi idénticas o construidas sobre la base de la remisión a la regulación de la estructura del proceso de amparo (aunque no se trate de amparos), para tramitar las pretensiones de acceso a la información pública, de protección de datos personales, vinculadas a acoso sexual, a ciertos casos de protección de la libertad sindical. El fracaso de la estructura extraordinaria y la ausencia de una estructura sumaria única es parte de una situación que se podría corregir. Los particularismos quizás están justificados, pero no siempre está justificado cómo se ha reaccionado al particularismo por parte del legislador.

nuestra disciplina procesal. Sobre esta peculiar teoría se puede consultar, por ejemplo, a Ferrater Mora (pp. 301-302). Señala allí este autor que pese a las críticas, declaró Guyau que con la doctrina del *clinamen* los epicúreos mostraron una profunda comprensión del contingentismo. Contingentismo que se halla en el fondo de todas las realidades.

Creo que estuvo muy bien que, allá por 1947, un grupo de estudiantes de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Universidad de la República (Uruguay) fundara la revista *Clinamen*. Una revista cuyo lema era tomado del *De Rerum Natura* de Lucrecio: *id facit exiguum clinamen principiorum* (algo así como "lo que provoca una ligera inclinación de los principios" o "que causa una pequeña desviación en los principios"). Dentro de ese grupo de la generación del 45 estaba, por ejemplo, Ida Vitale (y vaya aquí mi homenaje para ella y para todos esos intelectuales).

Puede, entonces, que los procesalistas tengamos que construir nuestra propia teoría del particularismo, una teoría que no lo condene *ex ante* (al particularismo). Eventualmente, podríamos hasta fundar nuestra propia revista *Clinamen*, para generar un espacio donde reflexionar, estudiar, investigar cómo reaccionar ante las necesidades particulares de las personas y sus problemas. Una teoría de los particularismos (cuyos dominios mucho abarcan) en nuestra disciplina.

BIBLIOGRAFÍA

- BACCHETTA, V. J., Claps, M. A., Rama, A. A., Vitale, I (1947). *Clinamen*, 1(1). Montevideo.
<https://anaforas.fic.edu.uy/jspui/handle/123456789/57>
- BARBAGELATA, H-H. (2009). *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales* (segunda edición). Montevideo: FCU.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D. (2005). *Teoría del Proceso*. Montevideo: BdeF.
- *El proceso civil*. Montevideo: Idea.
- BONJOUR, N. (2023). Teorías de la legislación (pp. 155-172). En Bardazano, G. y Marquisio, R. (Coordinadores). *Introducción a la Teoría del Derecho*.
- CAETANO, G. y Sarlo, O. (Coordinadores) *et. al.* (2009). *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucional*. Montevideo: Parlamento del Uruguay - PNUD Uruguay.
- COUTURE, E. J. (1944). Medio siglo de derecho. En separata de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo.
- FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía* (quinta edición). Tomo I, A-K. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- FERRER, C. (2016). Patafísica y conocimiento (pp. 7-16). En Jarry, A. (y otros). 'patafísica junto con Especulaciones. Logroño: Pepitas de calabaza ed.
- GELSI BIDART, A. (2006). *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo: BdeF.
- JARRY, A. (1911/2016) 'Patafísica (en la versión de Faustroll) (pp. 37-39). En

- Patafísica: epítomes, recetas, instrumentos y lecciones de aparato* (traducción Martínez, M.). Buenos Aires: Caja Negra.
- MANCHA ROMERO, P. M. (2017). *Teoría de la complejidad, caos y Derecho: una lectura jurídica de las dinámicas emergentes y no lineales. De la escuela estadounidense y los sistemas caóticos y complejos*. Madrid: Marcial Pons.
- MOSMANN, V. (2022). “Ponencia General-Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica, Tema Adaptabilidad de las formas y acuerdos procesales”, en *XXXI Congreso nacional de Derecho procesal*, Mendoza, 2022.
- (2015). Proceso y Sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva. *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Jujuy: Asociación Argentina de Derecho Procesal (vía academia.edu).
- PRIORI POSADA, G. (2024). *La flexibilidad de las reglas procesales como modo de asegurar el acceso a la justicia civil en américa latina* (pp. 197-230). En Priori Posada, G. y Cavani, R. (directores). *Proceso, prueba y decisión. Un homenaje a Michele Taruffo*. Puno: Zela-PUCP.
- (2021). Aproximación crítica-histórica de la carga de la prueba. En *Cátedra de Cultura Jurídica*. <https://www.youtube.com/watch?v=UxNZ80Z4Gc>
- (2015). El proceso dúctil. En *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal / Universidad Libre. https://www.academia.edu/16329718/El_proceso_d%C3%BActil
- SOBA BRACESCO, I. M. (2024). *Los acuerdos procesales*. Montevideo: FCU.
- (2021a). *Estudios de Derecho procesal*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- (2021b). El derecho procesal, sus fuentes y el desafío de la simplicidad. En *Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP*, 23(2), 564-591. Rio de Janeiro: Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ (patrono: José Carlos Barbosa Moreira *in mem.*). <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/67823>
- TARUFFO, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 311-320. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/racionalidad-y-crisis-de-la-ley-procesal/>
- USCANGA BARRADAS, A. (2020). Del orden al caos. *Problema. Anuario De Filosofía Y Teoría Del Derecho*, 1(14), 345-368. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2020.14.14914>
- VALENTIN, G. (2013). *Principio de congruencia y regla iura novit curia*. Montevideo: FCU.
- ZAGREBELSKY, G. (2016). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (undécima edición, traducción de Gascón, M.). Madrid: Trotta.

DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE): DIREITO ADQUIRIDO OU CONQUISTA DIÁRIA?⁵⁹⁷

JUDICIAL DEFERENCE TO THE DECISIONS OF THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (CADE): ACQUIRED RIGHT OR DAILY ACHIEVEMENT?

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

Professor Permanente do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG), doutor e mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP) e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Goiânia, Goiás, Brasil. E-mail: lucas.bevilacqua@gmail.com

Paulo Wanderson Moreira Martins

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG), bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU). Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: paulo.w.martins@hotmail.com.

RESUMO: Este trabalho procurou abordar os contornos do controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos e decisões emanadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Sabe-se que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou por diversas transformações ao longo dos anos, o que permitiu ao CADE, a partir do seu protagonismo, a assunção de papéis que fortaleceram a sua posição institucional. Dessa forma, suas decisões passaram a ser alvo de questionamentos no âmbito do Judiciário, fato que possibilitou o desenvolvimento de uma jurisprudência em torno dos limites das possíveis revisões. Nesse sentido, a definição da natureza e os elementos das decisões administrativas do Conselho, bem como as medidas do mérito administrativo de tais, tornaram-se parte de uma

discussão que chegou até ao Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, a Corte Constitucional teve a oportunidade de cristalizar julgamentos que, à semelhança do objeto do Recurso Extraordinário n.º 1.083.995-DF, estabeleceram as balizas do controle judicial e evidenciaram a deferência para com as decisões do órgão antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial; Legislação Antitruste; Expertise Técnica; Mérito Administrativo; Política Concorrencial.

ABSTRACT: This work sought to address the contours of the control exercised by the Judiciary in the acts and decisions issued by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). It is known that the Brazilian System for the Defense

⁵⁹⁷ Artigo recebido em 09/03/2023 e aprovado em 09/05/2023.

of Competition has undergone several transformations over the years, which allowed CADE, from its leading role, to assume roles that strengthened its institutional position. In this way, its decisions became the subject of questioning within the Judiciary, a fact that made it possible to develop a jurisprudence around the limits of possible revisions. In this sense, the definition of the nature and the elements of the administrative decisions of the Council, as well as the measures of the administrative merit of such, became part of a discussion that reached the Federal Supreme Court. Thus, the Constitutional Court had the opportunity to crystallize judgments that, similar to the object of Extraordinary Appeal No. 1.083.995-DF, established the limits of judicial control and evidenced deference to the decisions of the Antitrust Council.

KEYWORDS: Judicial Control; Antitrust; Technical Expertise; Administrative Merit; Competition Policy.

INTRODUÇÃO

É remoto e célebre o conceito de que “*todo poder deve sofrer limitação no âmbito das sociedades democráticas*”. Nessa direção, o Estado de Direito, tal como conhecemos, em consonância com o princípio da separação dos poderes, assume o papel de alicerce dessa premissa, instituindo um

regramento normativo lógico que também se aplica às relações econômicas.

Fabrizio Motta⁵⁹⁸ observa que há uma ligação direta entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade, sendo este uma decorrência lógica do Estado Liberal, que seria a “*primeira manifestação do que costuma se denominar ‘Estado de Direito’*”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁹⁹, com a finalidade de proteger o direito de todos a uma existência digna, seguindo os preceitos de justiça social, estabeleceu ao Estado brasileiro e à sociedade, conforme prevê o artigo 170 da Constituição Federal, a missão de construir uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, observando os princípios da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais; da busca pelo pleno emprego; e do tratamento favorecido as empresas de pequeno porte, observadas as prescrições legais.

Nesse diapasão, um dos principais entraves para se atingir o objetivo de conferir maior efetivação a esses princípios está, com toda certeza, em garantir um aumento da eficiência na repressão ao abuso do poderio

⁵⁹⁸ MOTTA, Fabricio; *O paradigma da legalidade e o direito administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197-229.

⁵⁹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2022.

econômico e de seus efeitos nocivos à sociedade. O domínio de mercados gera conseqüentemente uma baixa eficiência, serviços e produtos de baixíssima qualidade, preços abusivos, bem como uma redução ao estímulo à inovação tecnológica e um aumento da concentração de renda na sociedade.

Exercer essa tarefa não é algo simples, ainda mais em se tratando de uma economia dinâmica e aberta, cada vez mais. Assim, as autoridades responsáveis por essa missão precisam ser ágeis, com o objetivo de conferir efetividade ao trabalho, ao mesmo tempo em que precisam se preocupar em garantir segurança jurídica e fazer um acompanhamento rigoroso do mercado.

Esse trabalho, atualmente, é desempenhado, no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (Seprac), do Ministério da Fazenda, e a atuação destes órgãos, que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é fruto de uma evolução de mais de 50 (cinquenta) anos.

Conforme será abordado ao longo desse trabalho, a política antitruste sofreu diversas alterações ao longo desse tempo, o que resultou em um aumento da credibilidade dos órgãos responsáveis por essa missão. Do mesmo modo, a partir de sua estruturação e evolução, naturalmente os atos e decisões administrativas passaram a ser questionadas no âmbito do Poder Judiciário, o que é normal que ocorra em razão do princípio da

inafastabilidade do Judiciário (art.5º, XXXV, CRFB/1988).

No entanto, algumas estatísticas constantes do arquivo do CADE trazem informações curiosas. Na década de 1990, por exemplo, as decisões do órgão raramente eram questionadas na Justiça. Já por volta da década seguinte, cerca de 87% das decisões do órgão eram levadas ao Judiciário, algumas delas bastante emblemáticas, como veto à compra da Garoto pela Nestlé, em 2004.

Nesse sentido, a par desse panorama, muito tem se falado nos últimos anos sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, de competência da 1º Turma da Corte, em que se buscava a revisão de acórdão proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1º Região, que negou provimento ao apelo para afastar a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo emitido pelo CADE.

Nesse sentido, mostra-se importante interpretar, com muito cuidado, a referida decisão da Suprema Corte, a fim de se evitar conclusões equivocadas sobre o *decisum*. Assim, cabe uma leitura rigorosa do Voto Conductor do Agravo Regimental no RE 1.083.995/DF, analisando todos os seus termos, com o objetivo de identificar com clareza a *ratio decidendi* da decisão e o que foi abordado apenas como *obiter dictum*.

Por um lado, entre os argumentos que sustentam a possibilidade de revisão das decisões do CADE estão: o princípio da inafastabilidade do controle

pelo Poder Judiciário implica que a Administração não pode ter a palavra final acerca da conformidade de seus próprios atos; em decorrência de se tratar de um processo sancionador, seria fundamental verificar o respeito aos elementos de legalidade e demais salvaguardas estabelecidas pela Constituição; e, por último, o fato de inexistir duplo grau no âmbito do Conselho acarretaria uma limitação injusta à defesa, no caso de insindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, poder-se-ia compreender pela impossibilidade de revisão das referidas decisões administrativas sob a argumentação da reduzida expertise do Poder Judiciário para decidir sobre intervenções regulatórias, bem como a possibilidade de a referida revisão ocasionar efeitos sistêmicos danosos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

O mencionado julgado, além de ter abordado essas questões, também avançou na categorização da atuação do CADE como atividade de regulação econômica *lato sensu* e reconheceu a competência legal privativa do Conselho para o exercício da sua jurisdição administrativa prevista na legislação concorrencial.

Diante de tais considerações, cabe questionar qual o limite de competência estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para avaliar as decisões administrativas emanadas pelo referido órgão antitruste.

1. O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é atualmente uma autarquia em regime especial. Originalmente criado em 1962, enquanto órgão integrante da estrutura do então Ministério da Justiça (MJ), competia ao CADE, naquela época, a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Somente em 1994 houve a alteração da sua natureza jurídica, com a transformação do órgão em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei Federal n.º 8.884/1994.

A referida Lei estabelecia as atribuições do CADE, bem como da então Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e da então Secretaria de Direito Econômico (SDE), que formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nesse contexto, competia ao CADE a apreciação dos atos de concentração (fusões, aquisições, etc.), bem como o julgamento de processos administrativos relacionados a condutas anticompetitivas. Destarte, os processos eram instruídos pela Seae e SDE, que se pronunciavam por meio de pareceres técnicos não vinculativos, a serem submetidos a julgamento posterior pelo CADE.

1.1 NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI N.º 12.529/2011

Em 30 de novembro de 2011, foi publicada a Lei Federal n.º 12.529/2011, que definiu a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja vigência se iniciou a partir de maio de 2012. Por meio desta Lei, todo o SBDC foi remodelado e a política

antitruste brasileira foi consideravelmente alterada.

A partir de então, o CADE passou também a instruir os processos de análise de atos de concentração, bem como os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, competência que era anteriormente atribuída aos outros órgãos do SBDC.

Por meio dessa legislação, o Conselho ganhou uma estrutura nova, constituída pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A Secretaria de Direito Econômico, órgão do então Ministério da Justiça, foi extinta, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico deixou de ter a atribuição de instruir os processos a serem apreciados pelo CADE, passando a exercer a função de promover advocacia da defesa da concorrência em face dos órgãos do governo e à sociedade.

Incumbiu-se à Superintendência-Geral o dever de desempenhar, nesse novo modelo, boa parte das funções que antes eram de competência da SDE e da Seae (atual Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac), incluindo a análise dos atos de concentração, bem como a investigação e instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico. Ao Departamento de Estudos Econômicos, outro órgão componente dessa estrutura do CADE, atribuiu-se a função de aprimorar as análises econômicas e guarnecer o aumento da segurança sobre os

impactos das decisões do Conselho no mercado.

1.2 PRINCIPAIS MUDANÇAS NA ATUAÇÃO DO CADE

Uma das principais mudanças ocorridas após a promulgação da Lei Federal n.º 12.529/2011 foi a exigência de prévia submissão ao CADE de aquisições e fusões de empresas e companhias que possam desencadear efeitos anticompetitivos. Pelo regramento anterior, tais situações poderiam ser levadas ao conhecimento do Conselho após a sua consumação, o que qualificava o Brasil como uma das poucas nações do mundo a aplicar uma verificação posterior de controle de estruturas. Essa análise prévia robusteceu a segurança jurídica das análises, conferindo também maior agilidade à tramitação dos atos de concentração, decorrente do estabelecimento de um prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para o órgão avaliar as fusões, prazo este que pode ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias, caso seja atribuída a qualidade de operação complexa.

A nova legislação também modificou o valor mínimo das sanções de multa que podem ser aplicadas às companhias nos casos de comprovação de condutas anticompetitivas. A partir de maio de 2012, tais sanções por infração à ordem econômica passaram a variar entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa no ramo de atividade que se identificou a infração. Essa mudança permitiu um aumento da capacidade do CADE de definir, por meio de critérios cristalinos, sanções e penalidades

proporcionais e adequadas para a efetiva vigência da política de combate a condutas anticompetitivas.

Apesar da sua natureza jurídica de autarquia especial e da definição de órgão regulador estabelecida no Acórdão proveniente do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, proferido pela 1ª Turma da Corte Constitucional, o CADE não se considera uma agência reguladora da concorrência propriamente dita, conforme sintetiza a descrição contida no sítio do aludido Conselho⁶⁰⁰.

Por outro prisma, o CADE conceitua-se como uma autoridade de defesa da concorrência, cuja responsabilidade seria a de

julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor (Instituto de Defesa do Consumidor – Procon,

Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJ etc.) ou dos trabalhadores.

Destarte, para cumprir a missão institucional de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”, o CADE realiza um diálogo interinstitucional com diversas outras políticas públicas, por meio de uma articulação com diversos órgãos e instituições ligadas à política antitruste e de defesa do consumidor.

1.3 NATUREZA DAS DECISÕES DO ÓRGÃO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Conforme disciplina a Lei Federal n.º 12.529/2011, que estruturou o SBDC em seus moldes atuais, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela legislação antitruste. Destarte, no art. 4º do referido Diploma, o legislador confere o status de “entidade judicante” ao CADE, conferindo a ele, inclusive, “jurisdição em todo o território nacional”.

Ampliando ainda mais a força das manifestações do Conselho, o legislador previu, no §2º do art. 9º da aludida Lei, a previsão expressa de que as decisões do Tribunal não comportariam revisão no âmbito do Poder Executivo, garantindo a promoção imediata da sua execução, com a devida

⁶⁰⁰ Para saber mais sobre o histórico do CADE: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a->

[informacao/institucional/historico-do-cade](https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade)>. Acesso em 31 jan. 2022.

comunicação, em seguida, ao Ministério Público.

Nessa mesma direção, estabeleceu-se a força de título executivo extrajudicial às decisões do Plenário do Tribunal que imputem multa ou imponham obrigação de fazer ou não fazer. Além disso, atribuiu-se competência à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE a função de promover a execução judicial das decisões e julgados do Conselho.

Estabelecidas essas premissas, é possível avançar um pouco mais na exploração da natureza das decisões do CADE e eventuais decorrências de tal qualificação.

Em que pese a legislação estudada atribua “função judicante” ao CADE, uma interpretação sistemática e teleológica das normas antitruste, em consonância com a definição de unidade do ordenamento jurídico⁶⁰¹, permite concluir que, ao prever função judicante ao órgão antitruste, o legislador não quis atribuir função judicial ao referido Conselho, o que seria impossível no modelo constitucional que adotamos.

Nesse sentido, parece-nos que o que se quis reforçar é a possibilidade de a autarquia julgar administrativamente os casos submetidos à sua apreciação, emitindo privativamente o juízo de valor sobre fatos e questões abordadas nos respectivos processos.

Isso ganha ainda mais reforço ao se analisar a estrutura de formação do referido Conselho, que apesar de

autônomo, integra a estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública, parte do Poder Executivo, o qual possui como função típica o ato de administrar. Assim, tratam-se, em verdade, de decisões administrativas que, a partir dessa perspectiva, e utilizando-se como base o imperativo constitucional, ainda podem ser submetidas ao crivo de análise do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, por outro lado, possui contornos e características singulares, que diferencia as suas estruturas dos demais órgãos e entidades de outros poderes, que exercem atipicamente, e sem sentido amplo, a função de julgar. Além disso, por adotarmos o modelo de jurisdição una, toda essa estrutura judicante, por essência, é que detém a palavra final sobre qualquer assunto submetido à sua manifestação.

Outra questão interessante acerca da natureza das decisões do CADE é se estas podem ser classificadas em vinculadas ou discricionárias, em virtude do grau de liberdade que a Lei confere ao Conselho para aquiescer ou não com atos de concentração, bem como para julgar os consequentes processos administrativos.

Importante destacar que a legislação antitruste traz diversos conceitos jurídicos indeterminados, o que confere abertura para uma interpretação ampliada de possibilidades. Como exemplo,

⁶⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, Capítulo 10 (p. 184).

podemos destacar a ausência de previsões pormenorizadas sobre os casos em que, especificadamente, ocorre abuso de poder econômico ou casos que culminarão na eliminação da concorrência, em virtude de concentração.

Justamente por prever expressões sem conteúdo pré-determinado, é que poder-se-ia cogitar que o CADE possui poder discricionário no exercício de suas competências. Entretanto, não se trata de uma tarefa simples, embora a maior parcela da doutrina defenda que a aplicação prática de tais conceitos abertos representa um processo nato de interpretação do Direito, que consequentemente se insere no campo da legalidade, o que atrairia a possibilidade de revisão judicial.

O Conselho, em que pese exerça função judicante em sentido amplo, conforme já explorado, por se tratar de um ente administrativo do Poder Executivo, emana atos administrativos. Para os autores João Rodas e Gesner Oliveira⁶⁰², "*as decisões do Cade, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados*".

Sob a mesma ótica, Maria Cardozo⁶⁰³ defende que a principal característica que diferencia as decisões do Conselho dos atos

praticados sob o viés discricionário reside na falta de valoração subjetiva pelos integrantes do órgão antitruste.

Nessa linha, o poder discricionário não parece estar ligado com a ausência de determinação dos conceitos jurídicos, mas sim com a caracterização de o administrador ter liberdade para atribuir valoração pessoal e tomar decisões sob os prismas de conveniência e oportunidade, principais atributos de tais atos não vinculados.

Nesse sentido, aplicar conceitos indeterminados consiste essencialmente na tarefa de aplicar propriamente a lei, em típico caso de subsunção, a situações ocorridas no mundo real. A tarefa do CADE se encaixa perfeitamente nessa situação, na medida em que a legislação antitruste estabelece os princípios e regras que devem ser observados pelo Conselho em suas manifestações, o qual tem a obrigação legal de aplicar tais institutos a situações concretas. As decisões, portanto, estariam adstritas às normas jurídicas e não às convicções particulares dos seus integrantes.

A liberdade do CADE para decidir, portanto, seria limitada pelo legislador, conferindo status de atos vinculados e não discricionários, conforme defende o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles⁶⁰⁴.

Com relação à corrente doutrinária que milita a favor da

⁶⁰² OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Renovar, 2005.

⁶⁰³ CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-*

Constituição de 1988. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

⁶⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2004.

insindicabilidade ou quase insindicabilidade das decisões do CADE, a doutrina do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁶⁰⁵ defende que as “*decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomadas pelo órgão especializado, gozam de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante do erro grosseiro*”).

Em lado diametralmente oposto está a corrente majoritária, que, apesar de qualificar o trabalho do CADE como eminentemente técnico e especializado, não o caracteriza como discricionário, por não se tratar de um ato de governo, mas ato de Estado, que deve seguir rigorosamente os ditames constitucionais e legais.

2. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Quando abordamos as características de um ato administrativo, quer seja questionando os requisitos para qualificá-lo como discricionário ou vinculado, ou até mesmo explorando a dimensão do controle que pode ser exercido pelo Poder Judiciário, sempre vêm à tona as diversas possibilidades de classificação ou categorização pela doutrina e jurisprudência desse mecanismo de externalização da voz da administração. São atos que possuem, portanto,

características bem diversas daquelas decorrentes do ato judicial ou dos atos jurídicos da seara privada.

O ato administrativo é, em essência, um ato de manifestação da vontade da administração pública que tem por objetivo materializar a intenção do legislador ordinário, sob a tutela do direito público, a fim de adquirir, alterar, proteger, exigir, extinguir ou transmitir direitos ou impor deveres aos administrados.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰⁶, o ato administrativo pode ser conceituado como a “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público, e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”.

Já o saudoso Professor José dos Santos Carvalho Filho⁶⁰⁷ entende que o ato administrativo consiste na “*exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, que, nessa condição, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público*”.

O texto do art. 2º da Lei Federal n.º 4.717/1965 nos possibilita avançar na exploração desses elementos ou requisitos do ato administrativo, os quais podemos sintetizar da seguinte forma: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Na mesma seara, entre os atributos de tais atos está a

⁶⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.206, 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

⁶⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 92, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, 2007.

presunção de legalidade e legitimidade; a coercibilidade ou imperatividade; o poder de executoriedade; e a tipicidade.

A competência é a condição de validade de qualquer ato administrativo. É o poder prescrito na legislação que estabelece atribuições legais ao representante da administração pública para a prática do ato administrativo propriamente dito.

A forma, nesse mesmo diapasão, representa o meio através do qual a vontade é exteriorizada. Significa a necessidade de observar, de forma regular e completa, as formalidades previstas na lei para a existência do ato administrativo.

O objeto representa a modificação no mundo jurídico que o ato administrativo pretende ocasionar. Trata-se do objetivo imediato da vontade do ato, o seu resultado prático. Já o motivo, pode ser caracterizado como as razões fáticas ou de direito que ocasionam a vontade do representante da administração pública no momento da prática do aludido ato. Nessa mesma linha, a motivação pode ser definida como a exposição dos fundamentos jurídicos e fáticos do ato.

A finalidade, por fim, representaria o bem jurídico demandado pelo ato administrativo, que possui como baliza o interesse público.

Com relação aos seus atributos, destacamos a presunção da legalidade, segundo a qual supõe-se que o ato administrativo foi editado seguindo todas as prescrições legais, sendo

válido e verdadeiro. Trata-se de uma presunção relativa, o que, portanto, pode ser alvo de prova em contrário.

Essa explanação é importante, haja vista que a finalidade, os motivos e as causas do ato administrativo caracterizam-se como limitações ao exercício da discricionariedade. Além disso, o mérito administrativo constitui-se exatamente a partir da valoração da designação do objeto e dos motivos do ato administrativo, feitas pela administração.

E é justamente esse mérito do ato administrativo o cerne das questões travadas neste trabalho, a partir da discussão se o Poder Judiciário pode (ou não) adentrar a esse espaço do ato administrativo para efetivar o seu controle.

Conforme já explanamos acima, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica podem ser consideradas como atos administrativos vinculados, em que pese a existência de conceitos indeterminados que devem ser objeto de valoração pelo órgão técnico.

Nesse sentido, resta indagar se a visão do Judiciário sobre a possibilidade de controle também abrangeria esses elementos, representando uma evolução da noção de insindicabilidade do mérito administrativo, uma verdadeira imunidade à investigação judicial, no período pré-Constituição de 1988, conforme retrata a Professora Vanice do Valle⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do

controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, p. 110, 2020.

3. CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

No âmbito da ADI 4874/DF, abordou-se a questão da sindicabilidade dos atos normativos das agências reguladoras, o que sinalizou o prumo da direção a ser adotada majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal, com relação à temática.

Registrou-se que, com relação a questões técnicas muito específicas, seria notório que o Poder Judiciário não possuiria o conhecimento pleno das razões que direcionaram para a edição de um ato. Essa constatação seria justificativa para a necessidade de se reforçar o cuidado que o Judiciário deve ter ao realizar o controle de atos tais.

Obviamente que, nos casos em que a ação administrativa exorbitar a competência prevista para o órgão regulador, adotando uma posição que, embora legal, não esteja no escopo das suas atribuições, tais posicionamentos não estariam imunes ao controle judicial⁶⁰⁹.

Conforme já tratamos em tópico anterior, o controle das decisões do CADE pelo Poder Judiciário evoluiu na mesma medida em que a legislação antitruste se consolidou no Brasil, em especial após a Lei Federal n.º 12.529/2011.

Nessa linha, o êxito do CADE no âmbito do Poder Judiciário tem permanecido em índices razoáveis ao longo dos últimos anos. Com relação ao resultado dessas ações, o que podemos observar é uma tendência do Poder

Judiciário de manutenção das decisões do órgão antitruste brasileiro ao longo do tempo.

3.1 O PRECEDENTE DO STF NO ÂMBITO DO RE 1.083.955/DF

Nesse sentido, emblemáticas foram as discussões travadas em torno do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1.083.955/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, no âmbito da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

O cerne do debate girava em torno de uma decisão do CADE no âmbito de um processo administrativo em que se apurou práticas imputadas à formação de cartel, estímulo à restrição de concorrência, bem como formação ilegal de conduta entre concorrentes.

Ao final da tramitação, o Conselho concluiu, conforme relata o Voto Conductor do Acórdão, que as empresas tais se valeram de seu poder econômico indevidamente. Em razão disso, restaram identificadas as infrações previstas na legislação antitruste, e o CADE aplicou as penalidades devidas.

A argumentação da empresa para justificar a cassação da decisão do Conselho, que acabou acolhida pelo juízo de primeira instância, girava em torno da inadequação material das condutas às infrações previstas na legislação antitruste e que a conduta imputada era mero “*lobby*”, prática que não configuraria infração à ordem econômica.

⁶⁰⁹ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law*

Journal, Volume 1989, Number 3, p. 519, June 1989.

O CADE recorreu da referida decisão e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF) reformou o julgado e reestabeleceu a decisão da autarquia, reconhecendo a impossibilidade de revisão judicial do mérito administrativo das decisões do CADE.

No caso, o Tribunal de origem reconheceu que o Judiciário não poderia substituir o juízo de valor feito pelo órgão administrativo e ingressar no cerne do mérito da decisão do Conselho.

Nos termos do acórdão do TRF, *atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos (...) é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria (...). No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro*

Destarte, o referido Tribunal assentou expressamente, que *“estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial”*.

No mesmo sentido, a Suprema Corte considerou que *“a expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia”*.

Nessa mesma linha, Eduardo Jordão⁶¹⁰ defende que, por tratar controvérsias complexas, que exigem tratamento qualificado e especializado, o Judiciário não teria condições plenas para exercer o controle jurisdicional das escolhas públicas e técnicas atinentes à regulação da atividade econômica, bem como os seus reflexos em todo o sistema.

Assim, os principais argumentos que fundamentariam o dever de deferência do Judiciário às decisões de órgãos reguladores, em especial o CADE, repousariam na falta de capacidade institucional dos tribunais para decidir sobre questões regulatórias, por envolver prognósticos de gênese técnica e questões de padrão policêntrico. Soma-se a isso a possibilidade desse controle ocasionar efeitos sistêmicos que poderiam ser nocivos à dinâmica e coerência regulatória.

Dessa forma, consigna o acórdão que a *“natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial”*, situação que conferiria à administração pública maior capacidade para analisar os elementos econômicos e fáticos próprios da atividade regulada.

Caso contrário, uma intervenção desproporcional do Poder Judiciário, poderia ensejar consequências de cunho negativo às proposições da Administração Pública. Por um prisma

⁶¹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do*

controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 131-141).

pragmático, adentrar ao mérito do ato administrativo poderia ocasionar um comprometimento da coerência e unidade da política regulatória, gerando uma paralisia de efeitos sistêmicos extremamente negativos.

Assim, o Supremo chancelou expressamente sua deferência às decisões do CADE, reconhecendo a sua competência técnica para a avaliar e valorar os processos submetidos à sua apreciação.

Por outro lado, também restou consignado no acórdão do STF a possibilidade de o Judiciário analisar a legalidade ou abusividade dos atos administrativos, incluindo as decisões do CADE, podendo abordar os requisitos de tais, desde que não se adentre ao seu mérito.

3.2 O PRECEDENTE DO STJ NO ÂMBITO DO RESP 1.979.138/DF

Outra decisão recente, e emblemática, envolvendo o CADE, foi a adotada no âmbito do Recurso Especial n.º 1.979.138/DF, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves. No aludido processo, discutiu-se a assertividade do Conselho Administrativo, no exercício de seu papel sancionador, ter negado a produção de prova técnica.

O caso concreto, submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, avaliou a regularidade de negativa de requerimento apresentado pela parte, junto ao CADE, para a produção de prova pericial de natureza econômica.

Em seu voto, consignou o Exmo. Relator que

Dentro da seara do direito sancionador, por meio do qual a

Administração Pública exerce a sua prerrogativa de punir atos que repute contrários às normas jurídicas prescritivas de comportamentos, devem incidir as limitações próprias das garantias asseguradas em geral a todos aqueles que se encontram no polo passivo dessa relação jurídica de sujeição.

Não obstante discordar do encaminhamento adotado pelo CADE, o qual havia indeferido a produção probatória solicitada, o Relator registrou expressamente que essa conclusão não seria “*uma incursão no mérito administrativo, ou nas conclusões a que chegou o julgador administrativo, mas sim uma exigência da observância das garantias fundamentais que devem ser asseguradas ao acusado, no contexto de um devido e regular processo administrativo*”.

Assim sendo, o referido *Decisum* parece não ter afrontado o entendimento adotado pela Suprema Corte, analisado no tópico anterior, já que o cerne da questão tratada no Recurso Especial cingiu-se à matéria processual, não adentrando ao mérito administrativo propriamente dito.

3.3 A RECOMENDAÇÃO CNJ N.º 135/2022

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também recentemente, sob o argumento de maximizar a segurança jurídica e de impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência, editou, em 2022, de

forma inédita, uma Recomendação a todos os magistrados brasileiros a fim de prevenir conflitos e diminuir a judicialização de questões envolvendo o CADE.

Esse movimento segue a linha mestra definida pelo STF no âmbito do RE 1.083.955/DF, no sentido de privilegiar, sempre que possível, as decisões do Conselho, evitando e desestimulando a criação de um juízo revisional meramente extensivo no âmbito do Poder Judiciário.

Embora a Suprema Corte não tenha vetado a submissão ao Judiciário de questões envolvendo decisões da Autarquia, estabeleceu-se algumas balizas a fim de se evitar que esse controle se dê de forma nociva e desarrazoada, o que poderia ocasionar impactos no mercado que não podem ser mensurados adequadamente pelo magistrado.

Nesse sentido, ao recomendar expressamente aos magistrados que “sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, o CNJ busca minimizar os efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar, privilegiando, de certa forma, as manifestações do CADE.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado ao longo deste trabalho, o CADE é um órgão administrativo por excelência,

integrante da estrutura do Poder Executivo e responsável por intervir nas questões atinentes à política concorrencial no País.

Como visto, a política antitruste passou por diversas transformações ao longo do tempo, situação que permitiu um aperfeiçoamento dos órgãos responsáveis, em especial o CADE.

Ao lado disso, houve um aumento dos questionamentos de suas decisões no âmbito do Poder Judiciário, o que permitiu a construção de uma jurisprudência em torno dos limites impostos para tal controle.

Além disso, explorou-se os contornos próprios das decisões do Conselho, enquanto atos administrativos por primazia, e a sua categorização como atos vinculados, respeitadas as balizas impostas pela legislação antitruste.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, reforçou a postura de deferência às decisões do Conselho, salientando a falta de capacidade institucional dos tribunais judiciais para decidir sobre questões regulatórias, por envolver prognósticos de gênese técnica e questões de padrão policêntrico, bem como a possibilidade de esse controle ocasionar efeitos sistêmicos que poderiam ser nefastos à dinâmica e coerência regulatória.

Por outro lado, restou reforçada a possibilidade de intervenção do Judiciário para avaliar a legalidade ou abusividade de tais atos, desde que não se adentre ao mérito administrativo propriamente dito.

No bojo do REsp 1.979.138/DF, julgado posteriormente ao aludido RE, o Superior Tribunal de Justiça acabou por testar os limites de tal controle, ao anular decisão do Conselho que indeferiu a produção de prova técnica solicitada por uma das partes. Todavia, o Voto Condutor da referida Decisão expressamente reforçou os limites de tal revisão, ao constar expressamente que não se estava adentrando ao mérito da referida decisão do órgão administrativo, mas apenas garantindo o cumprimento do devido processo legal.

Outra novidade foi a deliberação do Conselho Nacional de Justiça, em sua 111ª Sessão Virtual, ocorrida em 9 de setembro de 2022, que decidiu expedir a Recomendação n.º 135/2022, orientando aos magistrados brasileiros, “*sempre que possível*”, realizem a oitiva do órgão antitruste, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos do CADE, com o objetivo expresso de se minimizar os efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar pelas partes.

Assim, não obstante esses importantes precedentes, podemos concluir que ainda há espaço para discussões envolvendo os limites da atuação do órgão, não se caracterizando em uma imunidade absoluta ou direito adquirido, conforme expressamente consignado pela Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

- AGRA JÚNIOR, Walter de. *Controvérsias na revisão judicial de decisões do Cade*. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Ev-entos/483/Walter_Agra.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 135, de 12 de setembro de 2022*. Disponível: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/-/Rec_135_2022_CNJ.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1979138/DF*, Relator Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.874/DF*, Relatora Min. Rosa Weber, julgada em 1º fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1083955/DF*, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28 mai. 2019.
- CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 92, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, 2007.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.206, 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 131-141).
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, Capítulo 10 (p. 184).
- MOTTA, Fabricio; *O paradigma da legalidade e o direito administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197-229.
- OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Renovar, 2005.
- SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, Volume 1989, Number 3, p. 519, June 1989.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, p. 110, 2020.

O TRÂNSITO DE TÉCNICAS DOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA A EXECUÇÃO A PARTIR DA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL⁶¹¹

THE TRANSIT OF TECHNIQUES FROM JUDICIAL RECOVERY PROCESSES TO EXECUTION BASED ON PROCEDURAL NEGOTIATION

Marcela Kohlbach de Faria

Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Advogada, Rio de Janeiro/RJ, e-mail: marcela.kohlbach@kincaid.com.br

Caroline Christyne Goebel

Especialista em Direito Processual Civil, integrante da Processualistas, Advogada, Curitiba/PR, e-mail: caroline.cgoebel@gmail.com

RESUMO: O ordenamento jurídico processual brasileiro, disciplinado, especialmente, pelo Código de Processo Civil, dispõe sobre o procedimento comum, aplicável, de modo geral, a ações ordinárias e de forma subsidiária a outras espécies de ações, e, para além disso, dispõe sobre procedimentos especiais, previstos também na legislação específica, a exemplo daquele previsto na Lei de Recuperação Judicial e Falência de empresas. Por consequência, o ordenamento jurídico processual, seja pelo CPC, seja pela legislação específica, também disciplina técnicas processuais comuns e especiais, aplicáveis em cada um dos procedimentos para os quais o legislador teve o intento de criar a respectiva técnica. Ocorre que, dado o caráter consensual trazido ao processo civil pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial por meio da previsão expressa sobre a celebração de

negócios jurídicos processuais, admite-se, atualmente, a flexibilização de procedimentos, por meio do trânsito de técnicas de um procedimento para o outro. Isso porque, embora o legislador não tenha previsto uma determinada técnica para um procedimento específico, esta pode se demonstrar útil e compatível com os objetivos deste procedimento. Assim, a flexibilização por meio do trânsito de técnicas procedimentais originariamente previstas na lei para procedimentos específicos consiste em método capaz de garantir maior eficácia à tutela jurisdicional. Exemplo de procedimento que pode receber técnicas processuais consiste no processo executivo, sob o fundamento de que este processo necessita maior efetividade e celeridade em prol do credor. O presente artigo analisa, assim, as condições para celebração de negócios jurídicos processuais voltados ao trânsito de técnicas processuais da Lei de

⁶¹¹ Artigo recebido em 13/09/2023 e aprovado em 12/12/2023.

Recuperação Judicial e Falências para o processo executivo, e exemplifica técnicas previstas na lei e sua aplicabilidade no processo executivo. A análise demonstra que a absorção de técnicas oriundas do processo de recuperação judicial e falências pode conferir maior efetividade à busca do credor pela satisfação de seu crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Técnicas Processuais; Negócio Processual; Recuperação Judicial; Execução.

ABSTRACT: The Brazilian procedural legal system, governed especially by the Code of Civil Procedure, provides for the common procedure, applicable, in general, to ordinary actions and in a subsidiary manner to other types of actions, and, in addition, provides for procedures special, also provided for in specific legislation, such as that provided for in the Law on Judicial Reorganization and Bankruptcy of companies. Consequently, the procedural legal system, whether through the CPC or through specific legislation, also regulates common and special procedural techniques, applicable in each of the procedures for which the legislator intended to create the respective technique. It turns out that, given the consensual character brought to civil proceedings by the 2015 Code of Civil Procedure, in particular through the express provision on the conclusion of procedural legal transactions, it is currently possible to make procedures more flexible, through the transit of techniques from one procedure to the next. This is because, although the legislator has not foreseen

a certain technique for a specific procedure, it may prove to be useful and compatible with the objectives of this procedure. Thus, flexibility through the transfer of procedural techniques originally provided for in the law for specific procedures is a method capable of guaranteeing greater effectiveness in judicial protection. An example of a procedure that can receive procedural techniques is the executive process, on the grounds that this process requires greater effectiveness and speed in favor of the creditor. This article therefore analyzes the conditions for concluding procedural legal transactions aimed at the transfer of procedural techniques from the Judicial Reorganization and Bankruptcy Law to the executive process, and exemplifies techniques provided for in the law and their applicability in the executive process. The analysis demonstrates that the absorption of techniques from the judicial recovery and bankruptcy process can make the creditor's search for satisfaction of his credit more effective.

KEYWORDS: Procedural Techniques; Procedural Transaction; Judicial Recovery; Execution.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro elenca uma série de técnicas processuais aplicáveis ao procedimento comum. Tais técnicas foram criadas pelo legislador no intuito de fazer com que o processo seja o mais adequado e compatível possível ao direito tutelado. Ocorre que, dada a complexidade do

sistema jurídico, o procedimento comum se mostrou insuficiente para tutelar as diversas formas pelas quais se manifesta o direito material.

Neste cenário, passou o legislador a criar inúmeros procedimentos especiais, previstos ou não no Código de Processo Civil. A criação de tais procedimentos resultou na criação de técnicas processuais distintas que, por sua vez, resultou no desenvolvimento da lei e da doutrina a respeito da aplicação de tais técnicas em procedimentos distintos daqueles para os quais foram criadas. Manifestações de tal entendimento são os artigos 318, parágrafo único e o artigo 327, § 2º do CPC/15, que demonstram o reconhecimento, pelo legislador, da necessidade de flexibilização de técnicas processuais com o objetivo de melhor adequar a tutela jurisdicional ao direito material.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 corresponde a emblemático marco legislativo no que diz respeito aos negócios jurídicos processuais. Trata-se de instituto objeto de estudo aprofundado na doutrina e de debates intensos, o qual tem sido cada vez mais utilizado na prática forense e admitido em diversas espécies de procedimentos.

Diante da cláusula geral de negociação prevista no artigo 190, os negócios jurídicos processuais podem vir a ser utilizados, inclusive, como meio de transporte de técnicas entre procedimentos, sejam eles especiais ou

comum, objetivando a adequação da tutela jurisdicional ao direito material. Neste cenário, destaca-se a importância dos negócios jurídicos processuais especificamente no âmbito do processo executivo previsto no CPC/15, de modo que se garanta a efetividade, celeridade e a não excessividade dos direitos dos credores e devedores.

Nesse contexto, o presente artigo divide-se em três capítulos que objetivam a análise não exaustiva sobre o tema. O primeiro corresponde à análise doutrinária e legal a respeito dos princípios da adequação e compatibilidade de técnicas processuais, os quais fundamentam o trânsito entre técnicas previstas na lei para o procedimento comum e para os procedimentos especiais. O segundo analisa a celebração de negócios jurídicos processuais como forma de trânsito de técnicas processuais para procedimentos distintos daqueles para os quais tais técnicas foram criadas. O terceiro, por fim, busca a análise de exemplo específico no qual o transporte de técnicas pela via do negócio jurídico processual pode se demonstrar útil e efetivo, qual seja, a utilização de técnicas da ação de recuperação judicial prevista na Lei Federal n. 11.101/05 nos processos de execução previstos no CPC/15.⁶¹²

Nessa linha, objetiva-se, pelo presente artigo, demonstrar, de forma exemplificativa, a possibilidade de construção de ambiente processual efetivo, célere e de interesse das partes

⁶¹² Para fins de delimitação do objeto do presente trabalho, destaca-se que as técnicas analisadas no artigo correspondem apenas à ação de

recuperação judicial prevista na Lei Federal n. 11.101/05, dado o caráter menos flexível e mais procedimental da ação de falência.

envolvidas em demandas judiciais, que visem a solução adequada de conflitos.

1. ADEQUAÇÃO E COMPATIBILIDADE DE TÉCNICAS PROCESSUAIS: TRÂNSITO ENTRE AS TÉCNICAS DO PROCEDIMENTO COMUM E DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

O exercício da tutela dos direitos por meio do acionamento da prestação jurisdicional demanda a utilização de técnicas adequadas para a efetivação do direito material. Nesse sentido, a prestação jurisdicional caracteriza-se como espécie do gênero tutela de direitos, na qual incluem-se sentenças, meios executivos, procedimentos e formas de cognição em diferentes amplitudes como técnicas processuais voltadas à adequada prestação da tutela jurisdicional. Isso porque a própria tutela jurisdicional exige uma resposta adequada a respeito do resultado oriundo do processo no plano do direito material.⁶¹³ Não é de hoje que se reconhece que o processo é instrumento para a satisfação do direito material, e não um fim em si mesmo. No entanto, é crescente o reconhecimento das peculiaridades de cada demanda de direito material e a necessidade de

incremento das técnicas processuais de forma a garantir ao jurisdicionado a tutela que mais se adequa à sua demanda.⁶¹⁴

Classicamente, como um resquício da era das codificações, pensava-se em um procedimento “padrão” para busca da tutela jurisdicional efetiva: um procedimento único que se prestava para a solução do maior número de pretensões de direito material possíveis.⁶¹⁵

Ocorre que relações jurídicas de direito material são complexas, e demandam tratamentos distintos. O legislador não é capaz de prever um procedimento único que abarque técnicas processuais efetivas para o exercício da tutela jurisdicional na resolução eficaz de todos os litígios oriundos das relações de direito material. Determinada construção legal pode não corresponder a técnica sempre efetiva de resposta ao direito material.⁶¹⁶

De tal complexidade, e na tentativa de prever tutelas específicas para diversos tipos de demandas, originaram-se inúmeros procedimentos especiais, atualmente previstos não apenas no Código de Processo Civil,⁶¹⁷ como também na legislação esparsa.⁶¹⁸ Especiais porque se prestam a

⁶¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 98-99.

⁶¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 14.

⁶¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 17.

⁶¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 100.

⁶¹⁷ Por exemplo, a ação de consignação em pagamento (art. 539 a 549, CPC/15), ação de exigir contas (art. 550 a 553, CPC/15), ações possessórias (art. 554 a 566, CPC/15) entre outros.

⁶¹⁸ Por exemplo, Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), Lei n. 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança) e a Lei n. 11.101/05 (Lei da

determinadas situações jurídicas específicas de direito material não atendidas pelo procedimento comum.⁶¹⁹

Assim, os procedimentos em si correspondem a técnicas processuais, de modo que a criação, pelo legislador, de procedimentos especiais resultou na criação de técnicas processuais distintas da técnica processual extraída do procedimento comum.

Contudo, ainda assim, a existência de um procedimento comum e de procedimentos especiais esparsos não permite a conclusão de que a norma positivada supre todas as relações jurídicas de direito material a ponto de se afirmar que a técnica adotada para a tutela jurisdicional, seja ela comum ou especial, será sempre efetiva. Pelo contrário. O próprio legislador reconhece a necessidade de flexibilização das técnicas processuais adotadas nos ritos previstos em lei de modo a melhor adequar a tutela jurisdicional ao direito material. Os artigos 318, parágrafo único⁶²⁰ e 327, §

2º⁶²¹ do CPC/15 são exemplos de tal reconhecimento.

Nessa linha, Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha defendem a adequação da tutela jurisdicional por meio do transporte de técnicas processuais,⁶²² o qual é possível, de acordo com os autores, de três hipóteses distintas: a aplicação de técnicas dos procedimentos especiais no procedimento comum; a aplicação de técnicas do procedimento comum aos procedimentos especiais; e a aplicação de técnicas dos procedimentos especiais em outros procedimentos especiais.⁶²³

A primeira hipótese forma encontra respaldo no artigo 327, § 2º do CPC/15, o qual disciplina que, havendo cumulação de pedidos para os quais haja previsão legal de procedimentos distintos, admite-se o emprego do procedimento comum e também de técnicas processuais previstas para os

Recuperação Judicial e Falências), a qual será objeto de maior aprofundamento no presente trabalho, entre outras.

⁶¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 19.

⁶²⁰ Art. 318. (...) Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

⁶²¹ Art. 327. (...) § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que

não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

⁶²² Apesar de não tratar diretamente da possibilidade de transporte das técnicas processuais, José Roberto dos Santos Bedaque já tratava da adoção por certos institutos de técnicas previstas para outros institutos processuais, com natureza diversa, sempre com a ideia de que o legislador precisa e busca “adequar o meio ao escopo buscado pelo processo, construindo o instrumento em conformidade com as especificidades do direito material carente de tutela”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 114.

⁶²³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 68-82.

procedimentos especiais a que se sujeitam os pedidos cumulados.

O dispositivo representa a conclusão, pelo próprio legislador, de que o procedimento comum não é apenas adaptável, mas também admite modulações a partir da inserção de técnicas procedimentais criadas para a tutela de direitos específicos, de tal forma que o artigo 327, § 2º corresponde à norma que reafirma o princípio da adequação.⁶²⁴⁻⁶²⁵

A segunda hipótese encontra amparo no artigo 318, parágrafo único do CPC/15, o qual prevê a aplicação subsidiária do procedimento comum aos procedimentos especiais e ao processo de execução. Na lição dos autores, o artigo representa o movimento centrífugo de trânsito de técnicas, qual seja, técnicas centrais do procedimento comum são aplicadas nos procedimentos especiais.⁶²⁶

A terceira hipótese, por fim, é defendida pelos autores a partir da ideia de “*livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos*”, para a qual a única exigência é a

compatibilidade e adequação das técnicas.⁶²⁷

Assim, para que a hipótese seja possível e efetiva se faz necessária análise da compatibilidade entre a técnica a ser transportada e o procedimento sobre o qual se deseja aplicá-la, seja em questão processual, seja em questão material, ainda que se exijam adaptações.⁶²⁸

De todo o modo, depreende-se que não apenas a complexidade das relações jurídicas materiais ampara o trânsito de técnicas entre procedimentos, mas também a própria legislação vigente. No entanto, é de se notar que a via legislativa pode não ser suficiente para a integral observância ao princípio da adequação procedimental. A depender do caso concreto, o trânsito de técnicas entre procedimentos especiais e comuns previsto em lei pode não atender de forma efetiva a demanda oriunda da relação jurídica material.⁶²⁹

Nesse contexto, como se verá no capítulo subsequente, supre-se a carência legislativa a partir da

⁶²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 70.

⁶²⁵ ⁶²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camila. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 14, v. 21, n. 3, set./dez. 2020, pp. 135-163. p. 152.

⁶²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 74.

⁶²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma*

nova teoria dos procedimentos especiais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 75.

⁶²⁸ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como base da importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 19-35. p. 24.

⁶²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 95.

negociação, entre as partes, a respeito do trânsito de técnicas.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O TRÂNSITO DAS TÉCNICAS

A discussão a respeito dos negócios jurídicos processuais, embora seja anterior ao CPC/15, ganhou força com a promulgação do novo código, por força da redação do artigo 190, segundo o qual “*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”.

Embora o artigo se refira a *convenções* processuais, classificadas pela doutrina como espécie de negócios jurídicos processuais ao lado dos negócios jurídicos processuais *stricto sensu*,⁶³⁰ defende-se que o artigo 190 do CPC/15 corresponde à cláusula geral de negociação processual que concretiza o princípio do autorregramento da

vontade das partes por meio da possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos.⁶³¹

O fundamento da negociação processual se afasta, assim, do entendimento tradicional de que o processo é instituto do qual o Estado é detentor e, por isso, deve se orientar pelo interesse do Estado. Os negócios jurídicos processuais encontram amparo justamente na ideia de que o processo deve se orientar pela tutela adequada dos direitos para o melhor desempenho do interesse dos litigantes.⁶³²

Por definição, negócios jurídicos processuais são atos que produzem ou podem produzir efeitos no processo a partir de declarações de vontade dos sujeitos que o praticam, sejam elas unilaterais ou plurilaterais, admitidas pelo ordenamento jurídico e capazes de constituir, modificar ou extinguir situações processuais ou até mesmo alterar o procedimento.⁶³³ Mas, mais do que isso, os negócios jurídicos processuais conferem ao sujeito o poder de escolha da categoria jurídica ou de estabelecimento de certas situações jurídicas processuais.⁶³⁴

⁶³⁰ TUCCI, Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 27-33. p. 30; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 66.

⁶³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 27-47. p. 31; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

p. 161; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 164.

⁶³² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 135.

⁶³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 63.

⁶³⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios*

Nesse contexto, o artigo 190 do CPC/15 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro ambiente amplo para a formulação de negócios processuais, tendo como objeto os ônus, deveres, faculdades e poderes das partes, assim como possibilitou a negociação para alteração e ajustes no procedimento.⁶³⁵ Assim, da cláusula geral de negociação extrai-se a possibilidade de as partes negociarem a respeito de técnicas procedimentais, uma vez que o artigo garante a alteração ou a realização de ajustes no procedimento de acordo com a vontade das partes.

Nessa linha, às partes é garantido o direito de negociar a não utilização de determinado procedimento especial, por exemplo. Isso tendo em vista que, conforme observa Fredie Didier Jr., a escolha do procedimento pela parte na petição inicial já configura negócio jurídico processual unilateral.⁶³⁶ Se ao autor é conferido, em certas situações, poder de escolha a respeito do procedimento a ser adotado na demanda, não há justificativas que impeçam a negociação entre as partes sobre o tema. Trata-se dos chamados “acordos de procedimento”, que

garantem às partes o direito de disciplinar, consensualmente, a forma de exercício de suas faculdades processuais, de acordo com o autorregramento da vontade.⁶³⁷

No entanto, existem no ordenamento jurídico brasileiro os procedimentos especiais classificados como obrigatórios, sobre os quais as partes não podem abrir mão para utilização de outro, como o processo de inventário e partilha, recuperação judicial, falência e insolvência civil.⁶³⁸ Entretanto, embora as partes não possam negociar sobre a escolha de tais procedimentos, poderão negociar o transporte de técnicas para que aquelas utilizadas em outros procedimentos sejam aplicadas ao procedimento especial obrigatório.⁶³⁹ Parte da doutrina defende, inclusive, que o artigo 190 do CPC/15 permite a criação negocial de novos procedimentos especiais.⁶⁴⁰

Nesse contexto, os negócios jurídicos processuais constituem importante instituto processual apto a concretizar o trânsito de técnicas processuais entre procedimentos distintos. Evidente que o trânsito de técnicas processuais deve observar os

processuais. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 101-113. p. 104.

⁶³⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 162.

⁶³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 27-47. p. 28.

⁶³⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios*

processuais. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 101-113. p. 109-110.

⁶³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 40.

⁶³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 96.

⁶⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 116.

limites da adequação de cada procedimento. Dessa forma, à negociação processual a respeito do trânsito de técnicas também se aplica tais limites, de modo que as partes não poderão negociar a utilização de técnica aplicável a determinado procedimento especial, por exemplo, que seja incompatível com o procedimento que a receberá.

Observado o limite imposto pela compatibilidade entre técnicas e procedimentos, é possível a negociação processual a respeito de técnicas procedimentais visando a garantia de utilização do meio mais adequado possível para a tutela dos direitos das partes. Isso porque o procedimento a ser adotado pelas partes será estruturado não apenas pela escolha do melhor procedimento específico, mas também pela delimitação das melhores técnicas para resolução do conflito, compatíveis com o procedimento escolhido.

3. A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PARA O TRÂNSITO DE TÉCNICAS ENTRE AS AÇÕES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS PROCESSOS DE EXECUÇÃO

As ações de recuperação judicial são regidas pela Lei Federal n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, denominada Lei de Recuperação Judicial e Falências. A lei revogou o antigo Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, o qual previa os institutos da *falência* e da *concordata*, mantendo o processo de

falência e substituindo a concordata pelo processo de recuperação judicial.

Uma das principais características enaltecidas pela Lei n. 11.101/05 é a especial atenção conferida à proteção dos interesses da empresa devedora. Isso porque é de interesse do Estado e da sociedade que à empresa a qual se encontre em crise econômico-financeira seja oportunizada a reestruturação perante o mercado, buscando garantir sua recuperação judicial e manter sua atividade e desenvolvimento econômicos.⁶⁴¹

Nesse sentido, o princípio da preservação da empresa é previsto de forma expressa no artigo 47 da lei, o qual prevê que

a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A garantia de que o processo de recuperação judicial deve viabilizar a manutenção da atividade desempenhada pela empresa corresponde a uma das características que levou à inevitável tendência de que a recuperação judicial deve tramitar por

⁶⁴¹ BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. *Revista*

Argumentum. vol. 17, jan./dez. 2016, pp. 155-171, p. 162.

meio de um processo mais flexível e dinâmico. Nesse contexto, não há dúvidas de que a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 intensificou o debate. Na redação original da Lei Federal n. 11.101/05, o CPC já era aplicável de forma subsidiária aos procedimentos nela previstos,⁶⁴² permitindo que as discussões a respeito de meios adequados de solução de conflitos e de consensualidade entre os sujeitos processuais, inclusive a partir da celebração de negócios jurídicos processuais, fosse ampliada ao processo de recuperação judicial.⁶⁴³ Isso porque, durante a vigência da redação original do artigo 189 da Lei de Recuperação Judicial e Falências já não havia impedimentos quanto à celebração de negócios jurídicos processuais, com base no artigo 190 do CPC/15, no âmbito das ações tuteladas pela Lei n. 11.101/05.

Nesse sentido, nota-se que o procedimento previsto para a recuperação judicial corresponde a um procedimento especial de observância obrigatória, de modo que são inderrogáveis pela vontade do demandante, que não pode deles abrir

mão.⁶⁴⁴ No entanto, a submissão obrigatória à Lei n. 11.101/05 não impede que as partes negociem sobre o procedimento, visando à adequação do processo aos interesses das partes de forma consensual, desde que observados os princípios do referido procedimento, como por exemplo a preservação da empresa supramencionada. Visualiza-se, assim, uma intensificação nos traços privados da ação de recuperação judicial, com aumento no poder das partes e diminuição da interferência do Estado na solução da questão.⁶⁴⁵

Mas, para além disso, a flexibilização e dinamicidade da ação de recuperação judicial restou ainda mais evidente com a alteração promovida na Lei Federal n. 11.101/05 pela Lei Federal n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

Dentre os artigos alterados, o artigo 189, § 2º da Lei n. 11.101/05 passou a mencionar de forma expressa a cláusula geral de negociação prevista no artigo 190 do CPC/15, prevendo a forma como se dará a manifestação de vontade de credores e devedores na hipótese de celebração de negócios jurídicos processuais.⁶⁴⁶ Além disso, a

⁶⁴² Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

⁶⁴³ VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 69, jul./set. 2019, pp. 45-81. p. 45.

⁶⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 40.

⁶⁴⁵ ALENCAR, João Victor Gomes Bezerra; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Possibilidades e limites de aplicação supletiva das técnicas do procedimento comum ao procedimento da recuperação judicial. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. v. 12, n. 1, 2021, 23. ed., pp. 870-889. p. 885.

⁶⁴⁶ Art. 189. (...) § 2º Para os fins do disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a manifestação de vontade do devedor será expressa e a dos credores será obtida por maioria, na forma prevista no art. 42 desta Lei.

Lei de Recuperação Judicial passou a prever negócios processuais típicos, como por exemplo a suspensão, por vontade das partes, dos prazos processuais nos casos de promoção de conciliação e mediação, prevista no artigo 20-A na Lei de Recuperação Judicial e Falências.⁶⁴⁷

Neste cenário, não há dúvidas de que os processos de recuperação judicial constituem campo nos quais a construção de meios adequados de solução de conflitos pode se dar de maneira efetiva, a partir do consenso entre as partes, manifestado por meio de negócios jurídicos processuais, os quais podem ser utilizados como “*técnica de gestão ativa do procedimento*”.⁶⁴⁸

Mas para além disso, tais características do processo de recuperação judicial fornecem a outras espécies de procedimentos técnicas capazes de garantir maior efetividade e

adequação ao processo. Ressalta-se, nesse sentido, que o entendimento doutrinário mencionado anteriormente de que a compatibilidade e adequação da técnica que fundamentam o “*livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos*”⁶⁴⁹ permite, inclusive, que técnicas de procedimentos especiais sejam aplicadas no procedimento comum a partir da celebração de negócios jurídicos processuais.

Nesta seara, o processo de execução previsto no CPC/15 se apresenta como um campo apto e fértil para receber técnicas processuais da ação de recuperação judicial pela via da negociação processual, em especial considerando que a execução civil se rege pelo princípio da disponibilidade.⁶⁵⁰

A ação de execução admite a utilização ampla da negociação processual, seja para promoção da celeridade e eficiência, seja para limitar

⁶⁴⁷ Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

⁶⁴⁸ VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 69, jul./set. 2019, pp. 45-81. p. 47.

⁶⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 75.

⁶⁵⁰ Sobre o tema, Fernando Gajardoni leciona: “O art. 775 do CPC estabelece que o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de

*apenas alguma medida executiva. Se pode, no curso da execução ou do cumprimento de sentença, renunciar/desistir de determinadas faculdades ou direitos que lhe são assegurados em lei, também pode fazê-lo por convenção processual (antes ou no curso da execução), não só para conformar a tutela estatal executiva à vontade das partes (credor/devedor), mas também para permitir: a) maior humanização da execução, com a redução do poder do Estado sobre a situação jurídica do devedor; e b) maior efetividade da execução, com a redução do espectro público de proteção jurídica à pessoa do devedor, ou com remodelação do procedimento executivo a bem de eliminar óbices que impeçam o seu célere andamento.”. GAJARDONI, 2021, p. 294). GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: ano 15, v. 22, n. 1, jan./abril 2021, pp. 283-321. p. 294.*

a atividade executiva ou para regular como os atos executórios serão praticados.⁶⁵¹ A doutrina elenca, inclusive, inúmeras vantagens na celebração de negócios jurídicos processuais no processo de execução, como a adaptabilidade às necessidades dos litigantes enquanto mecanismo de adequação dos atos do processo, a previsibilidade quanto ao resultado e a mitigação de riscos, o incentivo à consensualidade que fomenta relações comerciais e a redução do tempo do processo.⁶⁵²

Destaca-se, ainda, o princípio da menor onerosidade do devedor que ampara esse entendimento. Consagrado pelo artigo 805 do CPC/15,⁶⁵³ o princípio da menor onerosidade estabelece diretriz para escolha do meio executivo que levará à satisfação do crédito exigido pelo exequente. Tal escolha pode ser realizada por meio de negócio jurídico processual celebrado entre as partes que estabeleça, por exemplo, condições de impenhorabilidade distintas daquelas previstas no artigo 833 do CPC/15.⁶⁵⁴

De todo o modo, é possível traçar um paralelo entre a ação de recuperação judicial e o processo de

execução previsto no CPC/15. No primeiro, objetiva-se o pagamento dos credores sem inviabilização da operacionalidade da empresa, enquanto no segundo busca-se o recebimento do crédito executado pelo exequente em observância ao princípio da menor onerosidade do devedor. A relação entre ambos os procedimentos, embora um seja caracterizado como especial e o outro como comum, é evidente. Ambos buscam a satisfação de valores devidos a eventuais credores sem que o pagamento da dívida implique inviabilização da função social ou insolvência do devedor.

Diante disso, evidencia-se que a busca por meios efetivos de satisfação da dívida sem excessiva oneração do devedor no processo de execução pode se dar por meio do transporte de técnicas previstas na ação de recuperação judicial.

Nesse sentido, a primeira técnica a qual se tem em mente para aplicação nos processos de execução é o próprio plano de recuperação judicial.

Disciplinado pelo artigo 53 e seguintes da Lei de Recuperação Judicial e Falências, trata-se de técnica a qual manifesta o caráter negocial da

⁶⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 2, pp. 525-540. p. 526.

⁶⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 67, jan./mar. 2018, pp. 137-165, p. 143.

⁶⁵³ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

⁶⁵⁴ Esse e outros exemplos, os quais não correspondem ao recorte do presente trabalho, são relacionados por “NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 2, pp. 525-540”.

Lei n. 11.101/05,⁶⁵⁵ caracterizado como instrumento de solução negociada pelo qual se busca a coordenação de interesses de credores e devedores no intuito de preservar a empresa⁶⁵⁶ e uma fase de negociação a qual pode ser entendida como método e técnica de resolução de conflitos.⁶⁵⁷

A própria natureza jurídica do plano de recuperação judicial corrobora a afirmação. No entendimento aqui adotado, entende-se o plano como negócio jurídico, considerando que envolve a declaração de vontade do devedor empresário quanto às formas de superação de sua crise econômico-financeira, bem como a vontade dos credores que devem aprová-lo, de tal forma que o plano de recuperação judicial apenas surtirá efeitos mediante consenso.⁶⁵⁸

Diante disso, na medida em que o plano de recuperação judicial possui como uma de suas características mais relevantes o adimplemento da dívida e a manutenção do exercício da atividade da empresa através da consensualidade, credores e devedores do processo de execução comum

podem beneficiar-se da técnica processual para que, ao interesse do credor, a dívida seja adimplida, e o devedor não seja onerado excessivamente. O transporte da técnica é admitido pela via do negócio jurídico processual nos termos do artigo 190 do CPC/15, que, além disso, pode (e deve) prever os critérios e requisitos necessários para a adaptação da técnica processual à execução que a receberá.

Imagine-se, por exemplo, um processo de execução que tenha por objeto contrato particular de prestação de serviços, na forma no artigo 784, inciso III do CPC/15,⁶⁵⁹ cujo valor ultrapasse o patrimônio do devedor disponível para adimplemento da dívida sem que seja excessivamente prejudicado ou que o exercício das suas atividades seja afetado. Nesse caso, há de se considerar que o processo de execução não apenas poderá prejudicar a saúde financeira do devedor (o que, rememora-se, não é o objetivo de qualquer processo executivo), mas também poderá restar inefetivo, uma vez que, a depender do trâmite

⁶⁵⁵ BRAGANÇA, Gabriel de Orleans e; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; VASCONCELOS, Ronaldo. A pandemia do coronavírus (covid-19) e a revisão dos planos de recuperação judicial. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Impactos jurídicos e econômicos da covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 293-314. p. 297.

⁶⁵⁶ SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares. *Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José*

Alexandre Tavares Guerreiro. Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 90-116. p. 93.

⁶⁵⁷ VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 69, jul./set. 2019, pp. 45-81. p. 50.

⁶⁵⁸ CHAVES, Natália Cristina. Requisitos de validade do plano de recuperação judicial. *Revista jurídica da FA7*. Fortaleza. v. 14, n. 1, jan./jun. 2017, pp. 123-138. p. 126.

⁶⁵⁹ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

processual, o credor não receberá a quantia que lhe é de direito. Trata-se de cenário comumente identificado na prática forense seja em razão da conduta processual adotada pelas partes, dos meios coercitivos adotados ⁶⁶⁰ e outros aspectos relacionados às partes e ao Poder Judiciário.⁶⁶¹

A questão é solucionável pela via dos negócios jurídicos processuais para o transporte de técnicas, buscando a adoção de meios efetivos de adimplemento de dívidas ao interesse de todos os envolvidos. No exemplo dado, a elaboração de um *plano de execução*, no qual sejam apresentados os requisitos exigidos na lei para o plano de recuperação judicial se mostra como meio efetivo para solução da controvérsia e adimplemento da dívida.

A adoção é vantajosa não apenas pela maior efetividade na satisfação do débito, mas também, no caso dado como exemplo, pela manutenção da relação estabelecida entre credor e devedor. Conforme interessante ressalva da doutrina, exequente e executado podem ser partes em outros contratos além daquele objeto da execução, de modo que a forma como

será conduzido o processo executivo importa para outras relações de direito material.⁶⁶²

Há de se destacar, ainda, que os requisitos previstos pela Lei de Recuperação Judicial e Falências os quais devem ser atendidos pelo plano de recuperação também são adaptáveis e aplicáveis ao processo de execução: alguns meios de recuperação previstos no artigo 50 da lei, os quais devem ser discriminados no plano nos termos do artigo 53, inciso I, podem ser utilizados no processo de execução, como por exemplo, a “*concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas*” (art. 50, inciso I), o “*aumento de capital social*” na hipótese em que o executado for pessoa jurídica (art. 50, inciso VI), e a “*venda parcial dos bens*” do executado (art. 50, inciso XI); a viabilidade econômica, a elaboração de laudo econômico-financeiro e a avaliação dos bens e ativos do executado também podem ser comprovados em eventual *plano de execução* (art. 53, incisos II e III da LRF); e, por fim, a observância de prazo específico para pagamento da dívida a depender da natureza do crédito executado (art. 54 da LRF).

⁶⁶⁰ Nem sempre efetivos, mas esta não é a discussão objeto do presente trabalho.

⁶⁶¹ Destaca-se, nesse sentido, o índice de produtividade nas fases de conhecimento e execução apurados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório do projeto Justiça em Números relacionado ao ano de 2021: no âmbito estadual, o índice de produtividade, correspondente ao total de processos baixados na fase de conhecimento ou de execução em relação ao total de magistrados, na fase de conhecimento é, em média, de 968, enquanto na fase de execução é de 515. BRASIL, Conselho

Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*: ano base 2019. Brasília: CNJ, 2020, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021. p. 163.

⁶⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 67, jan./mar. 2018, pp. 137-165, p. 143.

Isso sem mencionar outras questões as quais podem ser levadas ao processo de execução pela via do negócio jurídico processual para justificar sua celebração e o transporte de técnicas, como por exemplo deveres do devedor para que a dívida seja adimplida e garantias ao credor na hipótese de descumprimento do plano. Trata-se de critérios os quais se mostram de interesse de ambas as partes.

Outra técnica passível de ser transportada é a previsão, pela via do negócio jurídico processual, de condições de parcelamento distintas daquela prevista no artigo 916 do CPC/15.⁶⁶³

A hipótese de parcelamento prevista no CPC/15 permite que o devedor, reconhecendo o crédito do exequente, deposite 30% (trinta por cento) do valor em execução acrescido de custas e honorários advocatícios e requeira o parcelamento do restante da dívida em até 6 (seis) parcelas mensais acrescidas de juros e correção

monetária. Trata-se de hipótese introduzida no ordenamento jurídico à época da vigência do CPC/73⁶⁶⁴ a qual, por si só, pode ser considerada como negócio jurídico processual unilateral, uma vez que é concretizada a partir da manifestação de vontade do devedor que produz efeitos diretos na forma de condução do processo executivo.⁶⁶⁵

O artigo 71 da Lei n. 11.101/05 prevê de forma específica as condições de parcelamento a serem previstas no plano especial de recuperação judicial, aplicável à recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte.⁶⁶⁶ De acordo com o referido artigo, microempresas e empresas de pequeno porte poderão parcelar em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, os valores devidos aos credores quirografários, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros, sem prejuízo das demais obrigações que

⁶⁶³ Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

⁶⁶⁴ O CPC/73 foi alterado pela Lei Federal n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que incluiu o artigo 745-A ao antigo CPC, o qual previa: *Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis)*

parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

⁶⁶⁵ FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 437-451. p. 444.

⁶⁶⁶ Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições: (...) II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas;

possui.⁶⁶⁷ Além disso, o referido artigo prevê outros critérios exclusivos do plano especial de recuperação judicial, como por exemplo, o pagamento da primeira parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contados da distribuição do pedido de recuperação judicial (art. 71, inciso III).

Veja-se que a proposta do parcelamento da Lei de Recuperação Judicial é, sem sombra de dúvidas, mais vantajosa do que aquela prevista no artigo 916 do CPC/15. Imagine-se um processo executivo de grande monta no qual o parcelamento em apenas 6 (seis) parcelas ainda se configura como excessivo ao devedor. A celebração de negócio jurídico processual para adoção das técnicas previstas no artigo 71 da Lei de Recuperação Judicial relacionadas ao parcelamento da dívida de microempresas e empresas de pequeno porte pode corresponder, a depender da natureza do executado, a meio efetivo para que o exequente tenha seu crédito satisfeito.

Nesse contexto, o plano de recuperação judicial, na sua modalidade comum e na sua modalidade especial, bem como as condições de parcelamento da dívida previstas na Lei de Recuperação Judicial e Falências correspondem a dois exemplos de técnicas processuais inerentes ao processo de recuperação judicial as quais podem ser utilizadas pelas partes do processo de execução com o objetivo de obter a satisfação do crédito devido

sem que o valor recaia de forma excessiva sobre o devedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente trabalho, conclui-se que, no que diz respeito ao trânsito de técnicas entre procedimentos, o ordenamento jurídico processual brasileiro admite a adoção de técnicas de procedimentos distintos não apenas com base nos princípios da adequação e da compatibilidade, mas também com base na própria lei.

Em razão da complexidade das relações jurídicas tuteladas no âmbito processual, tal trânsito se mostra fundamental para a concretização de direitos, em especial no que toca ao processo executivo. Como visto, a execução é processo complexo cuja efetividade nem sempre é observada, seja pela conduta processual adotada pelas partes, seja pela mera insuficiência de patrimônio do devedor para satisfazer o débito, a partir das condições conferidas pelo Código de Processo Civil, sem que o processo o leve a insolvência/falência. Ao lado de tal cenário, encontra-se o credor que constantemente não recebe os valores que lhe são devidos.

Nesse contexto, a adoção, no processo executivo, de técnicas processuais elencadas na Lei de Recuperação Judicial e Falências, as quais visam a manutenção da atividade da empresa, se mostra como medida jurídica legítima que objetiva a

⁶⁶⁷ CASTRO, Moema Augusta Soares de. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. *Revista Brasileira*

de Estudos Políticos. v. 92, n. 01, pp. 235-272, p. 253.

efetividade da execução, com a satisfação do valor devido ao credor e a manutenção da função social/solvência do devedor.

Os negócios jurídicos processuais, por sua vez, são identificados como meio de transporte para o trânsito de técnicas, uma vez que se encontram difundidos no ordenamento jurídico processual não apenas a partir da cláusula geral de negociação do CPC/15, mas também pela previsão expressa na legislação esparsa, como é o caso da Lei de Recuperação Judicial.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, João Victor Gomes Bezerra; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Possibilidades e limites de aplicação supletiva das técnicas do procedimento comum ao procedimento da recuperação judicial. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. v. 12, n. 1, 2021, 23. ed., pp. 870-889.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. *Revista Argumentum*. vol. 17, jan./dez. 2016, pp. 155-171.
- BRAGANÇA, Gabriel de Orleans e; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; VASCONCELOS, Roberto. A pandemia do coronavírus (covid-19) e a revisão dos planos de recuperação judicial. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Impactos jurídicos e econômicos da covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 293-314.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano base 2021*. Brasília: CNJ, 2022, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2023.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CASTRO, Moema Augusta Soares de. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 92, n. 01, 2005. pp. 235-272.
- CHAVES, Natália Cristina. Requisitos de validade do plano de recuperação judicial. *Revista jurídica da FA7*. Fortaleza. v. 14, n. 1, jan./jun. 2017, pp. 123-138.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 27-47.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 67, jan./mar. 2018, pp. 137-165.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos*

- especiais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 437-451.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: ano 15, v. 22, n. 1, jan./abril 2021, pp. 283-321.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camila. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 14, v. 21, n. 3, set./dez. 2020, pp. 135-163.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como base da importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, pp. 19-35.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 2, pp. 525-540.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 101-113.
- SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares. *Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 90-116.
- TUCCI, Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, tomo 1, pp. 27-33.
- VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 69, jul./set. 2019, pp. 45-81.

UMA ANÁLISE DECOLONIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O QUE A JUSTIÇA NEGOCIAL PREVISTA NO PROJETO DE LEI Nº 4.524/2019 PODE REPRESENTAR EM NOSSO CENÁRIO TROPICAL PERIFÉRICO⁶⁶⁸

A DECOLONIAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS: WHAT THE NEGOTIABLE JUSTICE PROVIDED IN BILL Nº 4.524/2019 CAN REPRESENT IN OUR PERIPHERAL TROPICAL SCENARIO

Marlon Amaral Húngaro

Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2023-?). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Professor de Direito Processual Penal na FUCAPE Business School. Advogado.

Ricardo T. P. Genelhú

Pós-doutor em Política Criminal pela Universität Hamburg, Alemanha (2017). Pós-doutor em Criminologia pela Universität Hamburg, Alemanha (2016). Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2015). Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2010). Ex-Professor convidado de Direito Processual Penal da UFES. Professor de Direito Penal da FUCAPE Business School. Advogado.

RESUMO: O trabalho propõe analisar o Projeto de Lei nº 4.524/2019, que autoriza Ministério Público e acusado a barganharem sobre o cumprimento de pena privativa de liberdade. O problema de pesquisa que exsurge é: considerando os motivos oficialmente declarados que fundamentam a inserção de tais institutos negociais na última década, a barganha sobre o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, tal qual trazida pelo Projeto de Lei nº 4.524/2019, em uma perspectiva decolonial, potencialmente representa um retrocesso legislativo? O trabalho é pautado em dados documentais e bibliográficos, possui caráter eminentemente crítico-descritivo,

versado a partir de metodologia dedutiva, e possui como marco teórico obras que versam sobre a colonização latino-americana, e os seus reflexos atuais, como as de Anibal Quijano, Raimundo Faoro, Frantz Fanon, dentre outros. Conclui que a incorporação abasileirada da barganha sobre a pena privativa de liberdade prevista no Projeto de Lei nº 4.524/2019 se dá de forma indevida no ordenamento jurídico brasileiro, não projetando o sistema de justiça criminal para um horizonte despenalizador e decolonial. Ao contrário, em um cenário histórico-colonialmente estamental e racista, a referida proposta legislativa promoverá uma mera administrativização prisional de vulneráveis, potencializando o

⁶⁶⁸ Artigo recebido em 14/05/2024 e aprovado em 12/06/2024.

cenário punitivista através do fracassado sistema penitenciário brasileiro. Como instituto alienígena desconectado da realidade tropical, potencialmente se tornará um instrumento em desfavor dos direitos e das garantias fundamentais, dada a prejudicial conjuntura já sedimentada de um sistema de justiça criminal altamente autoritário, punitivista e desigual.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Justiça Negocial; Colonização; Decolonialidade.

ABSTRACT: The work proposes to analyze Bill no. 4.524/2019, which authorizes the Public Prosecutor's Office and the accused to bargain over the execution of a custodial sentence. The research problem that arises is: considering the officially declared reasons that underlie the insertion of such negotiating institutes in the last decade, the bargaining over the time to serve a custodial sentence, as brought by Bill no. 4.524/2019, from a decolonial perspective, does it potentially represent a legislative setback? The work is based on documentary and bibliographic data, has an eminently critical-descriptive character, based on deductive methodology, and has as a theoretical framework works that deal with Latin American colonization, and its current consequences, such as those by Aníbal Quijano, Raimundo Faoro, Frantz Fanon,

among others. It concludes that the Brazilian incorporation of the bargain over the custodial sentence provided for in Bill no. 4.524/2019 occurs improperly in the Brazilian legal system, not projecting the criminal justice system towards a decriminalizing and decolonial horizon. On the contrary, in a historical-colonial and racist scenario, the aforementioned legislative proposal will promote a mere prison administration of vulnerable people, enhancing the punitive scenario through the failed Brazilian penitentiary system. As an alien institute disconnected from tropical reality, it will potentially become an instrument to the detriment of fundamental rights and guarantees, given the already established harmful situation of a highly authoritarian, punitive and unequal criminal justice system.

KEYWORDS: Criminal Procedure; Negotiating Justice; Coloniality; Colonization; Decoloniality.

INTRODUÇÃO

A onda de justiça negocial negociada mundo afora é um fenômeno inegável⁶⁶⁹, e os indicadores legislativos apontam que esse “sistema negocial” ganhará cada vez mais terreno no direito positivo pátrio, também. Aparentemente, a clássica e estática cisão entre mundos de *common law* e *civil law* parece estar se deteriorando,⁶⁷⁰

ordenamento jurídico pátrio vem acontecendo de maneira totalmente transplantada. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do

⁶⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

⁶⁷⁰ Incidentalmente, nota-se, por exemplo, que a implantação do sistema de precedentes no

e a recusa a dar enlevo a tais novidades legislativas, analisando-as detidamente, para bem ou para mal, se resume a aceitá-las com a roupagem que vierem.

Na última década, inúmeros institutos de barganha processual foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, como a colaboração premiada, formalizada através da Lei nº 12.850/2013,⁶⁷¹ o acordo de não persecução penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019, incorporados pelo chamado “Pacote Anticrime”, e o acordo de não persecução cível, despachado pela Lei nº 14.230/21, para o contencioso-administrativo. Anota-se ainda, de *lege ferenda*, como suprassumo da implementação negocial criminal, o Projeto de Lei nº 4.524/2019, incorporado às pretensões do também Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010, originário do PLS nº 156/2009), pautado no modelo *plea bargaining* estadunidense, que potencialmente

permitirá a negociação envolvendo o tempo de privação de liberdade.

Estudos referentes ao “giro decolonial” vêm ganhando terreno em todas as searas. Esse movimento, cuja vanguarda quanto às ciências sociais deve-se a Aníbal Quijano, de maneira geral, especificamente remete à ideia de uma depuração eurocentrista,⁶⁷² nas sociedades periféricas.⁶⁷³ Nas ciências sociais aplicadas, vários trabalhos vêm se desenvolvendo igualmente, propondo a promoção das raízes latino-americanas, e o abandono de uma visão racionalista tipicamente da filosofia europeia.⁶⁷⁴

Nesse sentido, o problema de pesquisa que se sobressai é, em uma perspectiva teórica decolonial, considerando os motivos oficialmente declarados que fundamentam a inserção de tais institutos negociais na última década, a barganha sobre o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, tal qual trazida

Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*, ano 35, v. 189, nov./2010.

⁶⁷¹ MALAN, Diogo. *Advocacia criminal e a arte da negociação*. Consultor Jurídico, 21 out. 2020. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao>>. Acesso em: 10 set. 2023.

⁶⁷² LANDER, Edgardo. La colonialidad del saber: eurocentrismos y ciencias sociales. In: *Perspectivas latinoamericanas*, p. 145-162, 2000.

⁶⁷³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. In: *Journal of world-systems research*, v. 6, n. 2, 2000. p. 342-386. Disponível em:

<<https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/download/>

228/240/313>. Acesso em: 25 ago. 2023. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. In: *Perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005. p.118-142. QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. In: *Estudos avançados*, v. 19, 2005. p. 9-31. DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. In: *Sociedade e Estado*, v. 31, 2016. p. 51-73.

⁶⁷⁴ Em relação ao Direito Processual Penal, cf. LOPES JR, Aury; KHALED JR, Salah H. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal. *Cadernos de direito actual*, n. 20, p. 23-39, 2023.

pelo referido projeto, potencialmente, promoverá uma fragilização a direitos e a garantias processuais, representando um retrocesso legislativo, que afasta o processo penal brasileiro ainda mais de um horizonte verdadeiramente tropical, é dizer, atento e condizente com a nossa realidade periférica?

O primeiro capítulo procura contextualizar o leitor historicamente, e inevitavelmente, para fins de construção da base teórica decolonial. Ainda, promove a inserção de dados do sistema de justiça criminal brasileiro, a partir da Criminologia, a fim de notabilizar a necessária guinada de perspectiva quanto à finalidade do processo penal, voltado para a desapropriação da influência externa, e para a valorização e adequação das categorias do processo penal à realidade tropical brasileira.

O segundo capítulo é dedicado ao colonialismo, colonização, colonialidade e decolonialidade, a fim de definir conceitos e inserir o debate decolonialista no direito processual penal, mormente destacando a necessidade de adequação da dogmática às necessidades periféricas, ou tropicais. Ainda, fornece o embasamento teórico ao trabalho, servindo o capítulo de elo entre os capítulos 1 e 3.

O terceiro capítulo cuida dos traços das implementações legislativas quanto à justiça negocial, trazendo elementos que lhes são comuns, e identificando por quais meandros pode-

se rumar o direito processual penal brasileiro, além de analisar o Projeto de Lei nº 4.524/2019, que pretende inserir, no Projeto do novo Código de Processo Penal, a barganha penal sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade – sendo os protagonistas o Ministério Público e o réu, e coadjuvante o Poder Judiciário.

Sem a pretensão de simplesmente tecer críticas a todos os institutos de justiça negocial implementados (ou nas vias de implantação), conclui que esse drástico enxerto de institutos negociais no seio do ordenamento jurídico brasileiro potencializa o poder punitivo estatal, e abarrotava o patentemente fracassado sistema penitenciário nacional. Numa perspectiva decolonialista, cujas pretensões são as depurativas dos ranços autoritários e inquisitoriais – que já lhes foram incorporados pela colonização, e por conseguinte, pela colonialidade –, conclui que o referido projeto de lei afasta ainda mais o processo penal brasileiro de uma perspectiva verdadeiramente tropical, que exige a reformatação da nossa processualidade penal, adequando-a à nossa realidade, sobretudo socioeconômica e rançosamente autoritária e inquisitorial.⁶⁷⁵

O trabalho é pautado em dados extraídos de fontes documentais e bibliográficas, tem caráter eminentemente crítico-descritivo, e versado a partir de metodologia dedutiva. Para tanto, com o fundo

⁶⁷⁵ Cf. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. *Crise no processo penal contemporâneo*:

escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

teórico escorado no pensamento decolonial, obras como as de Anibal Quijano, Raimundo Faoro, Frantz Fanon, Enrique Dussel, Ochy Curiel são parte do arrimo teórico ora desenvolvido.

1. UM BREVE ITINERÁRIO HISTÓRICO

Ainda que seja possível acreditar na contemporaneidade como uma realidade social melhor do que a de outrora e, quiçá, crer em um futuro que se assemelha ainda mais alvissareiro,⁶⁷⁶ fato é que a humanidade passou – e inevitavelmente passa –, por um longo e inacabado processo de avanços e retrocessos, de modo que ninguém hesitaria dizer que as sociedades ditas modernas (ou pós-modernas) não estão insuscetíveis de reveses desumanos.⁶⁷⁷

Nesse viés, numa perspectiva panorâmica, tão somente de *hipotética linearidade universal*, a criação legislativa de penas e de procedimentos penais deveria se apresentar como objeto de contenção do poder punitivo, da barbárie e da arbitrariedade em nossas civilizações ditas ocidentais,

mormente considerando a migração das penas do corpo para as penas da alma.⁶⁷⁸ “Aliás”, como ensina Luís Roberto Barroso “em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado”.⁶⁷⁹

Nesse aspecto, a macro-história deveria parecer querer insinuar que a humanidade caminha para um futuro mais civilizado.⁶⁸⁰ Por outro flanco, a realidade criminal tropical nos insinua que existem problemas estruturais que afastam essa legitimidade legal punitiva, mesmo que supostamente arrimada em leis penais ou procedimentais penais que assegurem teoricamente garantias ao acusado, restando dissonantes a aparência e o conteúdo.

A rigor, a história das civilizações – que na verdade é a história das punições, como ensinou Eugenio Raúl Zaffaroni⁶⁸¹ – nos insinua que vários foram os avanços e os retrocessos no que diz respeito ao confisco dos conflitos, através do sistema penal.⁶⁸²

Infelizmente, sob todos os aspectos, ainda que sob o véu do

⁶⁷⁶ PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.

⁶⁷⁷ Cf. MALAPARTE, Curzio. *Técnicas de golpes de Estado*. São Paulo: Avis Rara, 2022, *passim*.

⁶⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir o nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2007.

⁶⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 185.

⁶⁸⁰ Cf. ELIAS, Norbert. *O processo civilizador formação do Estado e civilização*, v. 2. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. Frisa-se aqui a expressão “civilizado” no sentido de avançado, diferente da definição do conceito dado por Braudel, como sendo “conjunto das

características que apresenta a vida coletiva de um grupo ou de uma época [...]”. BRAUDEL, Fernand. *Gramática das civilizações*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁶⁸¹ A história das punições é uma “sucessão de marchas e contramarchas, cuja origem se perde no terreno da paleontologia e da antropologia cultural” [... e] “a sociedade deve ter a sua mecânica; mas essa mecânica, para dizer tudo em uma só palavra, ainda não encontrou o seu Kepler”. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. v. 5. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

⁶⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

garantismo, que é legitimador por indulgência da punição seletiva, potencialmente se promove, por meio de barganha quanto ao tempo de privação de liberdade, um avanço punitivista, passando-se, atualmente, do *confisco do conflito* para a *contratualidade* do mesmo, em que o réu apenas pode consentir mediante a assinatura em um acordo adesivo, porque celebrado em uma relação de subordinação, e não de coordenação.

1.1 AS AMARRAS HISTÓRICO-DOGMÁTICAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

⁶⁸³ “Como o cliente, apesar de poder ser ouvido, nunca interfere na administração do negócio penal (‘ter o cliente razão não equivale a deter poder de decisão’), passaram os suseranos a monopolizar a questão punitiva arrimando-se em um fictício e ilegítimo contrato social (adesivo draconiano), que, segundo eles, outorgava-lhes o (consequentemente ilegítimo) ‘direito de punir’ (*ius puniendi*), do qual ter-se-ia derivado também um ‘dever de punir’ os vassallos, quando, em verdade, detinham aqueles e atualmente detém o sistema penal apenas um desfaçatado e disfarçado poder de punir. GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 204.

⁶⁸⁴ Surgido na pretensão de limitar as punições na medida do desvio (*lex talionis*, ou *de talis*) –, cita-se o Código Babilônico (Lei de Hamurabi), em 1.700 a.C., passando pelo Código de Manu, em 1.300 a.C., – que apesar de prever penas altamente drásticas, minimamente já positivava as condutas e as respectivas penas –, e também pelas leis penais árabes (pautadas no Alcorão, do século VI a.C.), hebraicas (o Talmud, século V a.C.) e, claro, pelas civilizações gregas (que se tem ciência por fragmentos literários) e romanas (do século VIII a.C. ao século VI d.C., com o Digesto).⁶⁸⁴ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste

De todo modo, é lugar-comum encontrar nas ciências criminais referências a uma espécie de linearidade histórico-evolutiva das punições e do poder punitivo.⁶⁸³ Teoricamente, com o surgimento das primeiras leis⁶⁸⁴, transparece a gene do movimento constitucionalista,⁶⁸⁵ o primeiro e maior passo na contenção da arbitrariedade, ao substituir um governo de homens por um governo de leis.⁶⁸⁶

No pós-medieval – que certamente figura como um inegável período de retrocesso na seara criminal através da Inquisição –,⁶⁸⁷

Golbekian, 2003; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Editar, 1987.

⁶⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 3.

⁶⁸⁶ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

⁶⁸⁷ Cf. BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições Portugal, Espanha e Itália: Século XV-XIX*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. GINZBURG, Carlo. *História noturna*. São Paulo: Cia. de Bolso, 2012. Incidental e inevitavelmente, nesse itinerário de pretensões universais, evidenciando um período de retrocesso, a história criminal passa por um milênio de imbricação entre religião e direito (na chamada Idade Média, que vai de 476, com a queda do Império Romano do Ocidente até 1452, com a queda do Império Otomano), período em que vigia o direito canônico, e a Inquisição operava uma verdadeira caça às bruxas, aos hereges, aos homossexuais etc., de forma arbitrária, sendo totalmente fundidas as funções de acusador e de julgador. Sem dúvidas, não só no campo criminal, a Inquisição representou um milênio de grave retrocesso para a história da humanidade. Em sentido contrário, ainda que implicitamente, cf. KRAMER, Heinrich;

invariavelmente, o itinerário chega sempre às revoluções liberais,⁶⁸⁸ como a de 1688 (Revolução Gloriosa), na Inglaterra, que culminou na *Bill of Rights*, a Revolução Americana de 1776 (Independência dos Estados Unidos da América), e, de forma ainda mais emblemática, a Revolução Francesa de 1789 (movimento ápice daquilo que se denominou Século das Luzes, ou Iluminismo)⁶⁸⁹. Igualmente, tais revoluções são importantes bases teóricas e legais do movimento denominado constitucionalista.

A última revolução, por ser o mais simbólico movimento de contenção da barbárie e das arbitrariedades

punitivas⁶⁹⁰, deixou um legado que perdura até os dias de hoje, se considerada uma pretensa história ocidental oficial.⁶⁹¹ Anota-se que, pela primeira vez, de forma positivada, no afã de limitar o Estado autoritário, absolutista e arbitrário, direitos e garantias individuais foram elencados ao status de indissociáveis à condição de pessoa (conforme se observa na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).⁶⁹² Ou seja, nessa virada revolucionária é que se funda aquilo que se convencionou chamar de “processo penal acusatório”.⁶⁹³

SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

⁶⁸⁸ Como um movimento não propriamente popular, mas orquestrado por barões, impôs limites ao poder absoluto do Rei João Sem Terra, com a *Magna Charta Libertatum*, em 1215, na Inglaterra, frisa-se que esse acontecimento representou um marco histórico contra o poder absolutista, e, inegavelmente, representa a *Magna Charta* uma das bases do movimento denominado de constitucionalismo. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 9-11.

⁶⁸⁹ Cf. VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa 1789-1799*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019. LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. São Paulo: Paz & Terra, 2019.

⁶⁹⁰ Mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. Coube a ela – e não à Revolução Inglesa ou à Americana – dar o sentido moderno do termo “revolução”, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito*

Constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 21.

⁶⁹¹ Artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. [S.I.]. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁶⁹² Dentre os inúmeros progressos processuais se encontram, apesar de superestimados: i) os julgamentos públicos; ii) a separação entre órgão acusador e órgão julgador; iii) o devido processo legal (e a consequente presunção de inocência); iv) as codificações; v) a abolição da tortura; vi) os direitos de constituição de defensor. Requentemente se expressa “superestimados” pois, após, contraditoriamente, veio “o Terror”. VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa 1789-1799*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019.

⁶⁹³ Destaca-se que, dentre inúmeros direitos considerados fundamentais ao cidadão cosmopolita, de maneira geral, preconizava-se a importância da tutela do indivíduo quando frente ao Estado (v.g., a resistência à opressão, em seu art. 2º). DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. [S.I.].

Com base nas raízes históricas do movimento constitucionalista, encorpado a partir das revoluções liberais – mormente após a Revolução Francesa –, o direito processual penal ganha relevância como um instrumento de contenção do poder punitivo estatal.⁶⁹⁴ Ainda, nessa mesma projeção garantista, destacam-se os emblemáticos *Code Napoléon*, em 1804, momento em que houve a cisão do direito processual do direito penal material, e o *Code d’Instruction Criminelle*, em 1808, na França de Napoleão, que cindia o direito processual penal do direito processo civil.⁶⁹⁵

A partir de tais movimentos constitui-se a essência do direito processual penal contemporâneo, democrático,⁶⁹⁶ alijado do ranço inquisitorial, e teoricamente passa o processo penal de um mero instrumento de aplicação da pena⁶⁹⁷ para um “iluminado” instrumento de contenção do poder punitivo estatal.

Nada obstante, de antemão, cumpre ressaltar que a realidade periférica brasileira irrompe com essa tendência separatista-independente-

acusatória e, a rigor, algumas considerações domésticas advindas da Criminologia crítica podem ajudar na elucidação da guinada epistemológica do direito processual penal que se propõe neste trabalho.

A rigor, a previsão a direitos e a garantias contra o Estado, cujas raízes são as universais-eurocêntricas, legitimam as catástrofes punitivas que são perpetradas desde o Brasil colonial até os dias de hoje? Aparentemente, essa “instrumentalização da razão pelo poder, colonial em primeiro lugar”, como ensinou Aníbal Quijano, foi o “que produziu paradigmas distorcidos de conhecimento e frustrou as promessas libertadoras da modernidade”.⁶⁹⁸

Passemos, então, à realidade tropical brasileira.

1.2. A TRISTE REALIDADE CRIMINAL PERIFÉRICA OU TROPICAL BRASILEIRA

Viver em sociedade demanda responsabilidade, e a poesia de Pablo

Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁶⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia*: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 185.

⁶⁹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 118. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35.

⁶⁹⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 436, 2006.

⁶⁹⁷ Amiúde, a doutrina e a jurisprudência vêm reforçando a ideia de que o processo penal serve apenas como um ritual legitimador do sistema punitivo, principalmente sob a óptica de ser o processo um obstáculo à barbárie supostamente desencadeada pela ausência de processo. Nesse sentido, é importante não olvidar a própria *ratio essendi* dos sistemas jurídicos desenvolvidos a partir do movimento constitucionalista, oriundo das supracitadas revoluções liberais.

⁶⁹⁸ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: *Perú indígena*, v. 13, n. 29, 1992, p. 10.

Neruda nos ensina isso.⁶⁹⁹ Contudo, é importante ter por norte que a responsabilização penal, nos moldes atuais, tem se mostrado insuficiente (além de inútil, cruel e reprodutora de violência).

Ao lado dessa pretensão genérica e universal de potencial avanço civilizatório de uma realidade ocidental, convive a nossa realidade tropical e periférica em frangalhos. O Brasil possui um sistema de justiça criminal altamente clientelista, e reprodutor de clientela, chegando os índices de reincidência criminal de 21% a 50%, dependendo das variáveis analisadas.⁷⁰⁰ Logo, anota-se que nossas prisões não só reproduzem clientela (cativa), mas que também a produzem (novos clientes).

A seletividade também já é marca registrada, considerando que cerca de 90% dos delitos sequer são descobertos (a denominada cifra oculta), e que 82% dos delitos que chegam ao conhecimento das autoridades, em casos de homicídio, por exemplo, não geram condenação (a denominada taxa de atrito)⁷⁰¹. Para isso, também é imperioso ressaltar que o Brasil, ainda assim, possui a 3ª maior população carcerária do mundo⁷⁰², com 644.794 em celas físicas e 190.080 em prisão domiciliar referentes a junho de 2023, totalizando 834,874 mil pessoas presas⁷⁰³ (210.687 estão provisoriamente presas⁷⁰⁴), e que 68,2% é formado por pessoas negras⁷⁰⁵, e igualmente pobres.⁷⁰⁶ Ainda, diga-se de passagem, que cerca de 20% de todo o universo

⁶⁹⁹ Como poetizou Pablo Neruda: nós somos livres para fazer nossas escolhas, mas somos prisioneiros das suas consequências.

⁷⁰⁰ BRASIL. *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<https://shre.ink/U0HI>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰¹ LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. In: *Revista Think Tank*, v. 5, n. 15, p. 3-20, 2001. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2011/06/Controle-da-criminalidade_mitos-e-fatos.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰² WORLD PRISION BRIEF. *Mudanças nos padrões de encarceramento*. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰³ BRASIL. *Secretaria Nacional de Políticas Penais*. Disponível em: <<https://n9.cl/lices>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰⁴ PAIVA, Deslange; HONÓRIO, Gustavo; STABILE, Arthur. *População carcerária*: 5 mil cidades têm

menos moradores do que o total de presos no Brasil; 1 em cada 4 não foi julgado. G1, Rio de Janeiro, 20 jul. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/20/populacao-carceraria-do-brasil-e-maior-do-que-a-populacao-de-5-mil-municipios-1-em-cada-4-presos-nao-foi-julgado.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰⁵ LUCENA, André. *População negra encarcerada chega ao maior nível da série histórica*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-negra-encarcerada-chega-ao-maior-nivel-da-serie-historica/>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷⁰⁶ VIVAS, Fernanda. *Em voto, Barroso diz que governo deve elaborar plano de combate a violações no sistema carcerário*. G1, Rio de Janeiro, 03 out. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/03/em-voto-barroso-diz-que-governo-deve-elaborar-plano-nacional-de-intervencao-no-sistema-carcerario.ghtml>>. Acesso em: 23 out. 2023.

prisional é composto por prisões ilegais (pseudosequestradoras).⁷⁰⁷

Ainda nesse sentido, em um panorama igualmente periférico, tropicalmente brasileiro, é necessário perceber que a tortura no Brasil já é considerada um problema crônico, tanto nas prisões quanto na persecução policial,⁷⁰⁸ e com grande aceitação nacional⁷⁰⁹ – inclusive sendo os linchamentos⁷¹⁰ e a pena de morte⁷¹¹ parte desse “direito penal desejado”.⁷¹²

Observa-se que, nesse paralelo traçado, se em uma *macrovisão*, aparentemente vive-se em um mundo mais “punitivamente civilizado”, por outro lado, em uma *microvisão*, especificamente, em termos de Brasil, cotidianamente legitima-se o poder punitivo, que empilha corpos⁷¹³, matando-os ou deixando-os morrer⁷¹⁴, através de um sistema prisional seletivo, racista e criminógeno, e declarado como

⁷⁰⁷ 20% DAS PRISÕES SÃO ILEGAIS. [S.l.]. Disponível em:

<<https://www.tjce.jus.br/noticias/20-das-prisoos-sao-ilegais/>>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁷⁰⁸ PIRES, Breiller. *Entre a vida e a morte sob tortura, violência policial se estende por todo o Brasil, blindada pela impunidade* levantamento do EL PAÍS mostra excessos violentos da polícia por Estado. Maioria das vítimas é negra e periférica, realidade que ficou mais exposta durante a pandemia. El País, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://shre.ink/UO4m>>. Acesso em: 05 set. 2023. Ainda, cf. MATA, Jéssica da. *A política do enquadro*. São Paulo: RT, 2021.

⁷⁰⁹ “Quase a metade dos brasileiros, 47,5%, apoia que os suspeitos de crime sejam torturados em busca de provas pela Polícia. Este número está apontado na mais recente pesquisa do “Núcleo de Estudos sobre a Violência”, da Universidade de São Paulo. Foram consultados mais de 4.000 brasileiros de todas as regiões do país. Esta pesquisa mostra que o apoio à violência e à tortura por parte da Polícia cresceu de 1999 até hoje. Em 1999 28,8% dos brasileiros apoiavam as práticas de tortura da Polícia, número que hoje atingiu 47,5%. A pesquisa mostra também que um terço dos consultados concorda com métodos como bater nos suspeitos, dar choques elétricos ou queimar partes do corpo, e também deixar a pessoa investigada sem comida e água”. VIEIRA, Sérgio. *Pesquisa da USP mostra que cresce apoio da população à violência policial*. Radio Senado, Brasília, 8 jun. 2012. Disponível em:

<<http://www12.senado.gov.br/radio/1/noticia/pesquisa-da-usp-mostra-que-cresce-apoio-da-populacao-a-iolencia-policial>>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁷¹⁰ MARTINS, Felipe. *Brasil é o país que mais faz linchamentos; Rio amarga vicecampeonato nacional*. O Dia, Rio de Janeiro, 26 jul. 2015. Disponível em:

<<https://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-26/brasil-e-pais-que-mais-faz-linchamentos-rio-amarga-vice-campeonato-nacional.html>>. Acesso em: 05 set. 2023. Ainda, cf. MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.

⁷¹¹ FIORATTI, Gustavo. *49% dos brasileiros são contrários à pena de morte, diz pesquisa*. Segundo Ipec, 42% dizem ser favoráveis e 6% afirmam não ser nem contra nem a favor. UOL, 13 set. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/09/49-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-pena-de-morte-diz-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁷¹² POMPEU, Júlio César; HUNGARO, Marlon Amaral. *Aspectos do "Direito Penal Desejado" em Comentários de Mídias Sociais: uma Análise Crítica*. Disponível em:

<<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58473>>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁷¹³ GENELHÚ, Ricardo. *Terrorismo policial: empilhando corpos, enxugando sangue*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

⁷¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

“estado de coisas inconstitucional” pela própria Corte Constitucional.⁷¹⁵

O direito processual penal que deveria servir de contenção, e não como um instrumento da legitimação do poder punitivo estatal, representa, na verdade, a última e tênue linha de represamento desse poder punitivo, seja ele vertical ou horizontal, considerando-se as insuficiências das funções declaradas da pena, e de todos os flagelos delas decorrentes. Posto isso, propõe-se uma imersão decolonial do direito processual penal brasileiro.

2. COLONIALISMO, COLONIZAÇÃO, COLONIALIDADE E DECOLONIALIDADE

Pode-se afirmar que o termo “colonialidade” surge com Quijano, em 1992.⁷¹⁶ Contudo, ainda que não se utilizem da mesma nomenclatura, outras obras já se debruçavam sobre o seu sentido, podendo as de Frantz Fanon⁷¹⁷, Aimé Césaire⁷¹⁸ e de Raimundo Faoro⁷¹⁹ serem um grande exemplo de trabalhos que tangenciavam

abertamente os aspectos dessa referida colonialidade.

Para Quijano, a colonialidade “é ainda o modo mais geral de dominação do mundo atual, uma vez que o colonialismo como ordem política explícita foi destruído”.⁷²⁰ Por colonialismo entende-se, por sua vez, “uma relação de dominação direta, política, social e cultural dos europeus sobre os conquistados de todos os continentes”.⁷²¹

Sobre isso, conquanto o colonialismo tenha sido extinto, como anotou Quijano, é importante pontuar que remanesce a referida colonialidade enquanto espectro ideológico arraigado socialmente em países historicamente colonizados. Importa anotar que, como ensina Ochy Curiel, a descolonização (promoção de práticas descolonizadoras contra o colonialismo) se deu através da luta dos oprimidos (índios e negros)⁷²², ou seja, através de um movimento estritamente local. Agora, para romper-se com esse resquício do colonialismo, denominado colonialidade, que se resume a uma

⁷¹⁵ Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, STF.

⁷¹⁶ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: *Perú indígena*, v. 13, n. 29, 1992. p. 11-20.

⁷¹⁷ FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Lígia Fonseca Ferreira; Regina Salgado Campos. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

⁷¹⁸ CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. São Paulo: Veneta, 2020.

⁷¹⁹ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2021.

⁷²⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: *Perú indígena*, v. 13, n. 29, 1992. p. 14.

⁷²¹ “Assim, o colonialismo, no sentido de um sistema de dominação política formal de algumas sociedades sobre outras, parece ser uma coisa do passado. O sucessor, o imperialismo, é uma associação de interesses sociais entre os grupos dominantes (classes sociais e/ou “grupos étnicos”) de países desigualmente colocados numa articulação de poder, e não uma imposição externa”. QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: *Perú indígena*, v. 13, n. 29, 1992, p. 11.

⁷²² CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. In: *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 121-138.

manutenção ideológica da colonização que resta arraigada no seio da contemporaneidade, faz-se necessária uma postura “decolonial”, igualmente atenta às necessidades periféricas tropicais. Atenta-se ao fato de que, inevitavelmente, trata-se de um movimento necessariamente posterior à descolonização.⁷²³

Nas palavras de Ochy Curiel, o conceito de “decolonização”

*é explicado a partir da compreensão de que com o fim do colonialismo como constituição geopolítica e geo-histórica da modernidade ocidental europeia, a divisão internacional do trabalho entre centros e periferias, assim como a hierarquização étnico-racial das populações e a formação dos estados-nação na periferia, não se transformou significativamente. O que acontece, ao contrário, é uma transição do colonialismo moderno à colonialidade.*⁷²⁴

Nesse sentido, no campo da dogmática, não é possível negar que o Brasil absorveu um direito eminentemente alienígena, cuja herança autoritária e inquisitorial tipicamente adveio da colonização portuguesa.⁷²⁵ Importante atentar que tais amarras medievais foram capitaneadas, na América Latina, a partir da península ibérica,⁷²⁶ já que, como observou Enrique Dussel, a partir de 1492, a Europa passou a ser o centro do mundo.⁷²⁷

As raízes ibéricas da colonização⁷²⁸ lançadas em solo nacional com as capitâneas hereditárias, de fato a partir de 1532, como ensina Luís Roberto Barroso,⁷²⁹ penetraram em solo nacional nutridas de patrimonialismo, de estamentismo, e difundiram, nas palavras de Raimundo Faoro, um Estado fortemente intervencionista e oficialista,⁷³⁰ e de um capitalismo politicamente orientado onde existia “uma relação hierárquico-burocrática entre monarca e súdito, entre o chefe e o funcionário”.⁷³¹

⁷²³ CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. In: *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 131.

⁷²⁴ CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. In: *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 131.

⁷²⁵ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2021.

⁷²⁶ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁷²⁷ DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da

filosofia da libertação. In: *Sociedade e Estado*, v. 31, 2016. p. 51-73.

⁷²⁸ Cf. DE HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968; FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2019.

⁷²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 244.

⁷³⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁷³¹ BARROSO, Luís Roberto. Os donos do poder: a perturbadora atualidade de Raymundo Faoro. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, 2022. p. 24.

Inevitavelmente, o processo penal brasileiro abeberou-se consideravelmente no autoritarismo,⁷³² típico de uma colonização violenta – que não deixa de cindir a sociedade em um arcaico maniqueísmo, como também evidenciou Frantz Fanon.⁷³³

Como observou Enrique Dussel, o conceito de subjetividade moderno (ao lado da ideia de universalismo) possui amarras nas revoluções europeias, mormente a Francesa, de 1789.⁷³⁴ Contudo, em nossa realidade tropical, a cientificidade constitucional dos direitos e garantias fundamentais não bastam ao alcance de uma justiça decolonial.

Encarar o processo penal em uma perspectiva decolonial implica ir além da roupagem formalista de pretensões universais de racionalidade, e que em tese alberga-se através de regras do jogo. Se a colonialidade, portanto, é a continuação do colonialismo por outros meios, vale a pena aqui, como ensinou Claudia Zapata para todas as ciências sociais, voltar os esforços para a descolonização do saber, para se alcançar um “saber decolonial”.⁷³⁵

Sobre isso, é importante ir além dos avanços proporcionados pelo ideário movimento constitucionalista europeu, mormente a partir da Revolução Francesa de 1789. Contudo, é importante ressaltar não ser necessário, parafraseando Anibal Quijano, “rejeitar toda ideia de totalidade, livrar-se das ideias e imagens com as quais essa categoria foi criada no âmbito da modernidade europeia”.⁷³⁶ Assim, pode-se afirmar que o ideal é justo, mas certamente a pretensão de universalização dos direitos e das garantias fundamentais falhou em termos periféricos, não podendo o poder punitivo ser legitimado a partir de uma verificação meramente procedimental de justiça.

Para Anibal Quijano, “o que precisa ser feito é algo muito diferente: libertar a produção de conhecimento, reflexão e comunicação dos buracos da racionalidade/modernidade europeia”.⁷³⁷

[...] a estrutura de poder colonial produziu as discriminações sociais que foram posteriormente codificadas como “raciais”,

⁷³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

⁷³³ FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Lígia Fonseca Ferreira; Regina Salgado Campos. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

⁷³⁴ “Anteriormente a esta fecha los imperios os sistemas culturales coexistían entre sí. Sólo con la expansión portuguesa desde el siglo XV, que llega al Extremo Oriente en el siglo XVI, y con el descubrimiento de América hispánica, todo el planeta se torna el “lugar” de “una sola” Historia

Mundial”. DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. Edgardo Lander (Org.). In: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires: Perspectivas latinoamericanas, CLACSO/UNESCO, 2003. p. 27.

⁷³⁵ ZAPATA, Claudia. El giro decolonial. *Consideraciones críticas desde América Latina*. Santiago: Pléyade, n. 21, 2018. p. 49-71.

⁷³⁶ QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: *Perú indígena*, v. 13, n. 29, 1992. p. 19.

⁷³⁷ IDEM, ibidem. p. 19.

étnicas, “antropológicas” ou “nacionais”, dependendo dos momentos, dos agentes e das populações envolvidas. Essas construções intersubjetivas, produto da dominação colonial por parte dos europeus, foram mesmo assumidas como categorias (de pretensões “científicas” e “objetivas”) de significação a-histórica, isto é, como fenômenos naturais e não da história do poder. A referida estrutura de poder foi e ainda é o quadro dentro do qual outras operam as relações sociais, de tipo classista ou estamental.⁷³⁸

Nesse sentido, anota-se que aceitar o direito processual penal como mero instrumento para se alcançar uma pena, em uma perspectiva não-decolonial, representa projetá-lo como um instrumento verdadeiramente potencializador do poder punitivo, e desatento às preocupações tipicamente tropicais. Logo, torna-se mais um aparato racista, estamental, seletivo e criminógeno.

O processo de homogeneização dos membros da sociedade imaginada de uma perspectiva eurocêntrica como característica e condição dos Estados-nação modernos, foi levado a cabo nos países do Cone Sul latino-americano não por meio da descolonização das

*relações sociais e políticas entre os diversos componentes da população, mas pela eliminação massiva de alguns deles (índios, negros e mestiços). Ou seja, não por meio da democratização fundamental das relações sociais e políticas, mas pela exclusão de uma parte da população. Dadas essas condições originais, a democracia alcançada e o Estado-nação constituído não podiam ser afirmados e estáveis. A história política desses países, muito especialmente desde fins da década de 60 até o presente, não poderia ser explicada à margem dessas determinações.*⁷³⁹

Afunilando as pretensões do trabalho, é importante considerar, no prisma teórico proposto, a onda de justiça negocial, e em especial o PL nº 4.524/2019, e suas representações para a expansão do poder punitivo.

Para manutenção de uma linha ideológica coerente, e para ser lhanos quanto ao alcance do presente trabalho nos meandros acadêmico-processuais, algumas reflexões sobre a justiça negociada se apresentarão abaixo, antes, trabalhando-se com institutos típicos da seara processual,

⁷³⁸ IDEM, ibidem. p. 12.

⁷³⁹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e

ciências sociais. In: *Perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 133.

estritamente observando-se o campo dogmático.

3. O AVANÇO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Inicialmente, convém ressaltar que a “justiça negociada” não é algo absolutamente alheio à nossa tradição lusitana,⁷⁴⁰ considerando que as Ordenações Filipinas, de 1603, compilado legislativo então vigente no Brasil-colônia, por exemplo, já previam a “delação” como uma espécie de “negócio processual”.⁷⁴¹ Influenciada pela tradição medieval, foi válida e aplicável em todo o território nacional até a execução de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes,⁷⁴² em 1792.⁷⁴³

Após um hiato de quase dois séculos sem que instituto similar figurasse na legislação pátria, o retorno da “delação premiada” se deu com a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, e se espalhou, através da mesma implementação legislativa, no Código Penal brasileiro, pela Lei nº 2.848/1940 (nos arts. 159, § 4º, e 288).

Posteriormente, várias criações legislativas passaram a promover uma margem negocial na seara processual penal, como a Lei nº 7.492/1996 (Leis de

Crimes Contra o Sistema Financeiro) e a Lei nº 8.137/1990 (Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), ambas a partir da redação dada pela Lei nº 9.080/1995; a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas); a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), e também a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a partir da redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012.

Registra-se que, na última década, a Lei nº 12.850/2013, ao instituir o crime de organização criminosa, exacerbou o instituto da “colaboração premiada”,⁷⁴⁴ e teve sua redação alterada ainda mais recentemente, pelo denominado “Pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019), que positivou também o acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico.⁷⁴⁵

Em suma, todo esse aparato legislativo pretendeu voltar-se, se considerados seus textos legais e suas exposições de motivos, ao alcance supostamente mais célere dos suspeitos ou à elucidação dos eventos delituosos. Nesse sentido, todos os institutos negociais referenciados acima anunciam, em seu gene, as funções declaradas da pena, assomadas a essa

⁷⁴⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁷⁴¹ Cf. Títulos VI e CXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas.

⁷⁴² RIBEIRO, Darcy. *Tiradentes*. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2016.

⁷⁴³ Importante destacar o fato de que o fim da aplicação da referida “delação premiada”, no Brasil império, coincide com as Revoluções Liberais americana (1776) e francesa (1789), e com os respectivos diplomas constitucionais

(1787 e 1791), entremeados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

⁷⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 1, 2018.

⁷⁴⁵ BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 06 set. 2023.

pretensão de celeridade de resposta do judiciário aos desvios criminais. Ainda, mais recentemente, com o “Pacote anticrime” se avultou uma preocupação com o “descongestionamento” do Poder Judiciário, e também com o PL nº 4.524/2019, mediante “uma prestação jurisdicional mais rápida” – inclusive sendo o aprisionamento voluntário uma opção negocial.

Assim, nota-se que, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, na última década, avoluma-se ao lado das pretensões de retribuição e de prevenção (funções declaradas da pena), uma preocupação “operacional” que sobremaneira se destaca.

Passa-se às características da justiça negocial, de forma mais detalhada, no próximo item.

3.1. CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA NEGOCIAL ABRASILEIRADA OU TROPICALIZADA

De forma geral, acerta Aury Lopes Jr.⁷⁴⁶ ao afirmar que a justiça negocial brasileira que vem sendo implementada

legislativamente nos últimos anos possui as seguintes características: i) afigura-se supostamente adequada aos princípios norteadores de um sistema acusatório; ii) preza por uma presumida autonomia e liberdade das partes; iii) primordialmente, pretende promover o desafogo do sistema Judiciário, tendo em sua visada a administrativização do sistema judiciário (no sentido de potencializar resultados técnicos).⁷⁴⁷

É sempre bom alertar, como o fez André Gide, que se deve falar novamente àqueles que insistem em não ouvir⁷⁴⁸. Inúmeros trabalhos já indicam que, de maneira geral, a justiça negocial: i) se transplantada sem as devidas adequações, potencialmente representará graves violações ao sistema acusatório, como destaca Gabriel Ignacio Anitua,⁷⁴⁹ bem como Jacinto Coutinho de Miranda⁷⁵⁰; ii) se pressupuser o livre-arbítrio, deverá considerar todas as vicissitudes fáticas, persecutórias e processuais, que pesam em desfavor do réu,⁷⁵¹ assim como a

⁷⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2023.

⁷⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 122.

⁷⁴⁸ GIDE, André. *O Tratado de Narciso*. Trad. Luiz Roberto Benati. São Paulo: Flumen, 1984.

⁷⁴⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. In: *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, v. 1, 2015.

⁷⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei nº 12.850/13). In: *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em*

homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁷⁵¹ Importante requestrar, na senda do *Common Law*, a possibilidade de ocorrência do *overcharging* (excesso indevido de imputação no bojo da denúncia para, convenientemente, ceder em partes, posteriormente); o *charge bargaining* (o órgão acusador diminui a imputação a troco de confissão); o *count bargaining* (o órgão acusador diminui a quantidade de imputações a troco de confissão); o *fact bargaining* (negociação de fatos em troca da confissão) e o *sentence bargaining* (pena menor a troco de confissão). Indiscutivelmente, são desdobramentos inconstitucionais da justiça negocial (que violam, no mínimo, o princípio da legalidade, do contraditório e da

disparidade de armas⁷⁵², favorável ao órgão acusador, como ensina Geraldo Prado⁷⁵³, e que; iii) se prezar pela administrativização do sistema judiciário, poderá representar prejuízos a garantias e direitos fundamentais do acusado – já que, como ensinou Barbosa Moreira, um processo garantista necessariamente é um processo menos célere, ao passo que, o seu outro extremo pode ser representado por linchamentos.⁷⁵⁴

Considerando as características gerais da justiça negocial brasileira, convém observar a guinada de perspectiva que se promove com o Projeto de Lei nº 4.524/2019, e o que ele representa no atual cenário processual penal brasileiro.

3.2. A JUSTIÇA NEGOCIAL SOBRE TEMPO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUAS REPRESENTAÇÕES EM UM CENÁRIO TROPICAL DECOLONIAL

Representando o último estágio do avançar sobre a justiça negocial

brasileira, tem-se o Projeto de Lei nº 4.524/2019, incorporado às pretensões do Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010, originário do PLS 156/2009), pautado no modelo *plea bargaining* estadunidense.⁷⁵⁵

Além de possuir as mesmas características indicadas acima, propõe a barganha penal no que tange ao tempo de privação de liberdade, ou seja, torna potencialmente o direito à liberdade um bem jurídico transigível. O texto de lei proposto diz, *ipsis litteris*:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: [...]

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros

ampla defesa; do devido processo legal, e claro, dos direitos e garantias fundamentais).

⁷⁵² Cf. GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁷⁵³ Como ensina Geraldo Prado, “os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades e, pois, posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal”. PRADO, Geraldo. *Elementos para uma*

análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224.

⁷⁵⁴ “Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Revista de Processo*. 2004. p. 141-150.

⁷⁵⁵ LANGER, Máximo. *Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions*. In: *Annual Review of Criminology*, v. 4, p. 377-411, 2021.

*legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz;*⁷⁵⁶

Em sua justificativa, o referido projeto de lei aduz representar uma tendência mundial, cuja recomendação parte de uma Convenção da ONU, ratificada pelo Brasil em 2005, e por mais de 150 países. Assevera, também, que o *plea bargaining* “possibilita ao acusado ser o senhor de seu próprio destino”, e ressalta que, por fim, “o instituto possibilitaria uma prestação jurisdicional mais rápida e conseqüentemente uma resposta à sociedade no tocante à punição dos crimes”.⁷⁵⁷

Notadamente, observa-se que o referido Projeto de Lei nº 4.524/2019, inegavelmente, preenche todas as três características da justiça negocial indicadas acima, pois: i) pretensamente indica que há uma adequação a um sistema acusatório, inclusive moderno, já que o PL surge arrimado meritoriamente por recomendação de Convenção da ONU, já aderido por mais de 150 países; ii) preconiza que as pessoas são livres para deliberar sobre a conveniência da tessitura do acordo, sendo senhoras dos seus destinos, e; iii) informa que haverá uma potencialização

do judiciário, cuja prestação jurisdicional se daria de forma mais rápida à sociedade.

Todas as observações genéricas cabíveis aos demais institutos negociais brasileiros se amoldam perfeitamente a essa referida pretensão legislativa. Contudo, por outro viés, é inevitável apontar que, pela primeira vez no direito brasileiro, propõe-se erigir um instituto negocial penal que verse sobre a própria pena privativa de liberdade – o que, reflexamente, interfere diretamente em sua legitimidade, fazendo repensar a sua adequação no ordenamento jurídico brasileiro e, mais precisamente, em um sistema de justiça criminal que guarda ranços colonialistas.

Considerando as informações trazidas acima, bem como a justificativa ao referido protótipo legislativo, elencam-se as razões pelas quais o Projeto de Lei nº 4.524/19 pode representar um grave retrocesso histórico, tanto na seara processual penal quanto na penal, tangenciando-o na perspectiva decolonialista, que serve como pano de fundo no presente trabalho.

Em primeiro lugar, como a pretensão negocial referente a penas privativas de liberdade, o referido projeto de lei destoa totalmente da reforma penal promovida pela Lei nº 7.209/84,⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ BRASIL. PL nº 4.524/2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1790524&filename=PL%204524/2019>. Disponível em: 25 ago. 2023.

⁷⁵⁷ BRASIL. PL nº 4.524/2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/p>

rop_mostrarintegra?codteor=1790524&filename=PL%204524/2019>. Disponível em: 25 ago. 2023.

⁷⁵⁸ Cf. n. 40, da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84. BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852->

e dos institutos da transação penal⁷⁵⁹, e da suspensão condicional do processo, trazidos pela Lei nº 9.099/95,⁷⁶⁰ pautados na despenalização e na desinstitucionalização. Nem sequer reflexivamente há qualquer viés despenalizador no referido projeto (pois, as partes acordarão justamente um *quantum* de restrição de liberdade, logo, de submissão a um sistema prisional). De sorte que, não representa aspectos libertários ou, no mínimo, contencionistas do poder punitivo estatal – ou que, teórica e minimamente, poderia representar o sistema acusatório. O referido projeto, pelo contrário, se apresenta plenamente avesso aos dados do sistema carcerário brasileiro, já esboçados acima, altamente clientelista e, pior, reproduzidor de clientela – além de violador contumaz e massivo de direitos humanos, como reafirmou o Presidente da Suprema Corte nacional.⁷⁶¹

Em segundo, considerada a inevitável disparidade de armas já indicadas acima, o referido PL

potencialmente impulsiona o poder punitivo estatal, já que, possibilitando a barganha a direitos e garantias fundamentais da defesa em troca de uma pena menor, desacoberta o acusado do devido processo legal. Em relação a isso, a título de exemplo, estudos norte-americanos evidenciam que 11% dos réus inocentes aceitaram um acordo penal apenas pelo temor de um processo judicial.⁷⁶² Nesse sentido, o PL deixa evidente que as alternativas postas sobre a mesa não são diferentes qualitativamente, mas apenas quantitativamente. Novamente, dados penitenciários requestram que o cárcere tem se tornado uma “escola do crime”, já que a reincidência varia entre 21 a 50%, como já apontado acima. Logo, a barganha sobre a pena privativa de liberdade representa mais do mesmo, e “chove no molhado”, ao insistir no encarceramento enquanto panaceia dos desvios sociais.

Por último, partindo de uma vantagem técnica estatal, conquanto confessadamente falho na persecução

exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁷⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Breves anotações ao instituto da transação penal*. São Paulo: RT, v. 87, n. 758, dez. 1998.

⁷⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 9.099/95*. Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/550975>>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁷⁶¹ VIVAS, Fernanda. *Em voto, Barroso diz que governo deve elaborar plano de combate a violações no sistema carcerário*. G1, Rio de Janeiro, 03 out. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/03/em-voto-barroso-diz-que-governo-deve-elaborar-plano-nacional-de-intervencao-no-sistema-carcerario.ghtml>>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁷⁶² A pressão que os réus enfrentam para se declararem culpados pode até fazer com que pessoas inocentes se declarem culpadas. Dos 354 indivíduos inocentados pela análise de DNA, 11% se confessaram culpados de crimes que não cometeram, e o Cadastro Nacional de Isonções identificou 359 inocentados que se declararam culpados. ...além de um julgamento, o réu abre mão de muitas proteções destinadas a garantir que nenhum réu inocente enfrente punição. NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS. *The trial penalty: the sixth amendment right to trial on the verge of extinction and how to save it*. 2018. Disponível em: <<https://shre.ink/UGSZ>>. Acesso em: 06 set. 2023. p. 9.

penal, no processamento e no julgamento, conforme evidenciam a cifra oculta e a taxa de atrito já destacadas, as pretensões de celeridade e de produtividade jurisdicional potencialmente se resumirão no aumento do número de encarcerados. Nesse sentido, a redução com despesas processuais poderá, inversamente, representar um aumento com despesas prisionais. Ou seja, uma melhora na prestação jurisdicional equivaleria ao inflacionamento ainda maior do fracassado sistema carcerário. Destaca-se que, inequivocamente, nem sequer o caráter econômico justifica também a barganha penal sobre tempo de pena privativa de liberdade, considerando que, conforme os últimos dados da Secretaria Nacional de Reforma do Judiciário, um processo judicial na seara penal custa 1,8 mil aos cofres públicos,⁷⁶³ ao passo que cada encarceramento representa o mesmo valor – contudo, por mês, segundo o CNJ.⁷⁶⁴ Ou seja, a despesa prisional é infinitamente maior do que a despesa processual.

Nessa toada, a partir de justificativas falhas ou, no mínimo, extremamente tênues, com premissas

que já restam rechaçadas, o referido projeto de lei perigosamente aviva aquilo que Jesús María-Silva Sánchez denominou por terceira velocidade do direito penal, ou seja, um procedimento encarcerador que, no afã de promover celeridade e justiça social, viola direitos e garantias processuais.⁷⁶⁵ Representa, logo, a mais franca expansão do direito penal e, pior, do direito penal do inimigo.⁷⁶⁶

Inevitável também não lembrar dos estudos promovidos por Máximo Langer sobre a barganha penal, nesse mesmo sentido. Deveras, torna-se necessário atentar-se à mera administrativização de condenações criminais que a *plea bargaining* norte-americana e inglesa, bem como os procedimentos simplificados negociais latino-americanos, que se avultam, não são aptos a fornecer mecanismos processuais adequados e contentores do cárcere, mormente por transmigrarem o procedimento penal para as fases investigativas e persecutórias.⁷⁶⁷

Não se deve olvidar que, ao lado de todos esses problemas zetéticos apresentados, soma-se uma inevitável violação dogmática, já que, como

⁷⁶³ FERREIRA FILHO, Aldo Leão. *Valor do furto é pequeno, mas custa caro para o Estado*. Disponível em: <<https://shre.ink/UOxn>>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁷⁶⁴ BOTELHO, Vinicius. *Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁷⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas*

sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁶⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁷⁶⁷ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: *Delictae revista de estudos interdisciplinares sobre o delito*, v. 2, n. 3, p. 19-19, 2017.

alertou Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ainda à época das implementações negociais promovidas pela Lei nº 9.099/95, “admitir-se a aplicação de pena, mesmo que seja esta consentida pelo autuado, sem que esteja estabelecida uma relação jurídico-processual parece-nos inviável ante os Princípios Processuais Constitucionais”⁷⁶⁸. Em suma, não há, por qualquer flanco, perspectiva favorável à implementação do instituto projetado a figurar no novo Código de Processo Penal brasileiro.

Enfim, a justiça negocial relativa à pena privativa de liberdade, tal qual prevista no Projeto de Lei nº 4.524/2019, destoa de todas as demais implementações negociais anteriores naquilo que as fundamenta, já que desprovida de mecanismo libertador, ou minimamente amparada em qualquer espectro de sistema acusatório, tornando-se insustentável em nosso ordenamento jurídico, principalmente se considerado nosso sistema de justiça criminal a partir de pretensões verdadeiramente decoloniais.

CONCLUSÃO

Não se pode desdenhar da onda de justiça negocial que se apresenta, seja em forma de lei ou em forma de projetos de lei. Meramente negá-los não contribui verdadeiramente com o atual sistema de justiça criminal – que ruma, inevitavelmente, para isso. Como ensinou Roland Barthes, quem nega

totalmente, cede totalmente.⁷⁶⁹ Há a necessidade de cortejar todos esses institutos ao mesmo tempo em que se avultam, sob pena de deixar o poder punitivo estatal se expandir acriticamente.

Desde já, é imperativo reconhecer que, sem que haja vulnerabilidade a direitos individuais frente ao poder punitivo estatal, todos os institutos que tenham o afã despenalizador podem ser válidos em tempos de hiperencarceramento e de direito penal do inimigo. Inclusive, numa visão progressista, poderiam ser algo factível a curto prazo.

Contudo, são alarmantes os potenciais prejuízos desencadeados pela barganha de tempo de prisão, conforme proposta do Projeto de Lei nº 4.524/2019, já que violadores de um sistema acusatório, promovidos em total disparidade de armas em um cenário que promete o mesmo fim, e pautado em quantidade, em detrimento de qualidade jurisdicional.

Em suma, aparentemente se pretende, com o referido projeto de lei, economizar processos e garantias processuais, ao passo que se aceita a expansão da aplicação da pena privativa de liberdade. E como já disse o Presidente do Supremo Tribunal norte-americano, Warren Burger, em 1971: “Uma sociedade rica não deve ser mesquinha no apoio à justiça, pois a

⁷⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Breves anotações ao instituto da transação penal*. São Paulo: RT, v. 87, n. 758, dez. 1998.

⁷⁶⁹ BARTHES, Roland. *Mitologias*. São Paulo: Difel, 1987. p. 183.

economia não é um objetivo do sistema”.⁷⁷⁰

Dentro de um sistema de justiça criminal seletivo e clientelista, no seio de uma sociedade punitivista, racista e estamental, como já exposto acima, o referido PL, que perigosamente se apresenta com pretensões utilitaristas e de celeridade, inevitavelmente promoverá mais encarceramento de vulneráveis (negros e pobres). Em uma perspectiva decolonial, e inserido em um movimento tipicamente tropical, atento às necessidades nacionais, resta evidenciado que o PL nº 4.524/2019 representa um perigoso retrocesso legislativo à pretensão de um processo penal verdadeiramente tropical e decolonizador.

REFERÊNCIAS

- 20% DAS PRISÕES SÃO ILEGAIS. [S.l]. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/20-das-prisoos-sao-ilegais/>>. Acesso em: 13 set. 2023.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35.
- ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BARRETO, Tobias. Menores e loucos. v. 5. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional

Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2023.

- _____. Os donos do poder: a perturbadora atualidade de Raymundo Faoro. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 12, n. 3, 2022.
- _____. Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 185.
- _____. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 244.
- BARTHES, Roland. Mitologias. São Paulo: Difel, 1987. p. 183.
- BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BOTELHO, Vinicius. Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>>. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<https://shre.ink/U0Hl>>. Acesso em: 13 out. 2023.
- BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 13.964/2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>
- <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>>. Acesso em: 06 set. 2023.

⁷⁷⁰ WALSH, Dylan. Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining: Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials. *The Atlantic*, 02 maio 2017. Disponível em:

- _03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 06 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 25 out. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/550975>>. Acesso em: 25 out. 2023.
- BRASIL. PL nº 4.524/2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1790524&filename=PL%204524/2019>. Disponível em: 25 ago. 2023.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Disponível em: <<https://n9.cl/lices>>. Acesso em: 13 out. 2023.
- BRAUDEL, Fernand. Gramática das civilizações. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CÉSAIRE, Aimé. Discurso sobre o colonialismo. São Paulo: Veneta, 2020.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CURIEL, Ochy. Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. In: Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020. p. 121-138.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. [S.l.]. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.
- DE HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. Edgardo Lander (Org.). In: La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Buenos Aires: Perspectivas latinoamericanas, CLACSO/UNESCO, 2003. p. 27.
- DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. In: Sociedade e Estado, v. 31, 2016. p. 51-73.
- FANON, Frantz. Os condenados da terra. Trad. Lígia Fonseca Ferreira; Regina Salgado Campos. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- FERREIRA FILHO, Aldo Leão. Valor do furto é pequeno, mas custa caro para o Estado. Conjur, 31 maio 2007. Disponível em: <<https://shre.ink/UOxn>>. Acesso em: 23 out. 2023.
- FIORATTI, Gustavo. 49% dos brasileiros são contrários à pena de morte, diz pesquisa: Segundo Ipec, 42% dizem ser favoráveis e 6% afirmam não ser nem contra nem a favor. UOL, 13 set. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/c>

- otidiano/2022/09/49-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-pena-de-morte-diz-pesquisa.shtml>.
Acesso em: 05 set. 2023.
- FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- _____. Vigiar e punir: o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2019.
- GENELHÚ, Ricardo. Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- _____. Terrorismo policial: empilhando corpos, enxugando sangue. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- GIDE, André. O Tratado de Narciso. Trad. Luiz Roberto Benati. São Paulo: Flumen, 1984.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.
- LANDER, Edgardo. La colonialidad del saber: eurocentrismos y ciencias sociales. In: Perspectivas latinoamericanas, p. 145-162, 2000.
- LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: Delictae revista de estudos interdisciplinares sobre o delito, v. 2, n. 3, p. 19-19, 2017.
- _____. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. In: Annual Review of Criminology, v. 4, p. 377-411, 2021.
- LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. In: Revista Think Tank, v. 5, n. 15, p. 3-20, 2001. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2011/06/Controle-da-criminalidade_mitos-e-fatos.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.
- LOPES JR, Aury; KHALED JR, Salah. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: Por uma fenomenologia decolonial do processo penal. In: Cadernos de direito actual, n. 20, p. 23-39, 2023.
- LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2023.
- LUCENA, André. População negra encarcerada chega ao maior nível da série histórica. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-negra-encarcerada-chega-ao-maior->

- nivel-da-serie-historica/. Acesso em: 13 out. 2023.
- MALAN, Diogo. Advocacia criminal e a arte da negociação. Consultor Jurídico, 21 out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao>>. Acesso em: 10 set. 2023.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 118.
- MARTINS, Felipe. Brasil é o país que mais faz linchamentos; Rio amarga vicecampeonato nacional. O Dia, Rio de Janeiro, 26 jul. 2015. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-26/brasil-e-pais-que-mais-faz-linchamentos-rio-amarga-vice-campeonato-nacional.html>>. Acesso em: 05 set. 2023.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: Revista de Processo. 2004. p. 141-150.
- NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS. The trial penalty: The sixth amendment right to trial on the verge of extinction and how to save it. 2018. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/95b7f0f5-90df-4f9f-9115-520b3f58036a/the-trial-penalty-the-sixth-amendment-right-to-trial-on-the-verge-of-extinction-and-how-to-save-it.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2023.
- PAIVA, Deslange; HONÓRIO, Gustavo; STABILE, Arthur. População carcerária: 5 mil cidades têm menos moradores do que o total de presos no Brasil; 1 em cada 4 não foi julgado. G1, Rio de Janeiro, 20 jul. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/20/populacao-carceraria-do-brasil-e-maior-do-que-a-populacao-de-5-mil-municipios-1-em-cada-4-presos-nao-foi-julgado.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2023.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves anotações ao instituto da transação penal. São Paulo: RT, v. 87, n. 758, dez. 1998.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 19, n. 1, 2018.
- PINKER, Steven. O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- PIRES, Breiller. Entre a vida e a morte sob tortura, violência policial se estende por todo o Brasil, blindada pela impunidade: levantamento do EL PAÍS mostra excessos violentos da polícia por Estado. Maioria das vítimas é negra e periférica, realidade que ficou mais exposta durante a pandemia. El País, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://shre.ink/UO4m>>. Acesso em: 05 set. 2023.
- PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224.

- QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. In: Estudos avançados, v. 19, 2005. p. 9-31.
- _____. Colonialidad del poder y clasificacion social. In: Journal of world-systems research, v. 6, n. 2, 2000. p. 342-386. Disponível em: <>
<https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/download/228/240/313>>.
Acesso em: 25 ago. 2023.
- _____. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. In: Perspectivas latino-americanas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005. p.118-142.
- _____. Colonialidad y modernidad/razionalidad. In: Perú indígena, v. 13, n. 29, 1992. p. 11-20.
- RIBEIRO, Darcy. Tiradentes. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2016.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco.
- Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: Revista de Processo, ano 35, v. 189, nov./2010.
- VASCONCELLOS, Vinicius. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- VIEIRA, Sergio. Pesquisa da USP mostra que cresce apoio da população à violência policial. Radio Senado, Brasília, 8 jun. 2012. Disponível em:
<<http://www12.senado.gov.br/radio/1/noticia/pesquisa-da-usp-mostra-que-cresce-apoio-da-populacao-a-violencia-policial>>.
Acesso em: 05 set. 2023.
- VIVAS, Fernanda. Em voto, Barroso diz que governo deve elaborar plano de combate a violações no sistema carcerário. G1, Rio de Janeiro, 03 out. 2023. Disponível em:
<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/03/em-voto-barroso-diz-que-governo-deve-elaborar-plano-nacional-de-intervencao-no-sistema-carcerario.ghtml>>.
Acesso em: 23 out. 2023.
- VOVELLE, Michel. A Revolução Francesa 1789-1799. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2019.
- WALSH, Dylan. Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining: Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials. The Atlantic, 02 maio 2017. Disponível em:

<<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>>. Acesso em: 06 set. 2023.

WORLD PRISON BRIEF. Mudanças nos padrões de encarceramento. Disponível em: <[https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-](https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento)

encarceramento>. Acesso em: 13 out. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito penal brasileiro. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Editar, 1987.

ZAPATA, Claudia. El giro decolonial. Consideraciones críticas desde América Latina. Santiago: Pléyade, n. 21, 2018. p. 49-71.

A BANALIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O FUTURO DAS AÇÕES ESTRUTURAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁷⁷¹

THE BANALIZATION OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AND THE FUTURE OF STRUCTURAL LITIGATION IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Matheus Casimiro

Realiza estágio de pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e graduado em Direito pela UFC. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Assessor Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC). Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI), coordenando a linha sobre processos estruturais. Brasília/DF. E-mail: mcgserafim@gmail.com.

Eduarda Peixoto da Cunha França

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI) e do Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). Recife/PE. E-mail: eduardacunhapf@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo busca responder à seguinte pergunta: qual a experiência do Supremo Tribunal Federal com o Estado de Coisas Inconstitucional? Para tanto, está dividido em três partes, que abordam, respectivamente: 1) a origem, conceito e pressupostos de utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, retratando a experiência da Corte Constitucional Colombiana com a proteção de direitos fundamentais; 2) a experiência do Supremo Tribunal Federal com o Estado de Coisas Inconstitucional; 3) o perigo da banalização e o futuro do Estado de

Coisas Inconstitucional no Brasil. Adota-se o método dedutivo e pesquisa de cunho bibliográfico-documental. Conclui-se que: em que pese reconhecimento do ECI ter sido interessante para desencadear uma produção acadêmica sobre litígios e processos estruturais no país, a perpetuação da sua utilização não parece profícua para o futuro das ações estruturais no Supremo Tribunal Federal. Desse modo, parece ser o momento de pensar em ações estruturais no STF que não estejam vinculadas à ideia de um “Estado de Coisas Inconstitucional”,

⁷⁷¹ Artigo recebido em 29/04/2024 e aprovado em 06/12/2024.

mas cujo propósito seja congruente com a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais, a fim de garantir a grupos vulneráveis a dignidade que lhes é tirada todos os dias por meio das transgressões ao núcleo mínimo de seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo entre Cortes; Direitos Fundamentais; Estado de Coisas Inconstitucional; Processos Estruturais.

ABSTRACT: This article seeks to answer the following question: what is the experience of the Brazilian Supreme Court with the Unconstitutional State of Affairs? To this end, it is divided into three parts, which address, respectively: 1) the origin, concept and assumptions for using the Unconstitutional State of Affairs, portraying the experience of the Colombian Constitutional Court with the protection of fundamental rights; 2) the experience of the Federal Supreme Court with the Unconstitutional State of Affairs; 3) the danger of trivialization and the future of the Unconstitutional State of Affairs in Brazil. The deductive method and bibliographic-documentary research are adopted. It is concluded that: despite the recognition that the ECI was interesting in triggering academic production on litigation and structural lawsuits in the country, the perpetuation of its use does not seem fruitful for the future of structural litigation in the Brazilian Supreme Court. Therefore, it seems to be the time to think about structural litigation in the Brazilian Supreme Court that are not linked to the idea of an “Unconstitutional State of

Affairs”, but whose purpose is congruent with the eradication of poverty, marginalization and reduction of social inequalities, in order to guarantee vulnerable groups the dignity that is taken from them every day through transgressions of the minimum core of their fundamental rights.

KEYWORDS: Dialogue between Courts; Fundamental Rights; Unconstitutional State of Affairs; Structural Litigation.

INTRODUÇÃO

Estudos comparativos são de grande valia para o Direito Constitucional, sobretudo no que concerne à proteção de direitos fundamentais a partir da construção ou adaptação de novos institutos jurídicos. Nesse sentido, quando dois países compartilham problemas sociais semelhantes, a utilização de técnicas jurídicas estrangeiras parece ser ainda mais interessante e capaz de agregar maior legitimidade a decisões judiciais, sobretudo quando estas envolvem políticas públicas, ações e programas de ordem originariamente política.

O diálogo entre cortes, nesse sentido, oferta soluções criativas que estão fora do ordenamento jurídico pátrio, proporcionando respostas inovadoras para problemas complexos e arraigados, muitas vezes, no âmago das sociedades.

Apesar do recurso a experiências estrangeiras ser um importante método de aprimorar o direito interno, não é incomum que ocorra uma importação acrítica de certas ideias. É corriqueiro que

institutos estrangeiros sejam utilizados sem que as adaptações necessárias sejam efetuadas pelo comparatista (seja ele o juiz ou mesmo o peticionário da ação em questão), fazendo com que estes se distanciem da realidade na qual serão aplicados.

Nesse sentido, em 2015, o Supremo Tribunal Federal enfrentou uma das temáticas mais sensíveis no campo dos direitos humanos e fundamentais: a situação degradante dos presídios brasileiros. Considerado o terceiro país que mais prende no mundo, estando atrás somente da China e dos Estados Unidos, o Brasil conta com cárceres que são superlotados, sujos, insalubres, facilitam a proliferação de doenças infectocontagiosas, têm comidas intragáveis e não dispõem de água potável e de produtos básicos de higiene. Ainda nesse sentido, ocorrências como homicídios, espancamentos, torturas e violência sexual contra os presos, são práticas comuns, o que agrava ainda mais os quadros calamitosos das prisões no país.

Não bastasse a violação a direitos humanos e fundamentais que ocorrem frequentemente nesses ambientes, a população carcerária ainda conta com o total desprezo dos setores políticos e com a inércia estatal, uma vez que o investimento em políticas públicas que tenham como escopo o aprimoramento do sistema prisional não gera dividendos políticos.

Diante da insustentabilidade do quadro descrito acima, foi ajuizada no STF a ADPF 347, que pedia pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema

carcerário brasileiro. Na oportunidade, a utilização da técnica decisória estrangeira, fruto de um amadurecimento jurisprudencial da CCC, foi muito celebrada. A importação representava não somente uma solução criativa e inovadora para sanar graves problemas envolvendo direitos fundamentais, como também uma referência a uma Corte do Sul Global, configurando um primeiro passo numa espécie de “diálogo decolonial”.

O presente artigo tem como intuito responder ao seguinte problema de pesquisa: qual a experiência do Supremo Tribunal Federal com o Estado de Coisas Inconstitucional?

Para tanto, está dividido em três partes, que abordam, respectivamente: 1) a origem, conceito e pressupostos de utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, retratando a experiência da Corte Constitucional Colombiana com a proteção de direitos fundamentais; 2) a experiência do Supremo Tribunal Federal com o Estado de Coisas Inconstitucional; 3) o perigo da banalização e o futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

Adota-se o método hipotético-dedutivo e pesquisa de cunho bibliográfico-documental.

1. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EXPERIÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Ao contrário do que aconteceu com outros países da América Latina, a Colômbia não vivenciou um governo militar autoritário na segunda metade do Século XX. A Constituição de 1886, que

vigourou por mais de cem anos, conseguiu garantir uma certa estabilidade nesse sentido, mas não foi capaz de evitar as constantes disputas de poder entre os dois maiores partidos políticos colombianos: o Liberal e o Conservador. Além disso, sobretudo a partir de 1980, a Colômbia passou por um período conturbado, marcado por conflitos internos no território nacional e uma guerra do Estado contra cartéis de drogas, responsável por provocar a morte de milhares de colombianos.

No final dos anos 80 e início dos anos 90, diversos países da América Latina passaram por consistentes transformações constitucionais, que tinham como objetivo reestabelecer ou fortalecer a democracia, no que se intitulou de “terceira grande onda de redemocratização”. O período, na Colômbia, foi celebrado com entusiasmo e esperança de mudança política, sentimentos que tiveram reflexo direto na Constituição de 1991, que além de prever um amplo rol de direitos fundamentais e dispor que estes deveriam ser interpretados conforme os tratados internacionais ratificados pelo país, instituiu a Corte Constitucional enquanto a instituição responsável pela “guarda da integridade e supremacia da Constituição”, conforme o artigo 241.

É nesse cenário, no qual o Poder Judiciário – e, sobretudo, a Corte Constitucional da Colômbia – é visto como um importante agente na proteção de direitos fundamentais, que surge o Estado de Coisas Inconstitucional. Havia, desse modo, um espaço político-institucional e até mesmo social favorável ao desenvolvimento de uma técnica que

permitiria que os juízes constitucionais interferissem de modo mais ativo na transformação da realidade social.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) consiste em uma técnica decisória, elaborada pela Corte Constitucional da Colômbia e aperfeiçoada por sua jurisprudência, que visa combater a violação massiva e reiterada a direitos fundamentais. A técnica conclama que todos os órgãos responsáveis engajem-se no sentido de adotar medidas eficazes para solucionar o problema e proteger, sobretudo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O ECI não está previsto na Constituição da Colômbia, sendo uma criação jurisprudencial. Trata-se de uma técnica decisória declaratória, em que a Corte Constitucional reconhece a existência de uma profunda e sistemática violação a direitos fundamentais de um segmento social, sendo necessária a atuação conjunta de diferentes órgãos públicos para solucionar o problema.

Da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional pode se desenvolver um processo estrutural, mas isso nem sempre acontece. Para que isso ocorra, a Corte deverá, junto à declaração do ECI, fixar medidas estruturais, como o dever do Estado de elaborar um plano de ação para enfrentar a situação fática na qual há violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais.

O Estado de Coisas Inconstitucional se tornou a principal técnica utilizada pela Corte Constitucional para lidar com graves violações a direitos fundamentais,

apesar de não ser a única. Entre 1997 e 2004, foi utilizado oito vezes, tratando de problemas como a superlotação do sistema prisional, a proteção de defensores dos direitos humanos e a reformulação de políticas públicas para os deslocados internos. Conforme entendimento da própria Corte, o ECI não pode ser utilizado por outras instâncias do Judiciário.

As violações que o ECI busca combater, em geral, são provocadas pela ação ou omissão de diferentes

autoridades/órgãos/instituições públicas que acabam prejudicando um grupo vulnerável de indivíduos, que podem ser compreendidos como grupos populacionais que, por suas condições sociais, culturais ou econômicas, ou mesmo por suas características como idade, sexo, nível de educação ou estado civil, estão mais propensos a sofrer violações a seus direitos fundamentais por uma série de fatores, tais quais: desinteresse político em ajudar a classe, preconceito por parte da sociedade, exclusão por parte da cultura predominante em um determinado Estado, invisibilidade dessas pessoas aos olhos das autoridades, entre outros.

O papel do juiz constitucional, nesses casos, tem caráter colaborativo, e não impositivo. Ele busca não somente mediar o diálogo para que um plano de ação seja elaborado (em conjunto com as vítimas, sociedade civil organizada e demais atores envolvidos), como, também, procura garantir que não haverá hierarquia no processo deliberativo (o que é muito importante quando grupos vulnerabilizados estão envolvidos),

assegurando que as partes hipossuficientes não sejam prejudicadas e que exista uma mobilização eficiente por parte dos causadores das falhas sistêmicas.

Um outro papel importante que deve ser desempenhado pelo juiz constitucional após a declaração do ECI é o de supervisor. Em outras palavras, o juiz manterá a jurisdição sobre o caso no qual reconhece o ECI até que os problemas sejam superados ou até que sejam mitigados.

Vale ressaltar, entretanto, que o ECI cumpre uma função primordialmente declaratória, no sentido de que o juiz constitucional vai identificar a completa inconstitucionalidade de uma determinada situação, deixando evidente, ademais, que sua gravidade é tão profunda que técnicas especiais terão que ser adotadas para que ela seja solucionada.

Essas técnicas especiais são o que se chama de “medidas estruturais” e estas são adotadas, geralmente, dentro de um processo estrutural.

ECI e processos estruturais, desse modo, são conceitos diferentes. Enquanto o primeiro consiste em um momento declaratório da existência de um grave litígio estrutural, o segundo viabiliza a adoção prática de medidas estruturais que serão utilizadas na superação do problema. Processos estruturais, desse modo, são aqueles que visam transformar um “estado de coisas A”, violador de direitos fundamentais, em um “estado de coisas B”, no qual esses direitos são

assegurados, de modo que podem ocorrer tanto em instâncias inferiores, quanto na Corte Constitucional de um determinado país. A mera declaração do ECI, sem o desenvolvimento de um processo estrutural, tem o potencial de provocar efeitos simbólicos, mas uma grande dificuldade em ensejar efeitos materiais.

O ECI representa um diagnóstico da realidade social e é, geralmente, comum em países do chamado “Sul Global”, que podem ser compreendidos, segundo Santos, como aqueles que são classificados no sistema mundo moderno enquanto “países de Terceiro Mundo”. Esses países possuem traços próprios e nuances peculiares, mas enfrentam um mesmo problema que tem causas diferentes em cada um deles: a desigualdade social. Essa desigualdade faz com que parte de sua população seja privada de direitos fundamentais básicos, que por não serem gozados de modo eficaz comprometem a própria dignidade da pessoa humana, envolvendo questões como: alimentação, moradia, vestimenta adequada, acesso a medicamentos básicos, saneamento básico, entre outros.

Marcelo Neves explica que toda Constituição tem uma dimensão simbólica, que busca influenciar o imaginário social, consagrando valores importantes para a sociedade, e uma dimensão instrumental, que visa conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente. A existência dessas duas dimensões, por si, não é problemática, mas a subordinação da segunda à primeira, é. Assim, no Sul

Global, apesar da proteção constitucional a direitos fundamentais, a grande desigualdade social apresenta um verdadeiro abismo entre a realidade e as promessas constitucionais, sendo necessário, muitas vezes, que o Poder Judiciário, quando provocado, assumira um papel dinâmico.

Os pressupostos de utilização do Estado de Coisas Inconstitucional são: a) a constatação de um quadro de violação massiva e reiterada a direitos fundamentais, que afeta a um amplo número de pessoas; b) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas em cumprir com as obrigações de defesa e proteção de direitos fundamentais, revelando uma falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até mesmo judiciais, perpetuando a grave situação que se procura superar; c) a necessidade de que sejam expedidas medidas e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, buscando a transformação da realidade social por meio do ajuste ou implementação de políticas públicas; d) o fato de que, se outras ações fossem propostas com o mesmo pedido e causa de pedir, haveria um congestionamento da máquina judiciária.

A corte constitucional (ou corte suprema), assim, tem a função de uma vez provocada, servir como instância de desbloqueio, dando não somente visibilidade ao tema como, também, o pontapé inicial para que o problema seja superado (desde que provocada). O tribunal funciona, dessa forma, como um fórum de protestos, tornando possível que grupos vulneráveis tornem públicas as

violações aos seus direitos fundamentais, consigam respaldo jurídico para a sua causa e angariem apoio da sociedade e das instâncias políticas.

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Analisando a *Sentencia T-025/04*, Garavito e Franco criaram algumas classificações para efeitos provenientes de processos estruturais. Esses efeitos podem ser divididos em materiais - ou seja, aqueles que são palpáveis e visíveis, como a implementação ou a reestruturação de uma política pública - ou simbólicos - estando relacionados, nesta hipótese, a mudanças de ideias e percepções acerca do problema que se busca superar. Os efeitos simbólicos são capazes de provocar mudanças culturais ou ideológicas, além de elevar o problema, muitas vezes, à categoria de um “problema de direitos humanos”, garantindo visibilidade ao que antes era encoberto ou relegado.

Percebe-se, desse modo, que a declaração do ECI – sobretudo se acompanhada de um processo estrutural - tem o potencial de provocar transformações profícuas. Essa percepção contraria a ideia de que mudanças sociais não podem ocorrer pelo Poder Judiciário.

Um ponto importante nesse sentido é que o ECI representa uma manifestação de ativismo judicial, mas este não deve assumir, automaticamente, um sentido pejorativo. É preciso pensar o ativismo

judicial a partir de sua característica principal: a multidimensionalidade. Algumas manifestações de ativismo, nesse sentido, podem ser ilegítimas, sobretudo quando os magistrados tomam decisões unilaterais, autorreferenciadas ou solipsistas, mas outras, como é o caso do “ativismo dialógico” podem ser benéficas.

No ativismo dialógico, o Poder Judiciário adota uma postura ativa – no sentido de, uma vez provocado, dar início à mobilização necessária entre os Poderes para que direitos fundamentais sejam protegidos – mas, ao mesmo tempo, flexível – o que significa que suas ordens não são fixas e imutáveis, mas adequam-se às necessidades do caso concreto, havendo a possibilidade de que sejam modificadas – e dialógica – de modo que não impõe medidas de acordo com sua visão micro, mas busca, ao revés, uma visão macro da situação, objetivando, principalmente, compreender os limites e possibilidades do Poder Público para que as medidas prolatadas sejam congruentes com a realidade.

Desse modo, o ativismo dialógico é uma manifestação não somente legítima, como benéfica do ativismo judicial, uma vez que viabiliza que o Poder Judiciário atue como um canal alternativo às instâncias políticas (em casos de bloqueios institucionais) e como saída para momentos de inércia estatal prolongada (que não somente provoca a violação a direitos fundamentais, como permite que essas transgressões se perpetuem no tempo, o que enseja, não raramente, danos irreversíveis para as vítimas).

Quando avaliado de uma perspectiva coloquial, o ativismo assume um caráter pouco científico e definitivamente subjetivo. Caprice Roberts aponta que, nessas hipóteses, o ativismo, assim como a beleza, está nos olhos de quem vê. Logo, essa utilização arbitrária da expressão de nada adianta para compreender o papel que um determinado tribunal, juiz ou Corte Suprema ou Constitucional exerce em uma certa sociedade, pois parte de um pressuposto mutável: a opinião do indivíduo (que é relativa e contingente). Concordar ou discordar da atuação judicial, a partir dessa perspectiva, é suficiente para classificá-la ou não enquanto ativista.

Ao revés, quando enfrentado de forma científica, o ativismo judicial é visto como fenômeno multifacetado (uma vez que possui diversas dimensões ou facetas) e, conseqüentemente, avaliado a partir de suas dimensões. O ativismo dialógico representa uma dessas dimensões e parece ser estratégico: a) em países do Sul Global, que enfrentam diariamente problemas relacionados a desigualdades sociais; b) em cenários de bloqueios políticos ou inércia estatal (também muito comum nesses países) no qual o Poder Judiciário é provocado; c) no combate a violações estruturais a direitos fundamentais, que demandam, usualmente, a atuação conjunta dos Poderes e de outros atores do sistema de justiça e sociais.

A compreensão da multidimensionalidade do ativismo judicial e da importância de sua dimensão dialógica permite desmistificar discussões pouco

produtivas como as que envolvem a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para resolver questões que deveriam estar sendo tratadas nas instâncias majoritárias e a falta de capacidade técnica do referido Poder para lidar com assuntos de cunho político. Afinal, a partir do diálogo, magistrados podem evitar: a má vontade política em resolver o problema enfrentado, já que estarão atentos às limitações orçamentárias e operacionais; a falta de visão judicial acerca de detalhes e aspectos importantes envolvendo políticas públicas; a escassa participação dos indivíduos afetados pela situação violadora de direitos fundamentais, o que distancia a prestação jurisdicional da real necessidade das vítimas; a ideia de que as decisões judiciais substituiriam as escolhas administrativas, uma vez que o processo de construção da solução será realizado de forma conjunta.

Dito isso, tendo em vista que este trabalho busca averiguar a experiência do Supremo Tribunal Federal com o Estado de Coisas Inconstitucional, é preciso conhecer em quais casos o ECI foi mencionado em ações estruturais no STF e em quais casos foi efetivamente reconhecido pelo Tribunal. Em 07.05.2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADPF nº 682, requerendo a suspensão das autorizações para a criação de novos cursos jurídicos que ainda não iniciaram o seu funcionamento e a proibição da abertura de novas vagas em instituições privadas. Para a entidade, há um ECI referente à situação do ensino jurídico,

em decorrência da violação sistemática ao art. 209 do texto constitucional, que garante a qualidade do ensino superior (BRASIL, 2020, 70). O relator, ministro Ricardo Lewandowski, em maio do mesmo ano, negou seguimento à ADPF, alegando que a OAB não utilizou o instrumento processual adequado para defender suas pretensões (BRASIL, 2020, p. 6).

O ECI também foi utilizado pelos autores da ADPF 760, que tem como objeto a execução efetiva da política pública de Estado em vigor para o combate ao desmatamento na Amazônia Legal – o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (“PPCDAm”) – de modo suficiente para viabilizar o cumprimento das metas climáticas assumidas internacionalmente pelo Brasil. A ação faz parte da chamada “pauta verde”, conjunto de ações que tratam de relevantes questões ambientais. O julgamento da ação foi iniciado em abril de 2022, com o voto da relatora, ministra Carmen Lúcia, reconhecendo a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O Ministro André Mendonça pediu vistas, fazendo com que o julgamento fosse suspenso. O julgamento foi concluído em 14.03.2024, com a determinação de medidas para aprimorar a atuação da União no combate ao desmatamento da Amazônia. No entanto, a maioria do Tribunal votou pelo não reconhecimento do ECI.

Integravam também a chamada “pauta verdade” as ADPFs 743, 746 e 857, sob a relatoria do Ministro André Mendonça. As três ações questionavam omissões da União e dos Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul em proteger a Amazônia e o Pantanal contra queimadas e incêndios, alegando-se a existência de um estado de coisas inconstitucionais na política ambiental. O julgamento conjunto das ações foi concluído no dia 20.03.2024. Ainda que o Tribunal tenha reconhecido falhas estruturais na política ambiental e tenha requerido apresentação do plano para prevenir incêndios nos referidos biomas e aprimorar o Centro Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais (PREVFOGO), o ECI não foi reconhecido.

Na ADPF nº 786, a Rede Sustentabilidade alegou que o Sistema Tributário Brasileiro se encontra em um Estado de Coisas Inconstitucional, visto que é regressivo, privilegia os mais ricos e promove a desigualdade social. O ECI decorreria de ações e omissões do Executivo e do Legislativo, como a não tributação de grandes fortunas e a alta carga de tributos sobre o consumo. Requereu que o STF determinasse ao Executivo e ao Legislativo a elaboração, em seis meses, de proposta de reforma tributária capaz de superar o ECI. Em 09.02.2021, o relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, negou seguimento à ação, alegando que não cabe ao Tribunal reconstruir o Sistema Tributário Nacional e substituir o Congresso Nacional em sua função típica (BRASIL, 2021a, p. 7). Para o ministro, além de existirem outros meios processuais aptos a defender os preceitos

fundamentais envolvidos no caso, o partido deve impugnar especificamente as leis, os atos e as omissões normativas, caso a caso.

Já na ADPF nº 822, dezoito entidades coletivas questionavam as políticas de saúde do governo federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19, afirmando que existiria um Estado de Coisas Inconstitucional na condução da crise, com ameaça ao direito à saúde e à vida. A ação ficou conhecida como “ADPF do *Lockdown*”, visto que um dos pedidos liminares consistia na determinação, pelo STF, de medidas de *lockdown* por 21 dias. O relator da ação, ministro Marco Aurélio, acolheu o pedido para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional na condução de políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde (BRASIL, 2021b). Dessa forma, determinou aos entes federados, sob a coordenação da União, medidas como a realização de campanhas educativas sobre as formas de prevenção da doença e a distribuição de máscaras em áreas de concentração populacional e de baixo percentual de adesão às medidas preventivas. Após o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo, suspendendo o julgamento. Em março de 2023, o Tribunal reconheceu a perda de objeto da ação, determinando a extinção do processo sem resolução de mérito.

Pedido similar foi apresentado na ADPF nº 866, ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Segundo a instituição, há décadas o País vivencia uma grave instabilidade do custeio do Sistema Único de Saúde (SUS), gerando

um Estado de Coisas Inconstitucional na política de saúde pública brasileira, que foi agravado com a pandemia de Covid-19. Dentre os pedidos apresentados, a AMPCON requereu a concessão de liminar para que todos os recursos disponíveis no Fundo Social do Pré-Sal sejam aplicados em ações e serviços públicos de saúde e no financiamento de atividades de ciência e tecnologia que se fizerem necessários ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. O relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, determinou o seu arquivamento em 16.07.2021, sob o argumento de que a AMPCON, por ser uma legitimada especial do controle de constitucionalidade, deveria demonstrar a pertinência temática entre os interesses de classe que defende e o objeto da ADPF (BRASIL, 2021c, p. 5-6). No caso, o relator entendeu que não foi demonstrada a conexão entre a política pública de saúde brasileira e a defesa dos interesses dos membros do Ministério Público de Contas.

Na ADPF nº 973, setes partidos políticos, em colaboração com a Coalização Negra por Direitos, requerem que o Tribunal reconheça um Estado de Coisas Inconstitucional relacionado à população negra do País, caracterizado pela alta letalidade de pessoas negras em virtude da violência estatal e pelo desmonte de políticas públicas voltadas a essa parcela da população. As ações e omissões do Estado geram uma violação sistemática dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à segurança, originando “[...] um estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional que sustenta uma política de morte

financiada e aplicada pelo Poder Público à população negra brasileira [...]” (BRASIL, 2022a, p. 59). Para superar a realidade inconstitucional, as legendas pedem que o STF determine o desenvolvimento e a implementação de um Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional.

Por fim, há a ADPF nº 976. A Ação foi proposta pelos partidos políticos REDE Sustentabilidade e PSOL, bem como pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, (MTST), em face de um ECI concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil, decorrente de omissões estruturais de todos os Poderes e níveis federativos. Entre os pedidos apresentados na ação, estão a criação de uma Comissão de Enfrentamento à Emergência da População em Situação de Rua e a apresentação, em até 15 dias, de planos municipais, estaduais, distrital e federal para zerar a carência de abrigos institucionais permanentes para a população em situação de rua (BRASIL, 2022b, p. 34-35).

O relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, convocou uma audiência pública para o dia 21.09.2022 e, após a sua realização, concedeu prazo de quinze dias para que os expositores da audiência encaminhassem dados, documentos e propostas que reputassem pertinentes à solução do litígio estrutural (BRASIL, 2022b, p. 3). Em 25.07.2023, o ministro determinou, em decisão liminar referendada unanimemente pelo Tribunal, que o governo federal elabore um plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política

nacional para a população em situação de rua, no prazo de 120 dias. Também determinou que estados e municípios adotem medidas que garantam a segurança pessoal dentro dos abrigos institucionais existentes.

Ainda que diferentes ações tenham feito referência ao Estado de Coisas Inconstitucional, o seu único reconhecimento pelo plenário do STF ocorreu no julgamento da ADPF nº 347, a primeira a fazer referência ao ECI no Brasil. No caso, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo em vista a situação caótica e degradante do sistema prisional brasileiro, requereu que o STF reconhecesse um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional.

Analisando os pedidos cautelares da ação, o relator, ministro Marco Aurélio, determinou que os juízes e os tribunais, entre outras medidas, estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), devendo ser utilizado em prol da finalidade para o qual foi criado, sendo proibida a realização de novos contingenciamentos; e reconheceu a existência de um ECI no sistema prisional do País (BRASIL, 2015, p. 30). A ação também apresenta uma ampla lista de pedidos finais, requerendo que o STF: declare o ECI do sistema penitenciário; determine ao Governo Federal que elabore, no prazo máximo de três meses, um plano nacional para superar, dentro de um prazo de três anos, o ECI; deliberar sobre o plano nacional, para homologá-lo ou para fixar medidas alternativas ou

complementares; determinar aos governos dos Estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem, no prazo de três meses, planos para a superação do ECI na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos; deliberar sobre cada plano estadual e distrital; para homologá-lo ou estabelecer medidas alternativas (BRASIL, 2015, p. 15-18).

Após seis anos, o ministro Marco Aurélio, em maio de 2021, logo antes de sua aposentadoria, apresentou o seu voto e acolheu vários dos pedidos de mérito, como o dever de o Governo Federal elaborar um plano nacional, no prazo de três meses, e a obrigação de os Estados e o Distrito Federal formularem planos específicos à realidade local, em harmonia com o apresentado pela União, visando à superação do ECI em dois anos.

Em 04.10.2023, o julgamento do mérito da ADPF nº 347 foi concluído. O voto do ministro Luís Roberto Barroso, seguido pelos demais ministros, determinou que a União deve elaborar, juntamente com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de medidas Socioeducativas (DMF), plano nacional para a superação do ECI, em no máximo três anos. O DMF deve ser responsável pelo planejamento de medidas que envolvam a atuação do Judiciário, enquanto o Governo Federal deve planejar as medidas de caráter executivo. O plano nacional deve contemplar três eixos principais: 1. O controle da superlotação dos presídios e a melhoria em suas condições físicas; 2. O fomento às medidas alternativas à prisão; 3. Aprimoramento dos controles

de saída e progressão de regime. O plano deve conter indicadores para o seu monitoramento e será homologado pelo STF. Da mesma forma, os Estados e o Distrito Federal também devem elaborar planos para superar o ECI.

3. A ADPF 347 e o futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

Conforme visto no tópico anterior, as ações estruturais que se transformaram em processos estruturais no Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, não requerem o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Entende-se, nesse sentido, que a ADPF 347, por ter sido a primeira ação estrutural ajuizada no Supremo, buscou impactar de modo significativo a jurisprudência do Tribunal por meio do pedido de reconhecimento de um instituto estrangeiro que permitia aos juízes constitucionais (e, no Brasil, ministros) interferirem em políticas públicas, a fim de fazer cessar um quadro de violação massiva e reiterada a direitos fundamentais.

Desde o ajuizamento da demanda, a doutrina brasileira tem produzido artigos, dissertações, teses e livros sobre a temática dos litígios e processos estruturais, o que talvez não tivesse acontecido caso a ADPF 347 não tivesse chegado ao STF e desencadeado a curiosidade e interesse dos acadêmicos. O requerimento da declaração do ECI, portanto, funcionou como um pontapé inicial para que a temática dos litígios e processos estruturais fosse amadurecida, mas o

seu reconhecimento, atualmente, não precisa ocorrer para que uma ação estrutural possa se transformar em um processo estrutural.

A própria nomenclatura do ECI parece problemática, pois a ideia de que existe um determinado estado de coisas violador de direitos na realidade brasileira não é rara, de modo que, se analisada a realidade social do Brasil, que reflete um grande abismo entre as promessas constitucionais e o dia a dia dos jurisdicionados, poder-se-ia dizer, num posicionamento talvez extremo (mas, ainda assim, coerente), que o Brasil, em si, é inconstitucional. Em outras palavras: existem tantos cenários inconstitucionais no Brasil que, certamente, se a nomenclatura do ECI continuar a ser utilizada, diversas ações chegarão ao Supremo sob o pretexto de enquadrarem-se em um “Estado de Coisas Inconstitucional” (até porque seus requisitos de utilização são, de fato, abertos e maleáveis, sendo facilmente manipulados para adequarem-se ao ponto de vista do arguente/autor).

O ideal, portanto, é que ações estruturais cheguem ao Supremo Tribunal Federal como ações estruturais e não como ações que requerem o Estado de Coisas Inconstitucional. Ademais, ainda nesse sentido, acredita-se ser interessante que existam critérios capazes de filtrar ações realmente estratégicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sob pena de que haja uma banalização desse tipo de demanda e, conseqüentemente, um desgaste do Tribunal enquanto instituição (sobretudo tendo em vista as diversas funções que o STF exerce.

Cenários demasiadamente genéricos, como a requisição do reconhecimento do ECI de toda a política pública de saúde ou a requisição do reconhecimento do ECI dos cursos jurídicos no Brasil são demandas problemáticas ou pouco pertinentes para serem trabalhadas no Supremo Tribunal Federal. A primeira porque parte do pressuposto de que o STF pode ter algum tipo de atuação milagrosa e modificar realidades que são fruto de décadas de inércia política em âmbito nacional e de uma série de problemas arraigados no âmago da sociedade brasileira, que precisam ser diagnosticados e enfrentados pelas instâncias políticas durante anos e anos, exigindo uma atuação, de certo modo, altruísta por parte do político, já que talvez os frutos de sua atuação não sejam colhidos ainda em seu mandato. Em outras palavras: a polícia, muitas vezes, anda junto com o imediatismo, tendo em vista que resultados a curto prazo têm mais chances de garantir a reeleição dos candidatos. Logo, pautas demoradas nem sempre são interessantes para os representantes do povo. A segunda porque leva uma temática pouco relevante para ser trabalhada no STF. O ensino jurídico no Brasil não constitui um problema de grave violação a direitos fundamentais e muito menos viola o núcleo essencial da vida e dignidade dos jurisdicionados.

É preciso ter responsabilidade e compreender que ao interferir em políticas públicas, o STF realiza um esforço hercúleo do qual não sairá ileso, sobretudo em cenários de erosão democrática. A instituição que teve sua independência comprometida em

tantos momentos da história brasileira, a exemplo do período em que a Constituição de 1937 (Polaca) esteve em vigor e da ditadura militar, de uma perspectiva prática, não pode correr o risco de perder parte de sua credibilidade ou de sofrer críticas que defendem hipóteses nefastas para o regime democrático como o fechamento do Tribunal. Para que isso não aconteça, para que a independência e credibilidade do Supremo Tribunal Federal sejam preservadas, é preciso ter cautela com o tipo de demanda que se ajuíza e que se pretende ver sendo enfrentada no órgão que exerce a função de Corte Constitucional, Corte Recursal e Corte Ordinária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das histórias mais populares da mitologia grega é a do Cavalo de Tróia, mencionada pela primeira vez por Homero na sua obra “Odisseia”. A lenda conta que os gregos construíram um grandioso cavalo de madeira, que foi entregue como símbolo de sua rendição aos troianos. Sem saber que no monumento de madeira estava escondido o exército inimigo, os troianos levaram-no para dentro da cidade, o que acabou por acarretar a sua completa ruína. À noite, os soldados gregos saíram do cavalo e abriram os portões inexpugnáveis da cidade para que seu exército pudesse invadir e massacrar por completo os troianos.

A maior lição que se pode retirar dessa lenda é que nem tudo que à primeira vista parece uma benesse é realmente bom.

Essa metáfora pode ser aplicada ao Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Em que pese o seu reconhecimento ter sido interessante para desencadear uma produção acadêmica sobre litígios e processos estruturais no país, a perpetuação da sua utilização não parece ser interessante para o futuro das ações estruturais no Supremo Tribunal Federal. Sua nomenclatura passa, de uma perspectiva semântica, uma amplitude que não parece ser benéfica, uma vez que não é difícil encontrar cenários de completa inconstitucionalidade no cenário brasileiro. Se tudo é um Estado de Coisas Inconstitucional, então o Estado de Coisas Inconstitucional não é nada além de um argumento retórico para dizer que uma determinada situação viola os valores da Constituição Federal de 1988, podendo ser utilizado de forma indiscriminada.

Isso causa a banalização do Estado de Coisas Inconstitucional e um desgaste político e institucional para o Supremo Tribunal Federal, levantando críticas antigas e que são ressuscitadas como um mantra: a violação à separação de poderes e a falta de capacidade institucional.

Talvez seja o momento de pensar em ações estruturais no STF que não estejam vinculadas à ideia de um “Estado de Coisas Inconstitucional”, mas cujo propósito seja congruente com a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais, a fim de garantir a grupos vulneráveis a dignidade que lhes é tirada todos os dias por meio das

violações a seus direitos fundamentais mais elementares.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v.263, p.175-220, mai-ago. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 12 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-de-direito.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Decisão monocrática do relator. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=153456297>
- 15&ext=.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 14 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347092070&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 973*. Petição inicial. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 2022a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6404537>. Acesso em: 15 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976*. Petição inicial. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>. Acesso em: 16 dez. 2022.

- BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 293-320.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARVALHO, Ricardo Vieira Fernandes de; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, v.48, n.189, p. 105-11. 2011.
- CASIMIRO, Matheus; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. O Supremo Tribunal Federal diante da ineficiência proposital: Executive Underreach na pandemia de Covid-19. *Revista Estudos Institucionais*, v. 9, n. 1, p. 163-186, jan./abr. 2023.
- CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal Como Fórum de Protestos: Por Que o Simbolismo Importa em Processos Estruturais?. *Direito Público*, v. 19, n. 102, p.412-420. 2022.
- COLÔMBIA. *Constituição de 1991*. Bogotá, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2022.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentença que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional dos deslocados internos*. Sentença T-25/04. Abel Antonio Jaramillo e outros e Red de Solidaridad Social e outros. Relator: magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, COLÔMBIA, 24 de janeiro de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 25 out. 2022.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença de Unificação nº 559/97*. Bogotá, 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 9 jul. 2022.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T-153/98*. Bogotá, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 9 jul. 2022.
- ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. Oxford University Press, 2017.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9707>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Litígios estruturais no Sistema*

- Interamericano de Derechos Humanos*. Londrina: Thoth, 2024.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; MÖLLER, Gabriela Samrsla; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proteção de grupos subalternizados pelos processos estruturais: uma análise a partir das experiências do Sul Global. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 10, n. 1, p. 233-261, 2022.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: a efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, n. 19, p. 31-58, 2021.
- GARAVITO, Cesar A. Rodriguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.
- GUEVARA, Jessica Viviana Moreno. *Jueces y cumplimiento de derechos: El papel de la Corte Constitucional em Colombia*. 2021. 74 f. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2021.
- HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.
- HIRSCHL, Ran. The question of case selection in comparative constitutional law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, n. 1, p. 125-156, 2005.
- JOBIM, Marco Félix; DE OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 710-731. 2021.
- LANDAU, David. A dynamic theory of judicial role. *Boston College Law Review*, v. 55, p. 1501-1562, 2014.
- LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.
- LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 84, p. 169-198, 2021.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Ativismo dialógico x bloqueios

- institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana. *Argumenta Journal Law*, nº 31, p. 209-243, jul./dez., 2019.
- MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432760>. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revista_direito/article/view/32760. Acesso em: 21 out. 2022.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 132, p. 321-330, 1996.
- PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. 103 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
- PILONIETA, Laura Milena Otero; FERNANDEZ, Michelle Vieira. El poder Judicial y las policies en Colombia. Un análisis del control de la Corte Constitucional en materia de salud con la sentencia T-760 de 2008. *Revista SAAP*, v. 14, n. 1, p. 47-73, 2020.
- ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. *Tennessee Law Review*, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003542. Acesso em: 23 out. 2022.
- ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?*. University of Chicago Press, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In SANTOS, B. S.; MENESES, M. P (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.
- SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; DE LIMA, Francisco Gérson Marques. O transplante acrítico de sentenças estrangeiras: cavalo de Tróia para as demandas estruturais no Brasil. *Revista Questio Iuris*, v. 14, n. 01, p. 193-216, 2021.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts*. Harvard International Law Journal, v. 44, 2003.
- TATE, C. Neal. VALLINDER; Torbjorn.(Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela;
REIS, Thiago. *Brasil tem 338
encarcerados a cada 100 mil
habitantes; taxa coloca país na 26ª
posição do mundo.* 2020.
Disponível em:
<https://g1.globo.com/monitor-da->

[violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml). Acesso em: 24 out. 2022.

EL ACCESO A LA JUSTICIA, EN CONDICIONES DE IGUALDAD, DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD⁷⁷²

THE ACCESS TO JUSTICE FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Paulo Ramón Suárez Xavier

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.
ramonsuarezxa@gmail.com.

RESUMEN: El presente trabajo se enfoca en analizar el impacto de la digitalización de la justicia en el acceso igualitario a la justicia para las personas con discapacidad. Explora cómo la digitalización pudo/puede mejorar la eficiencia del sistema judicial y cómo la IA puede desempeñar un papel crucial en la creación de herramientas de accesibilidad. Para ello, se centra esencialmente en la figura del facilitador y las recientes reformas que terminaran por la creación de esta figura, así como en la legislación relativa a la digitalización de la oficina judicial.

PALABRAS CLAVE: Digitalización, Discapacidad, Proceso, Acceso a la Justicia, Igualdad.

ABSTRACT: This paper focuses on analyzing the impact of justice digitization on equal access to justice for people with disabilities. It explores how digitization has the potential to enhance the efficiency of the judicial system and how artificial intelligence (AI) can play a crucial role in creating accessibility tools. To do so, it primarily examines the role of facilitators and recent reforms that led to the creation of this figure, as

well as legislation related to the digitization of the judicial office.

KEYWORDS: Digitization, Disability, Process, Access to Justice, Equality.

INTRODUCCIÓN

En un mundo que avanza hacia la equidad y la inclusión, el acceso a la justicia es un derecho fundamental que debe ser garantizado para todas las personas, sin importar sus características físicas, psicológicas o sociales. Sin embargo, las personas con discapacidad a menudo se enfrentan a barreras significativas que dificultan su participación plena y efectiva en los procesos judiciales y, por consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este contexto, la actual reforma para inclusión de las personas con discapacidad y la figura del facilitador se erigen como un elemento esencial para superar estos obstáculos y garantizar un acceso equitativo a la justicia.

El facilitador, figura sobre la que trataremos, es entendido como un apoyo especializado que acompaña a las personas con discapacidad en su interacción con el sistema de justicia y

⁷⁷² Artigo recebido em 23/12/2023 e dispensado de revisão.

desempeña un papel crucial en la reducción de las barreras que obstaculizan su participación. Sin embargo, la efectividad de esta figura depende en gran medida de su regulación dentro del marco jurídico y procesal vigente.

En este texto, exploraremos la importancia de la figura del facilitador en el acceso a la justicia de personas con discapacidad, analizando su relevancia en el contexto legal actual y las posibles áreas de mejora y adaptación dentro de la LEC. Abordaremos cómo la regulación procesal puede ser revisada y mejorada para asegurar que el facilitador cumpla su cometido de manera efectiva, respetando los derechos y la autonomía de las personas con discapacidad.

A medida que avanzamos en esta reflexión, consideraremos los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad en el ámbito legal y cómo la figura del facilitador puede ser un factor determinante para superar dichos desafíos. Al mismo tiempo, examinaremos de forma somera algunos casos en derecho comparado con vistas a aprender de estas experiencias y mejorar nuestro sistema procesal.

En última instancia, este texto tiene como objetivo promover un diálogo constructivo sobre la figura del facilitador como elemento esencial del acceso a la justicia para las personas con discapacidad, instando a una revisión reflexiva y crítica de su regulación procesal en la LEC, con el fin de lograr un sistema más inclusivo y equitativo para todos los ciudadanos.

1. SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL Y LA

DISCAPACIDAD. ASPECTOS NORMATIVOS

La digitalización de la justicia en las últimas décadas ha supuesto una serie de retos, no apenas para la adaptación de la propia Administración de Justicia a la serie de reformas que ha supuesto la introducción del marco jurídico-procesal de las TIC en la Administración de Justicia, sino para el justiciable, especialmente las personas con discapacidad, frente a los problemas que la brecha digital y el acceso igualitario de este colectivo a la justicia pone de manifiesto.

Si bien es verdad que la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia en su disposición adicional cuarta prevé que las Administraciones con competencias en materia de justicia garantizarán que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas mayores o con algún tipo de discapacidad, que se relacionan con la Administración de Justicia puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, más cierto es que muy poco se ha hecho desde entonces.

Se ha previsto, además, que las características de los medios que permitan la universalización del acceso a los servicios electrónicos serán desarrolladas reglamentariamente por el Gobierno, mediante Real Decreto, previo informe de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, el cual nunca ha salido a la luz.

Es también verdad que el Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, en su artículo 4 establece como uno de los principios del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica el fomento, difusión y empleo de los medios electrónicos en sus relaciones internas y externas garantizando que sean accesibles para las personas con discapacidad, además de establecer como una de sus competencias la promoción del acceso de las personas con discapacidad en sus relaciones internas y externas con la Administración de Justicia.

Todas estas medidas tienen como plano de fondo el mandato general establecido por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la accesibilidad para personas con discapacidad y mayores de dependencias y servicios de carácter jurisdiccional como un criterio de calidad, que ha de ser garantizado por las autoridades competentes.

Establece, otrosí, que las dependencias y servicios judiciales de nueva creación deberán cumplir con las disposiciones normativas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Previniendo que las Administraciones y autoridades competentes, en la esfera de sus respectivas atribuciones, promoverán programas para eliminar las barreras de las dependencias y servicios

que por razón de su antigüedad u otros motivos presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación.

Sobre este aspecto, nos llama la atención que el legislador haya preferido incluir una disposición tan importante y, si parece poco, tutelar de un derecho fundamental de tal calado como el derecho a la tutela judicial efectiva, en una disposición adicional.

Particularmente, sobre este tema, cabe destacar que dicha disposición, a nuestro sentir, no se podría hacer por medio de disposición adicional, ya que el uso de dichas disposiciones, según disponen las Directrices de Técnica Normativa, actualmente vigente, establece que las disposiciones adicionales deben regular regímenes jurídicos especiales, excepciones y preceptos residuales, lo que no parece ser el caso de las normas antes citadas⁷⁷³.

Todo ello, pone de manifiesto que el legislador, hasta ahora, ha preferido tratar el tema del acceso de las personas con discapacidad a la justicia como un tema secundario y residual, objeto que fue, de un régimen jurídico procesal claudicante y poco preciso en la forma y en el fondo, sea en virtud de los gastos que podrían ocasionar, sea en función de dificultades técnicas y administrativas.

Dicha regulación poco precisa ha hecho que la doctrina bien haya ignorado, bien haya pasado por alto esta regulación, que en nuestro ordenamiento es menos novedosa que

⁷⁷³ PÉREZ, Ángel L. Sanz. Apuntes sobre la técnica legislativa en España. *Asamblea: revista*

parlamentaria de la Asamblea de Madrid, 2012, no 26, p. 11-38.

desconocida, hasta el punto de que la doctrina, al tratar de este tema, se haya dedicado casi que totalmente a la elaboración de reflexiones en materia de *soft law* y en textos no vinculantes de la Administración de Justicia⁷⁷⁴, más allá de la mera adaptación procedimental.

Cabe destacar, en este mismo sentido, que, en fechas actuales, en España, cualquier debate sobre el uso de las TIC en el acceso de las personas con discapacidad a la justicia no puede, ni debe eludir el marco normativo antes citado, considerando el principio de legalidad procesal.

Por ello, hay que tener presente la necesidad de que este debate cuente con una fuerte participación del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica en esta materia y que, no obstante sea uno de sus principios de actuación, dicho comité no cuente, hasta la fecha, con cualquier grupo de trabajo sobre accesibilidad en materia de justicia⁷⁷⁵, si bien es verdad que según la memoria de su actividad en septiembre de 2023 haya noticia de la realización de la segunda reunión de un grupo de trabajo de nueva creación en materia de Accesibilidad Web del Ministerio de Justicia.

Si profundizamos en las funciones que ejerce el comité, nos

encontraremos que es el responsable por la elaboración de informes preceptivos sobre las sedes judiciales electrónicas y, en este sentido, ha evaluado la Sede Electrónica del Ministerio de Justicia en 20 de abril de 2015 en un bochornoso informe que ni siquiera profundiza en elementales cuestiones de accesibilidad, palabra que, de hecho, aparece tres veces en el referido informe⁷⁷⁶.

Dicho hecho se repite con mayor gravedad en el informe preceptivo que aprueba la Sede Judicial Electrónica de La Rioja, en el que nada se dice sobre accesibilidad, palabra mencionada en una ocasión en cita literal del artículo 13 de la Ley 18/2011⁷⁷⁷.

En cuentas resumidas, queda claro que el Comité, hasta la fecha, he ejercido y viene ejerciendo funciones protocolarias, sin profundizar en las cuestiones más importantes sobre la materia y, quizás, fuera necesario reflexionar sobre la adecuada conformación de un órgano con tan importantes competencias que, posiblemente, en esta materia, fuesen mejor ejercidas por el Ministerio con competencia en esta materia, en este caso, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, aunque, es verdad, estos temas se nos escapa a la competencia o

⁷⁷⁴ Véase, entre otros, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021”. *Revista Acta Judicial*, 2022, no 9 tercera época, p. 02-16, así como DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda. Transformación digital de la justicia y discapacidad. En *Justicia y Sociedad 5.0*. BUSTAMANTE RÁ et al. Ed. Envidado, 2022, pp. 89-110.

⁷⁷⁵ La información puede ser consultada en <https://www.cteaje.gob.es/>. Acceso en 30/08/2023.

⁷⁷⁶ Disponible en: <https://www.cteaje.gob.es/documents/185545/816022b3-fc4c-15d8-8bba-487f065610c2>. Acceso en 02/09/2023.

⁷⁷⁷ Disponible en: <https://www.cteaje.gob.es/documents/185545/29904d0c-32e0-25e5-3a8e-97d455dfd982>. Acceso en 02/09/2023.

al ámbito al que estamos vinculados los procesalistas.

Sin embargo de ello, como conclusión provisional, hemos de decantarnos por la absoluta inercia del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica y en cuanto a la necesidad de reflexionar en cuanto a la forma de hacer valer estas competencias que, quede claro, tienen un impacto directo en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad a la Administración de Justicia.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad encuentran una serie de desafíos substanciales cuando intentan acceder a la justicia, un derecho fundamental consagrado en el marco de los sistemas judiciales en general. Estos desafíos, que abarcan una amplia gama de dimensiones, pueden dificultar su capacidad para ejercer de manera efectiva sus derechos procesales, contribuyendo así a la desigualdad y la discriminación sistemática.

Uno de los obstáculos más visibles es la falta de accesibilidad arquitectónica en las instalaciones judiciales. La ausencia de rampas, ascensores o baños adaptados puede limitar significativamente la movilidad y, por lo tanto, la capacidad de las

personas con discapacidad para participar plenamente en los procedimientos judiciales. Esta falta de acceso físico infringe los principios fundamentales de igualdad ante la ley y el debido proceso⁷⁷⁸.

Asimismo, la comunicación efectiva es esencial en el proceso legal, pero las personas con discapacidad auditiva o visual a menudo enfrentan dificultades para acceder a servicios de interpretación en lenguaje de señas o traducción en braille. Esta carencia puede comprometer la comprensión y participación de las personas con discapacidad en procedimientos judiciales, erosionando su capacidad de defensa y representación adecuada⁷⁷⁹.

La falta de información legal accesible también se destaca como un problema significativo. Los documentos judiciales y la información relacionada con el proceso legal no siempre se presentan en formatos accesibles, como versiones electrónicas accesibles por sistemas de apoyo a la discapacidad o con lectura fácil. Esta dificultad puede privar a las personas con discapacidad de la posibilidad de comprender completamente sus derechos y obligaciones, así como el ejercicio de su derecho de acudir a los tribunales.

Otro punto crucial sería una la discriminación y el prejuicio que enfrentan las personas con discapacidad por parte de los profesionales del ámbito jurídico

⁷⁷⁸ DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”. *Anales de derecho y discapacidad*, 2019, vol. 4, p. 11-31.

⁷⁷⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/202”1. *Revista Acta Judicial*, 2022, no 9 tercera época, p. 02-16.

procesal⁷⁸⁰. Los estereotipos y la falta de sensibilidad a menudo impactan negativamente en la percepción y el tratamiento de los casos de las personas con discapacidad, lo que puede sesgar las decisiones judiciales.

La formación insuficiente de los profesionales del sistema de justicia en lo que respecta a la discapacidad y la ley constituye otro desafío. La falta de conocimiento y sensibilidad respecto a las necesidades específicas de las personas con discapacidad puede resultar en la aplicación errónea de la ley o en la negación de derechos legales fundamentales.

Los costos económicos asociados con la discapacidad, como la atención médica y las adaptaciones necesarias, pueden ser prohibitivos y limitar la capacidad de las personas para acceder a la justicia. Esto plantea una pregunta fundamental sobre la igualdad de acceso a la justicia, ya que las personas con discapacidad pueden encontrarse en desventaja económica desde el principio del procedimiento.

El proceso legal en sí mismo puede ser intimidante y complejo, especialmente para aquellos con discapacidades cognitivas o del desarrollo. Las personas con discapacidad pueden requerir apoyo adicional para comprender y participar efectivamente en los procedimientos judiciales, lo que a menudo no se proporciona de manera adecuada.

La falta de acceso a servicios legales también es un problema común. Las personas con discapacidad pueden tener dificultades para encontrar abogados con experiencia y disposición para representar sus intereses, lo que puede dejarlos desprotegidos en cuestiones legales cruciales.

El transporte inadecuado y la falta de acceso a servicios de transporte adaptado pueden dificultar que las personas con discapacidad lleguen a las citas judiciales o se reúnan con sus abogados, lo que socava aún más su capacidad para participar en el proceso legal.

El apoyo emocional es esencial durante el proceso legal, y las personas con discapacidad pueden requerir un respaldo adicional debido al estrés y la ansiedad que conlleva. Sin embargo, este tipo de apoyo no siempre está disponible o es insuficiente.

Algunas personas con discapacidad también pueden haber experimentado traumas pasados, como abuso o negligencia, lo que puede hacer que enfrenten el sistema de justicia con temor y ansiedad adicionales, lo que afecta su capacidad para participar plenamente en el proceso legal.

La creciente dependencia de la tecnología en el sistema de justicia puede representar un obstáculo adicional para las personas con discapacidad, ya que pueden tener dificultades para acceder y utilizar herramientas electrónicas para

⁷⁸⁰ En este sentido, aplicables las conclusiones de Ezequiel Mercurio tanto en el ámbito penal como civil. Sobre el tema, véase MERCURIO, Ezequiel. Personas con discapacidad intelectual

en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 2016, vol. 11, no 1, p. 101-110.

presentar documentos o participar en procedimientos judiciales.

En resumen, el acceso a la justicia para las personas con discapacidad es un problema multifacético que involucra barreras físicas, comunicativas, sociales, económicas y emocionales. Para abordar estos problemas, es esencial que la sociedad y el sistema de justicia trabajen en conjunto para garantizar que todos, independientemente de su discapacidad, tengan igualdad de oportunidades para acceder a la justicia y ejercer sus derechos legales de manera equitativa.

Sin embargo, en este breve trabajo intentaremos centrarnos en un aspecto específico del acceso a la justicia de estas personas, relativo al ejercicio puro y simple del derecho de acción, visto que este, realmente, es el problema que atañe al ámbito del derecho procesal.

Ello no implica que se pueda desconsiderar que la justicia tal y como hemos sostenido en una serie de trabajos⁷⁸¹ se constituye como un servicio público y deba garantizar una serie de prestaciones al justiciable en situación de discapacidad.

En este sentido, antes de profundizar en los cambios que ha traído la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el

ejercicio de su capacidad jurídica, profundizaremos en la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad ante la Administración de Justicia.

3. MARCO Y ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Si alzamos la vista al ámbito de la normativa de la Unión Europea, nos percataremos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ya en su artículo 26 determina la integración de las personas con discapacidad al afirmar que la *Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.*

Dicha obligación, de efectos inmediatos y directos, también puede ser evocada a partir de la prohibición de discriminación, incluyendo por razones de discapacidad que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula.

Sin embargo, aunque se pueda citar una vasta normativa, desde distintos ámbitos en la UE, incluyendo el Acta Europea de Accesibilidad que abarca productos y servicios, la Directiva sobre la accesibilidad de los sitios web, el Código Europeo de las

⁷⁸¹ Entre otros, véase nuestro SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes. Ed. Colex, A Coruña, 2021; SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Justicia Predictiva: construyendo la justicia del Siglo XXI.

Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2023 y SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Reflexiones sobre la idea de servicio público de justicia. En *El proceso en tiempos de cambio. VII Processulus: Encuentro de jóvenes investigadores en derecho procesal*. Colex, 2023. p. 281-293.

Comunicaciones Electrónicas, la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y legislación en materia de derechos de autor, lo cierto es que, cuando hablamos en acceso a la justicia, hay escasa normativa europea específica.

Se nos fijamos, por ejemplo, en la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 de la Unión Europea ⁷⁸², nos percataremos que no hay cualquier mención al acceso de las personas con discapacidad en su articulado ⁷⁸³, sino que solamente una mera mención sobre el objetivo de que estas personas (con discapacidad), puedan hacer valer sus derechos humanos.

Si bien es verdad que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que España es signataria, tras su ratificación en 21 de abril de 2008, establece en su artículo 13 que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares, lo cierto es que su

concreción en nuestro país obedece a un modelo pifio que, efectivamente, no implicó, hasta la presente fecha, en un real cambio de los procedimientos.

Tanto es así que en la actual Estrategia Española Sobre Discapacidad 2022-2030, se mencionan, en las recomendaciones sobre accesibilidad de los Comités de Naciones Unidas sobre el tratado, la necesidad de ajustes de procedimientos adecuados al género y la edad, incluidos los penales, asegurar la participación facilitando el uso del método de comunicación de elección con los medios, modos y formatos de comunicación accesibles necesarios, así como apoyo específico a las personas con discapacidad psicosocial.

Se establece, en este sentido, como uno de los retos estratégicos, la necesidad de abordar la aplicación efectiva de la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con medidas que alcancen a todas las operaciones jurídicas y demás agentes implicados (servicios sociales, entidades tutelares, etc.), así como mediante el diseño y la implantación de mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad.

⁷⁸² Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es>. Acceso en 10/09/2023.

⁷⁸³ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las

Regiones: Una unión de la igualdad: estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 puede ser consultada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4C> ontents. Acceso en 10/09/2023.

Se prevé, asimismo, avanzar en asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, con condiciones de accesibilidad universal, recursos y productos de apoyo para el acceso a la información y recursos de apoyo a la comunicación y comprensión, y adaptación de los procedimientos y formación de los operadores jurídicos que intervienen en el sistema de justicia.

4. LA DEFICITARIA Y LAGUNOSA REGULACIÓN DE LA LEC DE LOS DERECHOS PROCESALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De todo lo que hemos estudiado hasta este punto cabe, por un lado, diferencias las normas relativas a la digitalización de la oficina judicial y que, como se sabe, tienen un impacto directo de los justiciables con discapacidad en el acceso a la justicia y, por otro, de las normas procesales que visan adaptar el procedimiento como tal a la actuación de estos individuos como parte o interesado en un procedimiento en un procedimiento.

En este sentido, si bien está clara la intención del legislador de implementar estas medidas, lo cierto es que no se ha podido ir más allá del apoyo y el derecho a entender y ser entendida, que es la única medida o ajuste de la legislación procesal que, efectivamente, se desprende del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (LEC)

Si nos fijamos en el artículo 7 bis de la LEC, lo único que verificaremos es que hay una previsión genérica en cuanto a la posibilidad de realización de adaptaciones en el apartado 1 y la

garantía del derecho de entender y ser entendido, mediante las siguientes previsiones:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.».

Lo que queda claro de esta regulación es que el propio legislador sigue sin conseguir definir la extensión y los límites de las posibles adaptaciones procesales necesarias para la inclusión de las personas con discapacidad y, por ello, ha preferido dejar en abierto la posibilidad de adaptación

procedimental, para la que no se establece límites ni un margen mínimo de acceso, ni tampoco un procedimiento en el que la persona discapacitada pueda recabar y exigir el cumplimiento de este derecho de acceso.

Si bien es verdad que el artículo 758 de la LEC, en el apartado 2 dispone que el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis, no hay una persona o autoridad ante la que se pueda garantizar estos derechos.

No se establece, asimismo, la consecuencia del incumplimiento de estos derechos a nivel procesal, lo que nos deja cuestionamientos sobre la validez o no de los actos procesales que las personas con discapacidad practiquen cuando el Letrado de la Administración de Justicia no consiga asegurarse de que la persona con discapacidad ha comprendido la información y, más, la forma como este fedatario público vaya a plasmar esta comprensión.

Se trata, pues, de un complejo juicio sobre la comprensión de un sujeto que, eventualmente, ni siquiera podría expresar su interpretación de la situación de una forma absolutamente clara, lo que, en absoluto, implicaría en descartar su percepción, pero reclama una regulación mucho más clara y

precisa que la vieja y comprobadamente ineficaz técnica del establecimiento de derechos meramente declarativos, de derechos de papel como parece el camino que estamos adoptando en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Nos parece, pues, inocuas discusiones como las que se están llevando a cabo respecto a si las adaptaciones procedimentales señaladas por el artículo 7 bis de la LEC se refieren al hecho de que la persona discapacitada actúe como parte o en posición procesal distinta (como un testigo, por ejemplo) ⁷⁸⁴, cuando, efectivamente, las únicas adaptaciones que se pueden realizar se refieren a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno, dejando de lado una serie de cuestiones como la accesibilidad y otros temas tan caros cuanto la posibilidad de la práctica de actos procesales oralmente o por sede electrónica o desplazamiento de la sede judicial, aspectos no contemplados por el legislador.

Si nos fijamos, dichas adaptaciones no se han realizado ni siquiera en lo que se refiere a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 18/2011, ni tampoco en las exigencias relativas a las comunicaciones y la tramitación electrónica, pero parece indispensable comentar que no obstante se haya previsto un gran número de recursos que se dedican a una relectura digital del proceso, poco o casi nada se ha invertido en la educación jurídica digital

⁷⁸⁴ En este sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. "Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del

letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021". *Revista Acta Judicial*, 2022, no 9 tercera época, p. 02-16.

y en la mejora de los canales de información pública.

En este sentido, el hecho de que el artículo 36 de la Ley 18/2011 permita la gestión por el propio interesado en los casos en que esté permitido el *ius postulandi*, con las dificultades que se agregan para el acceso de las personas con discapacidad, no agrega nada de nuevo a la administración judicial electrónica como un servicio dirigido al ciudadano, sino que más bien moderniza la tramitación procesal desde una óptica de los profesionales del entorno judicial, dejando de lado a este colectivo vulnerable.

Es más, el propio Real Decreto 1065/2015, que regula la Ley 18/2011, no agregó nada de nuevo en este particular, ya que su ámbito de aplicación se restringe a las comunicaciones y notificaciones electrónicas, así como a la presentación electrónica de escritos, documentos u otros medios o instrumentos y al traslado de copias.

En este particular, cabe destacar que la carta de servicios de la sede electrónica de la Administración de Justicia en España no incluye ni siquiera un servicio de información al ciudadano y lo único que se ha incorporado recientemente es la solicitud electrónica de justicia gratuita, servicio que ni siquiera figura en la información que actualmente se encuentra disponible en la sede electrónica del Ministerio de Justicia⁷⁸⁵.

Desde nuestro punto de vista, la inexistencia de medidas con la finalidad de orientar a los justiciables con discapacidad⁷⁸⁶ sobre sus derechos, sobre los procedimientos disponibles en línea, su naturaleza, requisitos y efectos en un lenguaje que les sea entendible, configura un requisito básico para una justicia verdaderamente digital y pautada en criterios de gobernanza digital⁷⁸⁷ y analizando las medidas y esfuerzos empleados por el legislador y por la Administración de Justicia para la implementación de la Justicia Digital, nos deparamos que su anclaje es

⁷⁸⁵ Aunque en la página haya referencia a la tramitación online, el enlace redirecciona el ciudadano a la página de información del Consejo General de la Abogacía Española que indica la posibilidad de solicitar la Justicia Gratuita en los Colegios de Abogados y en las sedes judiciales, no al servicio online. Es decir, en enlace direcciona el ciudadano a esta página: <https://cutt.ly/GgjbLa3>, cuando debería direccionar a esta <https://cutt.ly/hgjbZls>. Acceso en 10/09/2023.

⁷⁸⁶ ⁷⁸⁶ En este punto, cabe señalar el asombroso hecho de que la página oficial “justicia accesible a las personas con discapacidad” del Ministerio de Justicia ni siquiera se encuentra funcionando en la actualidad. <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/jus>

ticia-accesible-personas-discapacidad. Intento de acceso en 10/09/2023.

⁷⁸⁷ Como señala Fillotrani, la gobernanza digital un avance en relación con el fenómeno del e-gobierno, “en el e-gobierno la comunicación se da en un solo sentido, desde el Gobierno a los ciudadanos, en la gobernanza digital la comunicación es fluida en los dos sentidos”. En este sentido, la gobernanza digital implica un amplio abanico de formas por las cuales los ciudadanos pueden relacionarse con la Administración y, en el caso de la Administración de Justicia, de acudir al sistema de justicia. Véase FILLOTRANI, Pablo. “La Gobernanza Digital, un concepto más amplio que el E-Gobierno”. En *La ciudad del futuro: Impactos sociales de la tecnología*. Disponible en: <https://cutt.ly/LgjbCKW>. Acceso en 10/09/2023.

básicamente en relación con los profesionales del entorno judicial y en la Administración de Justicia, lo que consideramos que configura un grave error de enfoque.

Ya hemos puesto de manifiesto con que la justicia es en la actualidad un servicio público y como tal se dirige a los ciudadanos, que cuentan con profesionales para auxiliarlos y defender jurídicamente sus intereses ante los tribunales, pero ello no es la única forma de defensa de los intereses de los justiciables.

Se trata de dotar a la ciudadanía del conocimiento necesario, o de la posibilidad de llegar a conocer los recursos jurídicos para la solución de su disputa de forma efectiva, para solo entonces darle paso al sistema multipuertas de justicia⁷⁸⁸.

En otras palabras, podríamos decir que el legislador se ha preocupado en regular distintos aspectos de la Administración Electrónica en el ámbito judicial, pero ha cometido el mismo error que en la Administración Electrónica del Estado, ya que no se ha preocupado del aspecto más elemental de dicho proceso, que es la orientación y la puesta a la disposición de los medios necesarios para que los ciudadanos/usuarios lleguen a comprender su funcionamiento, especialmente con relación a las personas con discapacidad.

Si nos fijamos, por ejemplo, en la Carta de Servicios de la Sede Judicial

Electrónica, verificaremos que hay una mención directa al cumplimiento de la Norma UNE 139803:2012 y las Directrices de Accesibilidad para el Contenido Web 2.0 del (WCAG 2.0), que redirecciona el usuario a la información sobre accesibilidad, la cual no se encuentra en funcionamiento. Es decir, no hay cualquier información sobre la accesibilidad en la Carta de Servicios de la Sede Judicial Electrónica, lo que demuestra, en nuestra opinión, lo cuanto los análisis y la regulación sobre este tema en nuestro país sigue siendo una falacia, un hacer de cuenta.

Si una persona con discapacidad, por ejemplo, quiere buscar una figura sobre la que trataremos, en el próximo epígrafe, el facilitador, a fechas actuales, contaría con serias dificultades, al no existir un catálogo de profesionales cualificados y ni siquiera información suficiente acerca de esta figura.

Para este estudio, hemos realizado, tal y como haría cualquier ciudadano con unos conocimientos básicos, pero suficientes de informática, una búsqueda en internet sobre la figura del facilitador y dónde encontrar a uno. Lo único que hemos podido localizar en dicha búsqueda fue una serie de referencias de cursos de la Fundación Plena Inclusión de Madrid, sobre la actuación y cómo llegar a ser esta figura.

En resumen, en fechas actuales no hay una regulación clara, un registro o una forma clara para que la persona

⁷⁸⁸ Sobre el tema, véase RAY, Larry. “The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today”. *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 01, n. ° 01, 1985-1986, pp. 7-54.

Disponible en: <https://cutt.ly/agxy3Lo>. Acceso en 10/09/2023.

con discapacidad pueda acceder a los servicios del facilitador, tal y como ya ocurre en otros países del entorno latinoamericano, como en Costa Rica.

Ya aquí ni siquiera cuestionamos la posibilidad de que algunas de las funciones de las personas facilitadoras sean realizadas por aplicaciones tecnológicas, sino que se reclama una postura seria por parte de la Administración de Justicia en cuanto a la implementación de estos servicios, más allá de la acción meramente propagandística que se viene revelando.

Sin que se ponga en marcha este servicio por parte de las personas facilitadoras, sin que se garantice formación adecuada en la materia, seguiremos incumpliendo con el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Es, pues, papel de los procesalistas indagar y estudiar, no solamente las cuestiones procesales desde un punto de vista dogmático, sino que ahondar en estas cuestiones prácticas.

Hechas tales consideraciones, pasamos a indagar la regulación misma de esta figura, hasta ahora ilocalizable en nuestro ordenamiento, más allá de las normas procesales, el facilitador.

5. LA FIGURA DEL FACILITADOR Y SU REGULACIÓN EN LA LEC

La figura del facilitador no constituye cualquier innovación por parte de la Ley 8/2021. La figura del facilitador desempeña un papel fundamental en el marco del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en relación con el

acceso a la justicia. Este tratado internacional, adoptado en 2006 y ratificado por numerosos países, incluye disposiciones específicas destinadas a garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos en el ámbito legal, y el facilitador es una de las herramientas clave para hacerlo posible.

El CDPD se basa en el principio fundamental de la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida. En el contexto del acceso a la justicia, el artículo 13 del CDPD aborda específicamente este tema y reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con los demás. Esto implica que las personas con discapacidad deben poder participar en procedimientos judiciales y administrativos de manera plena y efectiva.

El facilitador, en este sentido, es un recurso humano importante para asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a la justicia de manera efectiva. Así, podríamos afirmar que el facilitador puede desempeñar múltiples funciones esenciales en este contexto:

1. Comunicación: Ayuda a las personas con discapacidad a comunicarse de manera efectiva con abogados, jueces y otros profesionales del sistema legal.

2. Orientación: Proporciona información y orientación sobre los procedimientos legales y los derechos de las personas con discapacidad, asegurando que estén informadas para tomar decisiones informadas.

3. Apoyo: Brinda apoyo durante los procedimientos legales, ya que pueden ser estresantes y desafiantes para muchas personas con discapacidad.

4. Adaptación: Si es necesario, puede adaptar documentos legales o la información para que sea accesible para personas con discapacidades cognitivas o sensoriales.

La asistencia de facilitadores no debe, en este sentido, implicar ningún conflicto de intereses y debe respetar la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad. Además, el tratado promueve la capacitación y la formación adecuada de las personas a servicio de la Administración de Justicia para garantizar su competencia y sensibilidad hacia las necesidades de las personas con discapacidad.

Si nos fijamos en su regulación en España, el artículo cuarto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al introducir el artículo 7 bis en la LEC en su apartado 2, letra c, que dispone que se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

En este sentido, cabe destacar el artículo 7 bis también determina que todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo

uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ahora bien, si profundizamos en el preámbulo de la Ley 8/2021, nos percataremos que se menciona que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste. Lo que implica que, en principio, no se trata de un servicio gratuito, sino que corre a cuenta de la persona discapacitada.

Ello nos genera cuestionamientos sobre si, en el caso de concesión de asistencia jurídica gratuita, estaría incluida la asistencia por la persona facilitadora, aspecto que, en principio, entendemos inviable, ya que no se han realizado las pertinentes alteraciones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita para contemplar dicha posibilidad entre las prestaciones del artículo 6.

Dicha situación, en nuestra opinión, vulnera el propio derecho a la igualdad que se pretende defender en estas situaciones, ya que expone la persona discapacitada a una carga adicional a la que los demás ciudadanos no tienen que responder. Imaginemos, por ejemplo, que en las diferentes comunidades autónomas hubiese que pagar un intérprete por parte de los ciudadanos que quisiesen comunicarse con la Administración de Justicia por algunas de las lenguas oficiales de España, tuviese que pagar para hablar un idioma distinto al castellano.

Esta es la situación a la que se enfrentan, en la actual regulación, las personas con discapacidad con la figura del facilitador, si extrapolamos la cuestión.

En este mismo sentido, Fernández de Buján defiende que la previsión de que el coste de la persona que actúe como facilitador debe ser asumido por la persona con discapacidad contradice lo establecido al respecto en la Convención de Nueva York de 2006 y en la Observación de 2014, y podría ser considerado como una discriminación por razón de discapacidad en la medida en que deje sin efecto, ante la posible insuficiencia de recursos, el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás personas. Así, en el artículo 2, rubricado definiciones, se afirma que a los fines de la Convención de Nueva York de 2006: “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación⁷⁸⁹.”

Todo ello, refuerza la necesidad de profundizar en la regulación de esta

figura y mejorar la adaptación procesal realizada por la LEC a dicha figura, además de introducirla como una de las prestaciones de la asistencia jurídica gratuita.

Sin estos cambios y sin estas reflexiones sobre la regulación y efectividad de esta figura, la reforma introducida por la Ley 8/2021 y los derechos regulados por la CDPD en nuestro sistema procesal se quedarán en papel mojado.

6. EL FACILITADOR DIGITAL Y/O HERRAMIENTAS DE FACILITACIÓN EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Finalmente, vista la opaca y poco acertada regulación que el legislador ha dedicado a la figura del facilitador en nuestro ordenamiento jurídico, cabía preguntar si sería posible el uso de la IA u otras tecnologías disruptivas a modo de facilitador, en su apoyo o sustitución.

Sobre este punto, cabe destacar que la necesidad de realización de una serie de diferenciaciones. En primer lugar, nos encontramos con eventual posibilidad de sustitución de la figura del facilitador como profesional por una IA, que reclama mayores reflexiones. Por otro lado, con el uso de las tecnologías por parte del facilitador y, en último lugar, con la implementación de herramientas de facilitación por la Administración de Justicia o entidades privadas.

Con relación a un posible uso de la inteligencia artificial a modo de

⁷⁸⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley

8/2021”. *Revista Acta Judicial*, 2022, no 9 tercera época, p. 02-16.

sustitución de la figura del facilitador, en el ámbito de aplicación del artículo 7 bis de la LEC, cabe formular algunas precisiones.

En primer lugar, cabe destacar que la LEC, al mencionar el facilitador, determina que se trata de un profesional experto, es decir, de una persona física, sometida a un régimen profesional, por lo que, en principio, quedaría de fuera de dicha caracterización el soporte prestado por la inteligencia artificial.

El facilitador es una persona porque necesita tener empatía para conocer la extensión y los límites de la comprensión de la persona con discapacidad en cada momento. Su tarea es hacer que la información se adecue a las necesidades de la persona con discapacidad a lo largo del procedimiento, de ahí la dificultad de sostener que dicha tarea la pueda desarrollar una IA de forma autónoma, con cuanto ni siquiera del propio facilitador se puede predicar el ajuste absoluto de la comprensión de la persona apoyada.

Desde una visión filosófica, podríamos afirmar que la mayor dificultad de implementación de una IA capaz, ella sola, de facilitar la comprensión de la persona con discapacidad es una empresa compleja.

Si nos apoyáramos en la idea sostenida por Gadamer de comprensión, donde el autor explora la idea de que la comprensión humana es inherentemente finita y está enraizada en la historicidad y la tradición,

podríamos llegar a comprender parte de las dificultades presentes en este proceso⁷⁹⁰.

Dicho autor, argumenta que la comprensión es un proceso dialéctico en el que el individuo interactúa con el texto o el contexto, y este diálogo es fundamental para la comprensión. Desde la perspectiva de comprensión de Gadamer, podríamos señalar varias razones por las cuales una Inteligencia Artificial (IA) nunca podría llegar a alcanzar y comprender completamente los límites y extensiones de la comprensión humana:

En primer lugar, por la historicidad y tradición. Gadamer sostiene que nuestra comprensión está influenciada por nuestra historia y tradiciones culturales. La comprensión no se produce en un vacío, sino que está enraizada en el contexto cultural, histórico y lingüístico en el que vivimos. Una IA carece de esta experiencia histórica y tradicional, lo que la limita en su capacidad para comprender plenamente las sutilezas y significados profundos que están incrustados en nuestras prácticas culturales y tradiciones.

En segundo lugar, por los prejuicios y presuposiciones. Gadamer también argumenta que todos tenemos prejuicios y presuposiciones que forman y son parte de nuestra comprensión. Estos prejuicios no son necesariamente negativos; son parte de nuestra experiencia vital y nos ayudan a dar sentido al mundo. Sin embargo, una IA

⁷⁹⁰ En este sentido, véase GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Ed. Sígueme. Salamanca, 1992.

no tiene experiencias personales ni puede poseer prejuicios en el sentido humano. Por lo tanto, le falta la capacidad de contextualizar y comprender las situaciones de manera significativa.

En tercer lugar, por el diálogo interpretativo. Para el autor, la comprensión auténtica implica un diálogo interpretativo con el texto o el contexto. Este diálogo implica una fusión de horizontes entre el intérprete y lo interpretado. Una IA carece de la capacidad de participar en un diálogo interpretativo en el sentido humano. Si bien puede procesar datos y ofrecer información, no puede involucrarse en un diálogo verdadero en el que se explore y se cuestione la comprensión de manera dinámica.

Finalmente, por la creatividad y la creatividad hermenéutica. Gadamer también subraya la importancia de la creatividad en el proceso hermenéutico. La comprensión auténtica no es simplemente una repetición de lo que se ha comprendido antes, sino que implica una reinterpretación creativa. La creatividad hermenéutica es algo que va más allá del mero procesamiento de datos, y es poco probable que una IA, en el momento actual, pueda replicar este aspecto de la comprensión humana.

Estas razones de fondo son las que, por un lado, desde el punto de vista de la legalidad y, por otro, desde la perspectiva del lenguaje y de la comprensión, impiden, en nuestra humilde visión, la implementación de un facilitador basado en IA.

Sin embargo, y más allá de la complejidad de las cuestiones que se examina, este autor no se puede hurtar a

poner de manifiesto el espantoso que le parece las discusiones sobre este tema que se vienen entablando en la doctrina. Primero, porque si ni siquiera hemos sido capaces de llevar a cabo de forma funcional y accesible el uso de los recursos de accesibilidad de la Sede Judicial Electrónica, ¿cómo podríamos defender o abogar por el uso y una tecnología mucho más avanzada y, peor, no regulada en nuestro ordenamiento jurídico? Parecen propuestas escarnecedoras.

Ya con relación al uso de las tecnologías basadas en la IA, como herramienta en su campo de trabajo, nada obsta que el facilitador pueda usar los recursos tecnológicos necesarios y permitidos en la legislación para llevar a cabo su función de forma adecuada.

Cabe destacar que, hoy por hoy, las actividades desarrolladas por el facilitador son de apoyo a la parte a su costa y, en este sentido, los sistemas informáticos y técnicas que utilice son ajenos a la Administración de Justicia y al proceso y, siempre que no generen dificultad, desigualdades u obstáculos a la tramitación procesal, son de su entera responsabilidad.

No cabe, pues, duda de la necesidad de que dichos profesionales cuenten con unas pautas, una formación y un régimen deontológico, con vistas a impedir que se produzcan daños en el ejercicio de su competencia y, existiendo, que estén cubiertos por el pertinente seguro de responsabilidad. De ahí el motivo, entendemos, que la LEC les denomine profesionales como tal.

Finalmente, si es la Administración de Justicia quien desea

poner en marcha herramientas de facilitación del acceso de las personas con discapacidad a la justicia, la competencia para evaluar y, peor, estimular su puesta en marcha sigue siendo del ya mencionado Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica y que, hasta el momento, pasados más de doce años desde su creación, no ha sido capaz de poner en marcha de forma adecuada elementos de accesibilidad que permitan el real acceso de las personas con discapacidad a las sedes judiciales electrónicas.

CONCLUSIONES

Todas las cuestiones antes mencionadas son complejas y reclaman actuaciones de diferentes órganos administrativos, de la Administración de Justicia, de los profesionales y de la sociedad civil para que puedan llegar a buen puerto. Sin embargo, si nos fijamos en el pasado y las lecciones pendientes que la digitalización de la oficina judicial no ha cumplido, podríamos decir que urge la adaptación de las sedes judiciales electrónicas para adaptarlas a la accesibilidad de las personas con discapacidad.

Asimismo, se requiere que la figura del mediador se implemente cuanto antes, con la responsabilidad y las garantías reclamadas por los justiciables para el ejercicio de tan importante función.

Finalmente, se requiere, en nuestra humilde opinión, un cambio en la gestión de la innovación de las TIC en la Administración de Justicia, con una revisión sobre la ubicación,

competencias y funciones del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que debe, necesariamente, pasar por una reorganización estructural y competencial, a fin de que pueda atender a las finalidades de innovación en la Administración de Justicia, más allá de la postura protocolaria e ineficaz actualmente ocupada.

Todas estas lecciones pendientes, fruto que son de la dualidad administrativa de lo que sea denominado Administración de la Administración de Justicia, reclaman un cambio de postura en cuanto a la utilización e implementación de las TIC y su regulación, sin la que seguiremos cambiándolo todo para, al final, seguir haciendo lo mismo.

Las herramientas y recursos humanos para hacer eficaz el acceso de las personas en situación de discapacidad están ya puestos, queda que se planifique su integración y que la Administración de Justicia, según criterios de legalidad administrativa y procesal, pueda implementarlas y utilizarlas.

REFERENCIAS

- DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”. *Anales de derecho y discapacidad*, 2019, vol. 4, p. 11-31.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda. Transformación digital de la justicia y discapacidad. En *Justicia*

- y *Sociedad 5.0*. BUSTAMANTE RÁ et al. Ed. Envigado, 2022, pp. 89-110.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021”. *Revista Acta Judicial*, 2022, no 9 tercera época, p. 02-16.
- FILLOTTRANI, Pablo. “La Gobernanza Digital, un concepto más amplio que el E- Gobierno”. En *La ciudad del futuro: Impactos sociales de la tecnología*. Disponible en: <https://cutt.ly/LgjbCKW>. Acceso en 10/09/2023.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Ed. Sígueme. Salamanca, 1992.
- MERCURIO, Ezequiel. Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 2016, vol. 11, no 1, p. 101-110.
- PÉREZ, Ángel L. Sanz. Apuntes sobre la técnica legislativa en España. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2012, no 26, p. 11-38.
- RAY, Larry. “The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today”. *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 01, n.º 01, 1985-1986, pp. 7-54. Disponible en: <https://cutt.ly/agxy3Lo>. Acceso en 10/09/2023.
- SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Reflexiones sobre la idea de servicio público de justicia. En *El proceso en tiempos de cambio. VII Processulus: Encuentro de jóvenes investigadores en derecho procesal*. Colex, 2023. p. 281-293.
- SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes. Ed. Colex, A Coruña, 2021.
- SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Justicia Predictiva: construyendo la justicia del Siglo XXI*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: SUPERANDO O DOGMA DA NULIDADE DA SENTENÇA⁷⁹¹

PRESIDING JUDGE'S INSTRUCTIONAL POWERS IN SOCIAL SECURITY LAW CASES: OVERCOMING THE DOGMA OF NULLITY OF THE JUDGEMENT

Renato Barth Pires

Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. São José dos Campos/SP, Brasil. E-mail: renatobp@uol.com.br.

RESUMO: O artigo traz uma reflexão sobre os poderes instrutórios do relator no processo judicial previdenciário, a partir da interpretação da regra do artigo 938, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC/2015). Trata dos temas da instrumentalidade do processo, da efetividade da jurisdição e do princípio da primazia da decisão de mérito. No tema da instrumentalidade, o artigo examina os seus aspectos positivo e negativo e os diferentes escopos do processo, afastando preocupações excessivas com formalismos que resultam em uma negativa de tutela do direito material em discussão. A efetividade da jurisdição, por sua vez, diz respeito à aptidão da função jurisdicional para solucionar os conflitos de interesse em sociedade. A primazia de mérito, por fim, é um princípio processual, cuja existência é reconhecida por uma parcela da doutrina, que contempla diversas regras que têm por objetivo viabilizar uma tutela efetiva do bem jurídico em discussão no processo judicial. O artigo

discute, também, sobre os males da “interpretação retrospectiva”, técnica que busca desvendar o sentido e o alcance do Código de 2015 fazendo uso de critérios válidos para o CPC de 1973. Conclui pela necessidade de atribuir efetividade à regra do artigo 938, § 3º, do CPC/2015, superando uma cultura judiciária que insiste em reafirmar o dogma da nulidade da sentença. Diante da regra processual inequívoca, não cabe mais determinar a anulação das sentenças em casos de deficiência ou insuficiência probatória. Caberá ao relator do recurso, no Tribunal (ou ao órgão colegiado competente), determinar a conversão do julgamento em diligência para produzir a prova faltante, prosseguindo-se em seguida com o julgamento do mérito do recurso. Não há limitação quanto ao tipo de prova que pode ser produzido nesse procedimento, podendo o relator deliberar se a prova será produzida no próprio Tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, caso em que será expedida uma carta de ordem. A metodologia

⁷⁹¹ Artigo recebido em 19/12/2022 e aprovado em 01/08/2023.

empregada no artigo é a pesquisa teórico-dogmática, além da pesquisa jurisprudencial essencial para a solução do problema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil; Direito Previdenciário; Instrumentalidade; Efetividade; Primazia da Decisão de Mérito; Poderes Instrutórios do Relator.

ABSTRACT: The article investigates the instructive powers of the presiding judge in the social security judicial cases, based on the interpretation of the rule of article 938, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure (CPC/2015). It deals with the issues of the instrumentality of the process, the effectiveness of the jurisdiction and the principle of primacy of the decision on the merits. On the subject of instrumentality, the article examines its positive and negative aspects and the different scopes of the judicial process, removing excessive concerns with formalisms that result in a denial of protection of the rights under discussion. The effectiveness of the jurisdiction, in turn, concerns the ability of the jurisdictional function to resolve conflicts of interest in society. The primacy of merit, finally, is a procedural principle, whose existence is recognized by a part of the doctrine, which includes several rules that aim to enable effective protection of the legal interest under discussion in the judicial process. The article also discusses the “retrospective interpretation”, a technique that seeks to unravel the meaning and scope of the 2015 Code using valid criteria for the 1973 CPC. It concludes by the need to attribute effectiveness to the rule of

article 938, paragraph 3, of CPC/2015, overcoming a judicial culture that insists on reaffirming the dogma of nullity of the sentence. In view of the unequivocal procedural rule, it is no longer possible to determine the annulment of sentences in cases of deficiency or insufficiency of evidence. It will be up to the presiding judge in the Court (or the competent collegiate organ), to determine the conversion of the judgment into a diligence to produce the evidence, proceeding then with the judgment of the merits of the appeal. There is no limitation as to the kind of evidence that can be produced in this procedure, and the presiding judge can decide whether the evidence will be produced in the Court itself or in the first degree of jurisdiction. The methodology used in the article is theoretical-dogmatic research, in addition to essential jurisprudential research for the solution of the proposed problem.

KEYWORDS: Procedural Civil Law; Social Security Law; Instrumentality of the Judicial Process; Effectiveness of Jurisdiction; Principle of Primacy of the Decision on the Merits; Presiding Judge's Instructional Powers.

INTRODUÇÃO

Um dos importantes desafios do exercício da função jurisdicional é a sua efetividade. Trata-se de um verdadeiro dogma constitucional, que decorre dos princípios da proteção judicial efetiva e da razoável duração do processo (artigo 5º, XXV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988). Também no plano do direito internacional dos direitos

humanos tais valores têm sido proclamados, nos diferentes sistemas de proteção⁷⁹².

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado sob inspiração desse “modelo constitucional do Direito Processual Civil”⁷⁹³ e incorporou diversas normas que têm na sua origem essa mesma premissa de viabilizar uma jurisdição efetiva. Isto é revelado, desde logo, pelas “normas fundamentais do processo civil” (artigos 1º a 12), dentre as quais a que estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (artigo 4º).

É claro que tais objetivos precisam ser acrescidos de regras procedimentais que viabilizem sua concretização. De fato, nada adiantaria proclamar um direito abstrato à efetividade se as regras procedimentais fossem incapazes de levar a essa resolução efetiva.

Muito embora as soluções de consenso próprias dos debates legislativos nem sempre reafirmem aqueles objetivos, é inegável que o Código tem várias regras instituídas com o propósito específico de impedir que o processo seja considerado um fim em si mesmo e dissociado de sua finalidade, que é o acertamento da relação jurídica de direito material.

Ocorre que nem sempre tais determinações do Código encontram

ressonância concreta na prática forense. Ou seja, a regra processual existe, tem eficácia jurídica, mas raramente é incorporada ao cotidiano de juízos e tribunais. O problema é, portanto, de falta de **efetividade** (ou eficácia social): uma regra procedimental destinada a prover a jurisdição efetiva peca, ela própria, pela falta de efetividade.

A falta de efetividade de regras procedimentais é ainda mais problemática nos casos em que o direito material em discussão é um direito fundamental, como é o caso do direito fundamental à seguridade social, em suas diferentes dimensões (saúde, previdência social e assistência social), todas enunciadas no artigo 6º da Constituição Federal. Como sabido, as relações jurídicas que se estabelecem nessas áreas envolvem normalmente uma parte hipossuficiente (segurados, dependentes e assistidos), tanto do ponto de vista econômico como também jurídico. O processo judicial inefetivo, nestes casos, agrava essa hipossuficiência.

A proposta deste estudo é examinar uma dessas regras procedimentais, inserida no artigo 938, § 3º, do Código de Processo Civil, que diz respeito aos **poderes instrutórios do relator**, isto é, às suas iniciativas na produção de novas provas, nos feitos que tramitam em grau de recurso. Pretende-se extrair a interpretação

⁷⁹² A garantia de proteção judicial efetiva está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 8º e 10), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto nº 592/1992 – artigos 2º, número 3, e 14, número 1) e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

(Pacto de San José da Costa Rica – promulgado pelo Decreto nº 678/1992 – artigos 8 e 25).

⁷⁹³ Na feliz expressão de BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1. 12ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 60.

correta a ser dada a esse dispositivo legal e analisar as razões pelas quais não tem sido concretamente aplicado nas ações judiciais envolvendo benefícios previdenciários e assistenciais.

1. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO E A "INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA" DO CPC/2015

O tema da instrumentalidade do processo é objeto de antiga discussão doutrinária, valendo referência, por todos, à clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco⁷⁹⁴, lançada antes mesmo da Constituição Federal de 1988. O autor indica que a ideia de instrumentalidade tem um aspecto positivo, na concepção de um processo apto à concretização de seus escopos social, político e jurídico. Mas também há, inegavelmente, um aspecto negativo, relacionado com uma excessiva preocupação com requisitos formais e que impedem que o processo alcance suas finalidades, ou que se dê ênfase exagerado ou desproporcional a um desses escopos, em detrimento dos

demais.

Enfim, embora seja certo que o respeito às regras de procedimento seja elemento concretizador da segurança jurídica (que é um direito individual – artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988), não é possível aplicar tais regras de modo inflexível e sem um olhar para a finalidade última do processo, que é viabilizar a tutela do direito material em discussão.

Tais noções foram claramente incorporadas pelo Código de Processo Civil de 2015, que além de construir uma teoria das nulidades do processo adequada a essas finalidades, alberga um conjunto de regras que resultam no que vem sendo denominado por alguns autores como o **princípio da primazia da decisão de mérito**⁷⁹⁵.

Assim, por exemplo, o CPC determina que o juiz não deverá reconhecer uma nulidade se puder julgar o mérito em favor de quem aproveite a declaração dessa nulidade (artigo 282, § 2º). Trata-se de uma completa quebra de paradigmas: uma nulidade que faria o procedimento retroceder não será reconhecida se o juiz já tiver elementos para decidir favoravelmente àquela parte. A mesma

⁷⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 17 dez. 2022. Cássio Scarpinella Bueno descarta tal expressão, aduzindo que “Não há tal primazia, que reside, isto sim, na atividade, verdadeiro dever-poder do magistrado de

estimular os sujeitos do processo para superar o vício para prosseguimento do processo em direção ao ‘julgamento de mérito’, isto é, à definição de quem faz jus à tutela jurisdicional. O proferimento de um tal julgamento é a razão de ser do Estado-juiz e, em última análise, de todo o sistema processual civil; a higidez do processo (e do exercício do direito de ação) é meio para chegar a ele. Aqui também importa lembrar que não há como confundir causa com consequência; *prius com posterius*” (*op. cit.*, p. 291).

ideia vem contemplada no artigo 488: o juiz não deverá decidir sem resolução de mérito se tiver elementos para julgar o mérito em favor daquele a quem aproveitaria aquela extinção. O Código também determina que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deva dar à parte oportunidade para corrigir o vício (se isso for possível) – artigo 317. Estabelece, além disso, que o relator deverá conceder um prazo de cinco dias para sanar vício ou complementar a documentação, antes de proferir decisão considerando inadmissível o recurso (artigo 932, parágrafo único), etc.

Há, assim, um conjunto de regras inspiradas pela mesma principiologia: interessa ao “modelo constitucional do direito processo civil” o acertamento da relação jurídica de direito material, em prazo razoável. Cabe ao juiz adotar as medidas que estiverem a seu alcance para que tal finalidade seja alcançada, o que exige, inclusive, que se desvista de concepções pré-Código, em particular daquelas que estão arraigadas a uma cultura judiciária que foi (e precisa ser) superada pela alteração da lei.

Deve-se afastar, portanto, aquilo que vem sendo chamado pela doutrina constitucional de **interpretação retrospectiva**, isto é, a tentativa de interpretar a Constituição atual com os mesmos olhares que se dirigiam à Constituição revogada. A respeito deste tema, ensina Luís Roberto Barroso:

⁷⁹⁶ *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade dessa postura: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação [...] em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”⁷⁹⁶.

Essa mesma linha de argumentação é válida para a interpretação do Código de Processo Civil de 2015: não é possível interpretá-lo a partir da mesma principiologia do Código de 1973, muito menos para afastar regras que resultam de uma opção político-normativa muitíssimo clara⁷⁹⁷. Assim, deve-se desconfiar das “leituras herdadas”, não mais afinadas

⁷⁹⁷ Com interessantes observações a respeito da interpretação retrospectiva quanto às atribuições do Ministério Público no processo civil, GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil:

com o sentimento de justiça e as expectativas contemporâneas da sociedade, traduzidas na alteração da lei⁷⁹⁸.

Foi o que ocorreu, segundo pensamos, com a interpretação dada pelo STJ às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (Tema 988: RESPs 1.704.520 e 1.696.396, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.11.2018). Embora o CPC tenha incorporado com clareza a taxatividade das decisões impugnáveis por agravo de instrumento (como decorre dos artigos 1.015 e 1.009), o Tribunal entendeu que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”. Como já observamos anteriormente, as imperfeições ou a insuficiência do regime legal do agravo de instrumento, estabelecidas pelo CPC de 2015, devem ser corrigidas por meio de uma alteração legislativa. Há, de fato, decisões interlocutórias que precisam ser imediatamente recorríveis, como as que envolvem declínio de competência, sob pena de causar às partes um prejuízo de difícil reparação. Mas a correção desses

equivocos do CPC deve ser feita por meio de lei, não por interpretação judicial⁷⁹⁹.

Esta interpretação retrospectiva também tem ocorrido, em causas previdenciárias, quanto à aplicação da Súmula 111 do STJ (“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença”). A orientação da referida Súmula é incompatível com o CPC de 2015, que instituiu um regramento totalmente novo para o arbitramento de honorários de advogado nas causas em que a Fazenda Pública é parte. As disposições contidas no artigo 85, § 3º impedem que se possa tomar as prestações vencidas até a sentença como base de cálculo dos honorários. Os honorários devem tomar em conta, nos termos do CPC, a “condenação” ou o “proveito econômico” decorrente da sentença. O tema é de típico de *overruling* (ou *overriding*), na medida em que, alterada a regra processual que deu origem à súmula, o entendimento ali fixado deve ser também superado (artigo 489, § 1º, VI, do CPC)⁸⁰⁰. Apesar disso, encontram-se na jurisprudência inúmeros julgados que mantêm a aplicação da Súmula, mesmo depois da

alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 58, p. 227-269, out./dez. 2015. Também sobre o tema da interpretação retrospectiva do CPC/2015, ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 122.

⁷⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

⁷⁹⁹ PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 104.

⁸⁰⁰ Sobre o tema da superação de precedentes judiciais, FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. *Superação do precedente judicial nos tribunais superiores: pressupostos materiais e processuais*. Tese de Doutorado (2020). Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Orientação de Anselmo Prieto Alvarez. 216 p.

vigência do CPC/2015⁸⁰¹.

A interpretação retrospectiva também é resultado de certo descontentamento ou inconformismo dos julgadores com as soluções fixadas pelo legislador, como também ocorreu no caso dos honorários de advogado fixados por equidade nas causas em que a Fazenda Pública é parte. A questão já tinha sido resolvida pela Corte Especial do STJ, também na sistemática dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.076)⁸⁰². Poucos meses depois do julgamento, todavia, a 3ª Turma deliberou afetar novamente tal questão à Corte Especial e, com a devida vênia, sem que tenha sido realizada a “fundamentação adequada e

específica” a que alude o artigo 927, § 4º do CPC⁸⁰³. A Lei nº 14.365/2022, ao acrescentar os §§ 6º-A e 8º-A ao artigo 85 do CPC, reforçou aquilo que já se podia extrair da redação original do Código, sinalizando que realmente não estavam presentes razões que justificassem a superação do entendimento antes firmado.

Em resumo, o intérprete do CPC deve fazer todos os esforços para resistir à tentação de interpretar a nova lei a partir de uma visão pré 2015, assim como de corrigir, pela via da interpretação, eventuais “defeitos” que possa encontrar nas opções do legislador⁸⁰⁴.

Como também observado

⁸⁰¹ No STJ, AgInt no RESP 1.935.142/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 07.10.2021; AgInt nos EDcl no RESP 1.913.756/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 20/8/2021; AgInt no RESP 1.899.889/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15.6.2021. TRF 3ª Região, ApCiv 5032754-26.2021.4.03.9999, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, DJe 13.10.2022; ApelRemNec 5040464-63.2022.4.03.9999, Rel. Des. Federal Leila Paiva Morrison, DJe 10.10.2022; TRF 5ª Região, ApelReex 0001383-80.2018.4.05.9999, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 28.11.2018; AC 0002218-68.2018.4.05.9999, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, DJ 08.02.2019. O STJ, reexaminado essa questão na sistemática dos recursos especiais repetitivos, fixou a seguinte tese: “Continua eficaz e aplicável o conteúdo da Súmula 111/STJ (com a redação modificada em 2006), mesmo após a vigência do CPC/2015, no que tange à fixação de honorários advocatícios” (Tema 1.105, RESPs 1.883.715 e 1.883.722/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 27.3.2023). Persiste, portanto, com os efeitos previstos no artigo 927, III, do CPC, a citada “interpretação retrospectiva”.

⁸⁰² As teses fixadas foram as seguintes: “i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa

não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subseqüentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo” (STJ, RESPs 1.850.512, 1.877.883, 1.906.623, 1.906.618, Corte Especial, DJe 31.5.2022).

⁸⁰³ “Art. 927 [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. A nova afetação foi determinada em 13.12.2022 nos RESPs 1.824.564 e 1.743.330, ambos de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

⁸⁰⁴ Como ensina FERNANDEZ, Cláudio F. Penna, “a finalidade do processo é, precipuamente,

anteriormente, a própria estatura dos direitos materiais em discussão (previdência e assistência social) indica a necessidade de uma interpretação das regras processuais particularizada, muitas vezes superando a ortodoxia do processo civil tradicional. O próprio Superior Tribunal de Justiça já adotou tal solução, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, ao reconhecer que, em matéria previdenciária, a improcedência decorrente de falta de provas deve ser considerada como verdadeira extinção do processo, sem resolução do mérito (Tema 629)⁸⁰⁵, autorizando que a ação seja novamente proposta.

2. DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 938, § 3º, DO CPC

O artigo 938, § 3º, do CPC, objeto deste estudo, estabelece que “reconhecida a necessidade de

assecuratória de uma liberdade de atuação e do resguardo contra o arbítrio do Estado. Nenhuma interpretação de lei processual será possível sem este ponto de referência básico, decorrente de princípio constitucional. Se existe um preceito ou dispositivo de lei permitindo uma atuação da parte (interpor um recurso) e mesmo se, para argumentar, esse preceito se afigura incompatível com uma interpretação sistemática da legislação processual, não caberá nunca optar-se por interpretação abrogante, pois, no caso, estar-se-á diante de regra de índole pública. Poder-se-á apontar a norma como inconveniente, eivada de atecnia, desatualizada etc., sugerir sua modificação *de lege ferenda*, mas jamais furtar-se à sua aplicação” (Do cabimento de recurso contra decisão de Turma do Tribunal Superior do Trabalho prolatada em agravo de instrumento.

produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

Como lembra Cássio Scarpinella Bueno, trata-se de uma inovação importante, dado que, na vigência do CPC/1973, a jurisprudência havia se consolidado no sentido de que os tribunais não poderiam praticar atos de instrução processual. O processo no tribunal seria, assim, “estritamente documental”⁸⁰⁶.

O CPC de 2015 quebra esse paradigma do “processo documental” e dá aos relatores **podereis instrutórios**, ou, se preferirmos, **competências instrutórias**, admitindo a produção de provas mesmo em grau de recurso. Não por acaso o artigo 932, I, diz que é de competência do relator “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova”. Portanto, o Código reafirma as competências do

Revista de Processo. V. 32/1983, p. 107-115, out./dez. 1983).

⁸⁰⁵ A tese firmada foi a seguinte: “A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa”. Os artigos citados são do CPC/1973 e correspondem aos artigos 320, 485, IV e 486 do CPC/2015. Creemos que a admissibilidade da nova ação pressupõe a apresentação de provas novas, ou da produção em juízo dessas novas provas.

⁸⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

relator quanto à produção de provas, quer se trate de uma ação de competência originária, quer se trate de ação em grau de recurso.

Quatro observações são importantes a respeito desse preceito do artigo 938, § 3º, do CPC: a primeira delas é que a lei não restringe quais espécies de provas poderão ser produzidas. Assim, deve-se admitir a possibilidade de produção de quaisquer das provas típicas ou atípicas, isto é, tanto das provas expressamente previstas no CPC (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial), como daquelas que, ainda que não previstas de forma expressa, sejam “moralmente legítimas” (artigo 369 do CPC).

A segunda observação diz respeito à forma pela qual tais provas serão colhidas: diretamente no Tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, determinando-se, neste último caso, a expedição de carta de ordem (artigos 236, § 2º e 237 do CPC). Aqui, cabe uma avaliação discricionária do relator, analisando a conveniência de adotar uma dessas possibilidades, considerando as particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, em processo judicial em que se pretenda um benefício previdenciário por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente), é razoável supor que uma prova pericial médica se realizará com mais rapidez e eficiência na cidade de domicílio do periciando. Por outro lado, se a perícia exigir conhecimentos de uma área médica

muito específica ou incomum (por exemplo, uma perícia com um geneticista para avaliar a presença ou o grau de uma deficiência), poderá ser muito difícil encontrar naquela localidade um perito habilitado à produção dessa prova. Já uma prova testemunhal, destinada à demonstração de tempo de atividade rural, de união estável ou dependência econômica para fins previdenciários, poderá ser colhida tanto no domicílio da testemunha como diretamente pelo Tribunal, com o uso dos recursos eletrônicos (artigo 236, § 3º, do CPC), a critério do próprio Relator. A praxe forense recomenda que tais aspectos sejam previamente avaliados, antes mesmo da prolação da decisão determinando a realização da prova.

A terceira observação deriva de uma interpretação sistemática do CPC. O artigo 938 está inserido no Livro III, Título I, Capítulo II, este denominado “da ordem dos processos **no Tribunal**”. Dada a generalidade da regra, cremos que poderá ser adotada em quaisquer instâncias recursais, inclusive pelos Tribunais Superiores. É certo que o STF e o STJ estão vocacionados a resolver questões de direito, relativos à interpretação da Constituição Federal e das leis federais, respectivamente. Mas diante da principiologia legal que enfatiza a necessidade da solução de mérito, a produção da prova faltante, mesmo naquelas instâncias extraordinárias, é fato que observa a

mesma teleologia normativa já citada⁸⁰⁷.

A quarta (e mais importante) observação diz respeito ao próprio **conteúdo** da norma do artigo 938, § 3º, do CPC: como se vê, o Código fixa uma **regra de conduta imperativa** (“o relator converterá”) e, nestes termos, não se trata de faculdade atribuída ao relator⁸⁰⁸. Com isso, deve-se sepultar, definitivamente, aquela praxe forense arraigada de anular a sentença, baixando os autos à instância de origem para a produção da prova faltante e prolação de nova sentença.

É claro que o Relator poderá fazer um juízo a respeito da necessidade ou da desnecessidade de produção de novas provas. Mas se entender que é necessária a complementação do acervo probatório, não resta alternativa: **deve** determinar a produção da prova (e não anular a sentença).

A falta de observância dessa regra do CPC é quase um lugar-comum nas causas previdenciárias. A jurisprudência em causas previdenciárias e assistenciais reitera, já

na vigência do CPC/2015, o dogma da nulidade da sentença e a baixa dos autos para a realização da prova faltante⁸⁰⁹.

Examinada à distância, tal solução parece ser correta e, ademais, é um entendimento que leva a uma ideia de saneamento do processo, de correção de nulidades e de preservação da integridade do procedimento. Aliás, tais julgamentos invocam razões a que se pode aderir sem muito esforço. Afinal, fala-se em “restabelecer a ordem processual e assegurar os direitos e garantias constitucionalmente previstos”, concluindo que “os fins de justiça do processo restaram malferidos”, ou mesmo que a “debilidade do conjunto probatório” deve ser afastada de molde a “preservar o valor da justiça da prestação jurisdicional”⁸¹⁰. É difícil discordar dessas premissas e conclusões.

Mas a experiência forense mostra que, nas causas previdenciárias, a anulação da sentença chega a assumir contornos dramáticos.

⁸⁰⁷ O STJ tem entendido, em diversos julgados, que tal determinação envolveria o revolvimento de fatos e provas, o que não seria admissível em recurso especial, por injunção da Súmula nº 7 (por exemplo, AgInt no RESP 1.727.424/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 12.5.2022; RESP 1.818.454/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27.11.2019).

⁸⁰⁸ Em sentido contrário, aduzindo que se trata de faculdade do relator: STJ, RESP 1.845.542/PR, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 14.5.2021.

⁸⁰⁹ TRF 3ª Região: TRF 3ª Região, ApCiv 5001589-25.2017.4.03.6143, Rel. Des. Federal Therezinha Astolphi Cazerta, DJe 16.12.2022; ApCiv 0005069-03.2019.4.03.9999, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Delgado, DJe 16.12.2022, ApCiv 5000584-03.2021.4.03.6183, Rel. Des. Federal

Gilberto Rodrigues Jordan, DJe 15.12.2022, ApCiv 5011385-12.2020.4.03.6183, Rel. Des. Federal Newton de Lucca, DJe 15.12.2022; TRF 1ª Região, AC 0001352-49.2015.4.01.3606, Rel. Des. Federal Rafael Paulo, DJe 05.9.2022, AC 0002067-72.2012.4.01.4002, Rel. Des. Federal Moraes da Rocha, DJe 31.8.2022; TRF 4ª Região, AC 5010472-41.2020.4.04.7205, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJe 11.10.2021.
⁸¹⁰ TRF 3ª Região, ApCiv 0004950-96.2015.4.03.6114, Rel. Des. Federal Nelson de Freitas Porfírio Junior, DJe 29.4.2022; ApCiv 5030672-85.2022.4.03.9999, Rel. Des. Federal Daldice Maria Santana de Almeida, DJe 20.4.2022; ApCiv 5003955-07.2020.4.03.6119, Rel. Desembargadora Federal Leila Paiva Morrison, DJe 09.12.2022.

Como sabido, grande parte das ações judiciais envolvendo previdência e assistência social é proposta por pessoas idosas e/ou doentes. Para estas pessoas, a anulação da sentença e o retroceder no procedimento leva muitas vezes à indesejável necessidade de habilitar os sucessores da parte que venha a falecer no curso do procedimento. Como já anotamos anteriormente ⁸¹¹, a habilitação de sucessores em razão da morte da parte é uma exigência processual inafastável (artigos 110 e 313, §§ 1º e 2º do CPC). Mas é claro que o ideal seria que o processo tivesse sido julgado definitivamente ainda em vida e que o segurado pudesse fruir pessoalmente os efeitos da eventual sentença de procedência do pedido.

Também é necessário considerar que a anulação da sentença, em muitas situações, coloca as partes e o magistrado de origem em uma situação de perplexidade e de muito difícil solução. Tome-se como exemplo a anulação da sentença motivada pela falta da realização de uma perícia de engenharia de segurança do trabalho, que pudesse atestar as reais condições de trabalho do segurado, descrevendo os possíveis agentes nocivos a que tenha estado exposto, de modo a justificar a concessão da aposentadoria especial (artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91; artigo 40, § 4º-C e artigo 201, § 1º, II, da Constituição Federal).

Em muitas situações, o indeferimento de tal perícia decorre de

uma circunstância prática das mais relevantes: trata-se de vínculo de emprego mantido décadas atrás e em empresa que não está mais em atividade. Em tantas outras situações, a empresa ainda existe, mas houve alterações significativas do ambiente de trabalho, decorrentes da alteração do maquinário, *layout*, equipamentos de proteção coletiva, etc., que a perícia jamais iria conseguir reconstituir com fidelidade as condições de trabalho existentes na época da prestação de serviços. Em ambas as situações, pode-se afirmar que a verificação pretendida era impraticável, o que autoriza o indeferimento da perícia, na forma do artigo 464, § 1º, I, do CPC⁸¹².

É claro que ainda existem particularidades em casos concretos que podem justificar a utilidade da perícia em casos assim. Afinal, é fato notório (artigo 374, I, do CPC) que, com a evolução tecnológica, os ambientes de trabalho passaram a ser cada vez menos agressivos, o que também foi resultado de um aprimoramento da legislação e da fiscalização do ambiente de trabalho. Assim, por exemplo, uma perícia constatando hoje que o ambiente de trabalho é muitíssimo ruidoso faz presumir que, décadas atrás, o ruído era muito maior. De outro lado, não se descarta a possibilidade de que a perícia seja realizada por similaridade, em ambiente de trabalho existente nos dias atuais e que possa exprimir, por similitude, o ambiente efetivamente trabalhado pelo autor. Tudo isso precisa

⁸¹¹ PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 202.

⁸¹² “O juiz indeferirá a perícia quando ... a verificação for impraticável”.

ser devidamente ponderado no caso concreto e, em especial, precisa ser bem pormenorizado na decisão que determina a realização da prova, quer por anulação da sentença (como tem sido a praxe), quer também na adoção da diligência prevista no artigo 938, § 3º, do CPC.

Assim, deve-se concluir que o acórdão que anula a sentença (ou a decisão interlocutória que converte o julgamento em diligência) fará as vezes de verdadeira decisão de saneamento e organização do processo, da qual se exige “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (artigo 357, II, do CPC).

A determinação de realização de perícia, portanto, deverá indicar o local, o objeto e finalidade da prova. Deverá também atentar para certas particularidades decorrentes do fato de a parte litigar sob os benefícios da gratuidade da Justiça. De fato, por força do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.876/2019 (com a redação da Lei nº 14.331/2022), “o pagamento dos honorários periciais limita-se a 1 (uma) perícia médica por processo judicial, e, excepcionalmente, caso determinado por instâncias superiores do Poder Judiciário, outra perícia poderá ser realizada”. Tal limitação diz respeito aos casos em que o INSS irá adiantar a remuneração do perito. Assim, ao determinar a produção de perícias em três, quatro ou cinco empresas, caberá ao órgão julgador esclarecer como se dará a remuneração

do perito, considerando as limitações legais acima indicadas. Se o Tribunal se limita a anular a sentença (ou a converter o julgamento em diligência), tais questões precisarão ser resolvidas em primeiro grau. As decisões adotadas pelo magistrado poderão ser impugnadas em grau de recurso, contribuindo ainda mais para a demora na prestação jurisdicional definitiva.

Enfim, embora tais cautelas devam ser adotadas seja qual for a técnica utilizada (anulação ou conversão em diligência), é indiscutível que a solução imposta pelo CPC é a que decorre da regra clara do artigo 938, § 3º, do CPC. Como se viu, trata-se de uma opção de política legislativa que deve ser prestigiada, em favor da efetividade do processo judicial previdenciário.

Deve-se também observar que a conversão do julgamento em diligência está também em harmonia com a técnica estabelecida no CPC para a recorribilidade das decisões interlocutórias (ver, a respeito, o item 2 deste trabalho). Assim, mesmo se adotada a tese firmada pelo STJ quanto à “taxatividade mitigada” das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, eventual indeferimento da prova não irá autorizar, ao menos necessariamente, a interposição do agravo de instrumento. De fato, não se pode falar, propriamente, em “inutilidade” do julgamento da questão somente no bojo da apelação, justamente pelo fato de caber ao relator determinar a produção da prova faltante⁸¹³. É claro que o fator “tempo”

⁸¹³ Nesse sentido, TRF 3ª Região, AI 5022266-36.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luiz Paulo Cotrim Guimarães, DJe 16.02.2022, AI

5010679-17.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luiz de Lima Stefanini, DJe 18.11.2021; TRF 5ª Região, AC 0003869-

na colheita da prova é também importante, em particular nas causas previdenciárias. As testemunhas do trabalho rural de um segurado já idoso serão provavelmente pessoas de idade avançada. Aguardar o julgamento de eventual apelação poderá tornar impossível a produção da prova, justificando o emprego do agravo de instrumento. Cabe avaliar as particularidades do caso concreto, cumprindo à parte prejudicada justificar cabalmente a inutilidade do julgamento somente em grau de apelação, de modo a autorizar a impugnação da decisão por agravo de instrumento.

Acrescente-se que o § 4º do mesmo artigo 938 do CPC determina que a conversão em diligência para produção de provas pode ser determinada pelo “órgão competente para julgamento do recurso”. Assim, mesmo se o Relator propuser solução distinta, a conversão em diligência poderá ser adotada pelo órgão fracionário que irá julgar o recurso, inclusive em eventual agravo interno. Lembre-se que o artigo 932, VIII, do CPC, contém uma cláusula de abertura, permitindo aos regimentos internos dos Tribunais estabelecerem outras atribuições ao relator dos recursos. Contra tais decisões caberá o agravo interno (artigo 1.021 do CPC).

Alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais têm, acertadamente, determinado a conversão do julgamento em diligência para a colheita de prova

faltante, em particular no processo judicial previdenciário⁸¹⁴. Espera-se que tais julgados façam incorporar à realidade forense a principiologia instituída pelo CPC/2015, tão (ou mais) relevante quando da condução das causas previdenciárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto nos itens precedentes, um dos desafios mais importantes do exercício da função jurisdicional é a sua efetividade, dogma que decorre dos princípios constitucionais da proteção judicial efetiva e da razoável duração do processo, assim como de diferentes instrumentos do direito internacional dos direitos humanos.

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado sob inspiração do modelo constitucional do Direito Processual Civil, que incorpora o mesmo ideal de efetividade. Tais objetivos precisam estar acompanhados de regras procedimentais que levem a essa mesma efetividade. Algumas regras fixadas pelo CPC para concretizar tais objetivos padecem de falta de efetividade (eficácia social). Dentre essas regras se encontra, justamente, a do artigo 938, § 3º, do CPC, que estabelece que “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou

77.2014.4.05.9999, Rel. Des. Federal Roberto Machado, DJe 24.8.2017; TRF 1ª Região, AC 0062374-48.2009.4.01.3500, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJe 08.02.2017.

⁸¹⁴ TRF 3ª Região, ApCiv 6076946-95.2019.4.03.9999, Rel. Des. Federal Sergio do Nascimento, DJe 05.3.2021; ApCiv 5001101-76.2019.4.03.6183, Rel. Des. Federal João Batista Gonçalves, DJe 08.9.2021.

em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

O princípio da efetividade do processo vem sendo objeto estudado em cotejo com o ideal de instrumentalidade do processo e do que alguns autores vêm denominado como “princípio da primazia da decisão de mérito”. A falta de efetividade de regras procedimentais é um agravante nos casos em que o direito material em discussão é um direito fundamental, como é o caso dos direitos à saúde, previdência social e assistência social.

Ocorre que não é possível interpretar adequadamente as regras e princípios do CPC/2015 fazendo uso de técnicas, instrumentos e valores vigentes para o CPC/1973. Impõe-se rejeitar, assim, a “interpretação retrospectiva”, que procura desvendar o sentido e o alcance do CPC atual fazendo uso de critérios válidos apenas para o CPC revogado. A mesma vedação se impõe quando da interpretação inflexível das regras do CPC, dissociada da natureza específica dos direitos à saúde, previdência e assistência social.

O artigo 938, § 3º, do CPC, ao tratar dos “poderes instrutórios” do relator (ou “competências instrutórias”), instituiu verdadeiro dever processual. Trata-se de conduta impositiva que não dá margem a que se persista na antiga prática de anular a sentença, determinando outra fosse proferida. A norma processual vigente determina que se converta o julgamento em diligência, que se produza a prova faltante e que se conclua o julgamento definitivo da causa.

Tanto o acórdão que anula a

sentença como a decisão que converte o julgamento em diligência fazem às vezes da “decisão de saneamento do processo”, exigindo que delimitem os fatos sobre os quais recairá a atividade probatória. Deverão também respeitar as restrições às perícias nas ações previdenciárias quanto ao custeio dos honorários periciais (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.876/2019, com a redação da Lei nº 14.331/2022).

Em conclusão, a solução imposta pelo CPC é a que decorre da regra clara do artigo 938, § 3º, do CPC. Esta norma é expressão de uma opção de política legislativa que o Poder Judiciário deve observar, em favor da celeridade do processo e da efetividade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1. 12ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 17 dez. 2022.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERNANDEZ, Cláudio F. Penna. Do cabimento de recurso contra decisão de Turma do Tribunal Superior do Trabalho prolatada em agravo de instrumento. *Revista de Processo*. V. 32/1983, p. 107-115, out./dez. 1983.
- FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. *Superação do precedente judicial nos tribunais superiores: pressupostos materiais e processuais*. Tese de Doutorado (2020). Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Orientação de Anselmo Prieto Alvarez. 216 p.
- GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 58, p. 227-269, out./dez. 2015.
- PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ASPECTOS PROCESSUAIS RELATIVOS À DEFICIÊNCIA NO RELATÓRIO DA SENTENÇA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE NULIDADES^{815_816}

PROCEDURAL ASPECTS RELATED TO VICES IN THE REPORT: A CASE STUDY ON NULLITIES

Roberta Marina Cioatto

Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela UNISC. Líder do OSPP. Professora do Centro Universitário Paraíso - UniFAP. Juazeiro do Norte, Ceará. E-mail: osp@fapce.edu.br.

Manoel Urbano de Sá Neto

Graduado pelo Centro Universitário Paraíso - UniFAP. Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil. Advogado. Estudante do OSPP. E-mail: manoelurbanodesaneto.adv@gmail.com.

RESUMO: Ação de indenização foi proposta em face de médico psiquiatra que teria, em razão do exercício da profissão, levado paciente seu a cometer suicídio por prescrição inadequada de medicação. A parte autora insistiu por prova pericial, mas o juiz julgou antecipadamente o mérito, decidindo pela improcedência do pedido, com base em cópias do Inquérito Policial onde consta Laudo Pericial do IML concluindo pela inexistência de erro médico. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão do juízo *a quo*. Entretanto, do exame do acórdão, em especial quanto ao constante de seu deficiente relatório, pode-se aferir que, contrariamente ao decidido, o conjunto probatório não foi diligentemente apreciado e, em não o tendo sido, quais os demais vícios e nulidades? Este

trabalho tem como objetivo geral investigar eventuais vícios e nulidades extraídas do exame da decisão objeto de estudo. Como objetivos específicos: a) narrar o caso; b) demonstrar a importância das funções do relatório e a nulidade decorrente de sua deficiência; c) apresentar os demais vícios e nulidades. É uma pesquisa teórica de abordagem qualitativa do problema. O método de abordagem foi o indutivo. Quanto aos procedimentos técnicos, é um estudo de caso.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade Processual; Princípio do Contraditório; Prova Emprestada; Relatório da Sentença; Suicídio de Paciente Psiquiátrico.

ABSTRACT: A claim for damages was filed against a psychiatrist who allegedly,

⁸¹⁵ Artigo recebido em 26/12/2022 e aprovado em 06/06/2023.

⁸¹⁶ Este artigo foi desenvolvido como atividade resultante de discussões no grupo de estudos e pesquisa OSPP - Observatório em Saúde Pública e Patentes, vinculado ao Centro Universitário Paraíso e cadastrado no CNPq. Foi escrito em sua quase totalidade pelo estudante, com desenho do projeto e orientação da docente.

due to the exercise of his profession, led his patient to commit suicide due to an inadequate prescription of medication. Author part insisted on expert evidence, but the judge judged the merits in advance, deciding to dismiss the request, based on copies of the Police Inquiry containing the IML Expert Report concluding that there was no medical error. After an appeal, the Court of Justice of São Paulo upheld the decision of the court *a quo*. However, from its examination, in particular as regards the content of its deficient report, it can be inferred that, contrary to what was decided, the evidence was not diligently appreciated and, if not, what other vices and nullities? The general objective of this work is to investigate possible vices and nullities extracted from the examination of the decision object of study. As specific objectives: a) narrate the case; b) demonstrate the importance of the functions of the report and the nullity resulting from its deficiency; c) present the other defects and nullities. It is a theoretical research with a qualitative approach to the problem. The approach method was the inductive one. As for the technical procedures, it is a case study.

KEYWORDS: Procedural Nullity; Principle of Adversarial Proceedings; Borrowed Proof; Sentence Report; Psychiatric Patient Suicide.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo de caso sobre ação de indenização proposta em face de médico psiquiatra que teria, em razão do exercício da profissão, levado

paciente seu a cometer suicídio por prescrição inadequada de medicação. Citado, o réu defendeu-se alegando a existência de Inquérito Policial onde consta Laudo Pericial do IML concluindo pela inexistência de erro médico na prescrição medicamentosa e terapêutica, pedindo prazo para acostar cópias.

Seguindo o curso do processo, houve réplica e os autos foram conclusos ao juiz, que julgou antecipadamente o mérito, com base no Laudo Pericial do IML, constante do Inquérito Policial, negando produção de provas pela parte autora e decidindo pela improcedência do pedido. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão do juízo *a quo*, adotando inclusive seus fundamentos e decidindo pela inexistência de cerceamento de defesa.

O problema que se põe, doravante, diz respeito ao relatório, que da forma que foi elaborado, acabou induzindo o Tribunal a manter a decisão, sem analisar, adequadamente, as matérias levantadas pela parte autora. Insta salientar, inclusive, que ao se debruçar no caso, também os autores deste artigo foram inicialmente induzidos a crer que o mesmo está em conformidade, mormente por não haver registro claro, objetivo e inequívoco, de como se deu o empréstimo da prova constante do Inquérito Policial. Concordou-se, em um primeiro momento, com o resultado do julgamento.

Entretanto, do exame do acórdão, em especial quanto ao constante de seu deficiente relatório, pode-se aferir que, contrariamente ao decidido, o conjunto

probatório não foi diligentemente apreciado e, em não o tendo sido, quais os demais vícios e nulidades?

Este trabalho tem como objetivo geral investigar eventuais vícios e nulidades extraídas do exame da decisão objeto de estudo. Como objetivos específicos: a) narrar o caso; b) demonstrar a importância das funções do relatório e a nulidade decorrente de sua deficiência; c) apresentar os demais vícios e nulidades.

É uma pesquisa teórica de abordagem qualitativa do problema. O método de abordagem foi o indutivo. Quanto aos procedimentos técnicos, é um estudo de caso.

1. O CASO

O caso objeto do presente estudo foi assim ementado:

CERCEAMENTO DE DEFESA – Não ocorrência – Existência de prova suficiente para a formação da convicção do juiz – Preliminar afastada. RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro médico – Não configuração – Suicídio do paciente que não pode ser atribuído à má conduta do profissional psiquiatra que atua no caso – Conjunto probatório diligentemente apreciado – Laudo pericial que aponta para devida assistência, de acordo com a prática médica – Insurgência – Descabimento – Sentença de improcedência mantida – Ratificação dos fundamentos do "decisum" – Aplicação do art. 252 do

RITJSP/2009 – Recurso improvido. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Não ocorrência – Não enquadramento nas hipóteses legais - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1011818-28.2020.8.26.0002; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021).

No mérito, para evitar inútil repetição e para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos, a sentença foi “confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso”. (acórdão da apelação, p. 4). Para tanto, enumeraram-se decisões do STJ.

Segundo o acórdão, a parte autora intentou ação de indenização decorrente de erro médico. Erroneamente, teriam sido ministrados o medicamento e a dosagem, sob supervisão psiquiátrica, que induziu o filho do autor, paciente do réu, a cometer suicídio. Diante dos esclarecimentos do parecer médico legal, elaborado pelo Centro de Perícia do IML nos autos do Inquérito Policial, em resposta ao questionamento específico da Autoridade Policial acerca da conduta do médico da vítima, estaria clara a ausência de nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado obtido. Portanto, afastou-se a indenização requerida, uma vez que

suficientemente demonstrado inexistir responsabilidade pelo fato narrado.

Inicialmente, entendera-se por não prosperar a preliminar de cerceamento de defesa suscitada nas razões recursais diante da razão que “ao juízo da causa cabe a verificação do número e espécies de provas a serem produzidas para a formação de seu livre convencimento, não se vislumbrando a caracterização de cerceamento de defesa quando houver prova suficiente para tanto.” (acórdão da apelação, p. 3).

Nesta hipótese, o conteúdo dos autos teria sido satisfatório para a conclusão do feito, dando-se por certo que a ampliação da prova não seria apta a alterá-la. O fato de a conclusão do laudo pericial ser contrária aos anseios da parte, diz-se, “não é suficiente para invalidá-lo e autorizar a anulação da sentença para elaboração de um novo.” (acórdão da apelação, p. 3). Inexiste, ainda, violação do contraditório quando o magistrado verificar a dispensabilidade de provas, apesar e depois de ter determinado a sua especificação.

Por fim, decidiu-se por não prosperar a afirmação de intempestividade da apresentação de cópias da perícia executada no IML, uma vez que o inquérito policial se encontrava arquivado no momento do protocolo da contestação.

2. O RELATÓRIO COMO ELEMENTO DAS DECISÕES: A IMPORTÂNCIA DIANTE DE SUAS FUNÇÕES

Na história processual cível brasileira, o relatório sempre constou como parte que integra a decisão judicial⁸¹⁷. Tal não foi diferente com o CPC/15, que no Art. 489, I, elencou-o como elemento da sentença. Embora empregando o termo “sentença”, vale ressaltar que este alcança outras decisões, tais quais decisões interlocutórias, acórdãos, etc.

Mas, afinal de contas, por que o legislador brasileiro sempre teve especial atenção ao relatório, destacando-o como parte integrante da decisão? Com vistas a responder tal pergunta e a entender sua importância para o presente trabalho, veja-se o que segue sobre as funções do relatório.

A primeira delas é a função descritiva⁸¹⁸, em que o juiz especificará, conforme Art. 489, I, do CPC/15 “[...] os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;”. Com isso, o juiz estará delimitando os limites objetivos e subjetivos da ação.

A segunda função do relatório, por sua vez, é a preparatória⁸¹⁹. Nesse caso, o juiz estabelece em que contexto passará a decidir. Quanto a esta função, cabe pontuar que ao descrever o caso, o

⁸¹⁷ Veja, nesse sentido: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O relatório como elemento essencial da decisão judicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. v. 23. n. 1. Jan. a Abr. de 2022. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.59639>.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59639/40601>. Acesso em: 01 dez. 2022.

⁸¹⁸ Veja, nesse sentido: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Op. cit.*

⁸¹⁹ Idem. *Ibidem*.

juiz acaba estabelecendo seu ponto de partida para decidir, ou seja, preparando o caminho para a decisão.

Tem-se, na doutrina, a atribuição, ainda, de outra função para o relatório, qual seja, a de oferecer parâmetros para aplicação de precedentes⁸²⁰. Veja-se que é no relatório onde se identifica o caso, sendo, portanto, paradigma para analisar, por exemplo, se um caso é “igual a outro”. Entretanto, considerando que não é causa de nulidade do processo, é uma função que acaba gerando dissensos doutrinários⁸²¹.

Resta analisar, adiante, que o relatório cumpre importante papel de controle⁸²², tanto interno (pelo próprio juiz), como externo (pelas partes), sobre o enfrentamento dos argumentos e questões suscitadas no curso do processo, possibilitando, posteriormente, o controle judicial em sede de duplo grau de jurisdição.

E é justamente nessa medida em que se avoluma a importância do relatório, porque passa a ser indispensável ao exercício do contraditório, e, de alguma maneira, ao duplo grau de jurisdição, sobre o que falar-se-á doravante.

3. A IMPORTÂNCIA DO RELATÓRIO PARA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Pode-se perceber a importância que possui o relatório para o exercício do direito ao contraditório, posto que, diante da função de controle interno, em

que as partes analisam o enfrentamento, ou não, dos argumentos e das questões suscitadas no curso do processo, é que poderão desafiar a decisão.

Da mesma forma, quanto ao direito ao duplo grau de julgamento, no caso de uma decisão em que o relatório é deficiente, resta prejudicado tanto o controle realizado pelas partes, como o realizado pelo juiz. Isso porque, a depender do caso, pode ser suprimido ponto que seria passível de reforma, inclusive de ofício. Tudo isso a criar obstáculos à prestação jurisdicional legalmente devida.

De mais a mais, a deficiência no relatório cria um desequilíbrio na decisão, que precisa ser congruente. Ora, como se vai entender o dispositivo, ou a fundamentação, se algum ponto é suprimido do relatório? Não havendo uma adequada descrição do caso, e considerando que ela deve ser congruente, como é possível entender a decisão? Por todo o exposto, pode-se notar a importância que tem o relatório para uma adequada prestação jurisdicional.

4. O RELATÓRIO NO JULGAMENTO COLEGIADO

Assim como no primeiro grau, o relatório tem indiscutível importância no julgamento colegiado. Demonstra para as partes, e sociedade em geral, que o processo foi lido e que foram discutidos os pontos relevantes para o julgamento

⁸²⁰ Idem. Ibidem

⁸²¹ Idem. Ibidem.

⁸²² Sobre as funções de controle do relatório, vide: Idem. Ibidem. p 196.

da demanda.⁸²³ Dito isto, insta salientar que o relatório, em órgãos colegiados, tem algumas peculiaridades dignas de nota.

Primeiramente, é ato de gabinete⁸²⁴, sendo elaborado antes da sessão de julgamento, motivo pelo qual, por vezes, é dispensada sua leitura, o que não afasta a manifestação oral quanto aos pontos que serão discutidos.

Ademais, não se exige, quanto à sua elaboração, que contenha todos os atos relevantes do processo, mas apenas aqueles relacionados à matéria devolvida⁸²⁵. Imagine-se, por exemplo, que um recurso devolva um capítulo de sentença. Não há necessidade que conste, quanto ao capítulo não devolvido, as questões que dizem respeito a ele.

Entretanto, não pode, em relação ao que foi devolvido, haver arbitrárias supressões, sob o argumento de que não seria relevante para análise do feito. É preciso que, o que houver de relevo, e quanto a isto se entenda, argumentos, provas, pontos controvertidos e tudo o mais que possa interferir no julgamento, conste do relatório.

5. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL: UMA

DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO POLICIAL

Sem mais delongas, o Inquérito Policial rege-se pelo princípio da inquisitorialidade.⁸²⁶ Em outras palavras, não há espaço, em regra, para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Cabe aqui uma pontuação. Embora a doutrina aponte algumas atenuações, afirmando estar sendo mitigado o caráter inquisitivo do Inquérito Policial⁸²⁷, nem sempre isso ocorre na prática. Isso porque é preciso distinguir a existência, não tão ampla, de exercício do contraditório, com o efetivo exercício do contraditório, sobre o qual passa-se a dissertar.

Consoante ensinamentos de renomada doutrina, o direito ao contraditório compreende o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ser levado em consideração.⁸²⁸ O direito à informação diz respeito ao direito de saber que contra alguém pesa uma acusação, sendo garantido o direito de se manifestar sobre ela, devendo, a autoridade “julgadora” considerar os argumentos produzidos.

Em sede de investigação preliminar, entretanto, não há espaço para ampla defesa e exercício do

⁸²³ CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado - manifestação do contraditório. In: *Revista de Processo*. Ano 36. vol. 198. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. de 2016.

⁸²⁴ CARVALHO, Fabiano. *Op Cit.* Jun. 2016.

⁸²⁵ Nesse sentido, vide: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Op. cit.*

⁸²⁶ Por todos vide: NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 361.

⁸²⁷ Nesse sentido, vide: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

⁸²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

contraditório. Justamente em razão disso trata-se de um procedimento inquisitivo. Mesmo considerando o grande avanço trazido pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, criando, por exemplo, a figura do juiz das garantias, o Inquérito Policial nem perde seu caráter de procedimento administrativo, nem seu caráter inquisitorial. Isso porque o contraditório, quando exercido, dá-se de forma reduzida.

Dessa forma, para o presente estudo, resta em dúvida se poderia, ou não, peça de Inquérito Policial (Laudo do IML) ser usada para instruir processo cível, ante a necessidade de contraditório efetivo, sobre o qual se passa a falar.

6. DA PROVA EMPRESTADA EM FACE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Quando em vigor o Código de Processo Civil de 1973, a prova emprestada não estava prevista expressamente, mas era admitida com base na cláusula geral que permitia a produção de qualquer meio de prova moralmente legítimo. Era considerada, portanto, um meio de prova atípico. Nesse momento, ainda vigoravam controvérsias a respeito da sua eficácia, considerando os princípios do contraditório, da oralidade, da identidade física do juiz e imediatidade. Existiam críticas no sentido de que a produção de qualquer prova dependeria

da manifestação da outra parte e teria que ser realizada perante o mesmo juiz a proferir a decisão final no processo.⁸²⁹

Porém, com o CPC/15, houve a regulamentação do uso da prova emprestada. Referido diploma permite expressamente o traslado de provas produzidas em outro processo, desde que respeitado o contraditório, delegando ao juiz o poder de atribuir-lhes o valor que considerar adequado. Inobstante isso, ainda existem diversas controvérsias envolvendo a prova emprestada, sobre as quais falar-se-á à medida que se fizer necessário para o presente estudo. Dada a necessidade de submissão do empréstimo da prova ao crivo do contraditório, eis que se faz importante trazer algumas considerações a respeito do tema.

6.1. DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL

A contradição compreende o direito de ser informado no sentido de que as partes tenham a oportunidade de intervir preventivamente naquilo que possa influir na decisão da controvérsia. É garantia da imparcialidade do juiz e da legitimidade das decisões judiciais. Exerce-se, a partir da confrontação, o controle sobre a identificação do material probatório, o controle sobre a formação das provas e o controle da influência na valoração destas.⁸³⁰

⁸²⁹ CHAVES, Luciano Athayde; PAULA, Rachel Tavares. O novo regramento da prova emprestada no CPC/2015 e a necessidade de negociação processual para a sua utilização: como decide o Tribunal Regional do Trabalho da

21ª Região? *Revista de Direito do Trabalho*, v. 191/2018, p. 175-202, Jul/2018.

⁸³⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais*, v. 14/2011, p. 315-342, Jan-

É importante destacar que o contraditório é garantia constitucional. Não é sem motivos que o Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, traz em diversos dispositivos normas cujo conteúdo axiológico encontra sua conformação na previsão constitucional de garantia do contraditório.

É de tal forma que nem mesmo quanto às questões a que o juiz deva se manifestar de ofício poderá fazê-lo sem antes ouvir as partes, a teor do seu Art. 10. Além disso, é atribuído ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório, conforme Art. 7º do mesmo código. Veja-se que o contraditório ganha salutar relevo, sendo verdadeira substanciação das normas constitucionais.

E tal tem grande impacto. Mesmo que a legislação infraconstitucional seja lida à luz da Constituição, a previsão normativa das regras constitucionais reafirma a importância dos valores ali consagrados, de forma que se torna evidente a necessidade de que sejam respeitadas em dimensão compatível com as disposições constitucionais pertinentes.

Dessa forma, considerando que o direito ao contraditório, em sua atual

conformação, compreende o direito à informação, o direito à participação e o direito de influenciar efetivamente no resultado do processo, em outras palavras, de ser considerado, o juiz, além de ter que considerar isso, deve zelar para que o contraditório seja efetivamente observado. Deste modo não poderia ser diferente quanto à prova emprestada, sobre a qual se passa a discorrer.

6.2. DA PROVA EMPRESTADA

Embora documentada nas cópias que são transportadas para outro procedimento, a prova emprestada mantém o valor que possuía na sua essência. Veja-se por exemplo a prova pericial, ela é transportada, quanto à sua forma, como prova documental, mas mantém, em relação ao seu valor, o que possuía na essência⁸³¹.

Esta distinção se faz de extrema importância na presente discussão, uma vez que o procedimento a ser observado na formação da prova originária constitui exigência para sua consideração no processo para o qual é transportada. Do mesmo modo, quanto aos procedimentos que não foram observados no feito original,

Jun/2011. Doutrinas Essenciais Processo Penal, v. 3, p. 515-542, Jun/2012.

⁸³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4/1993, p. 60-69, Out-Dez/1993. No mesmo sentido, vide: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em:

02 dez. 2022. Veja-se, por exemplo, quando aduz (1998, p. 147) que: “Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, ‘prova inferior’ ou ‘ato extrajudicial’.”

impossibilitando o empréstimo e a sua admissibilidade da prova, por ilegítima e, portanto, inadmissível. Além disso, é preciso observar, no processo de origem, as regras relativas às provas desta espécie.

Outro ponto que merece destaque é a exigência de observância do contraditório, tanto no processo de origem quanto no processo de destino para que o empréstimo da prova possa ser realizado. Isso porque, a parte a quem desfavorecer a prova precisa ter participado da formação dela no processo de origem.

Outro ponto que precisa ser respeitado é a necessidade de que isso tenha se dado em juízo, de forma que não se deveria pensar em mero empréstimo de provas obtidas em procedimentos onde não cabe o seu exercício, ou onde este se dá de forma limitada. Isso porque o Código de Processo Civil, em seu Art. 372, fala em admissão de prova produzida em outro processo, de forma que interpretar extensivamente, em situação que pode gerar dano a uma das partes, é algo que contraria as regras gerais da hermenêutica clássica.

Dessa forma, passa-se ao próximo ponto, que é a admissão de inquérito policial como prova emprestada no processo civil.

6.3. DA PERÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CÍVEL

A investigação criminal, pelo seu caráter inquisitivo, é dotada de maior flexibilidade quanto às regras de formação da “prova”, respeitada a vedação constitucional das provas ilícitas. Por outro lado, quando a prova emprestada é transportada para o processo judicial, o nível de exigência modifica-se, os controles sobre o material probatório são muito mais rígidos. O aproveitamento judicial do inquérito policial apenas poderia ser cogitado se, destituído de valor probatório pleno, fosse-lhe atribuída tão somente força corroborativa a outros elementos. Estes, produzidos em contraditório.⁸³²

Em outro contexto, a prova pericial poderia ser transportada de um procedimento para outro, ressalvada sempre a oportunidade das partes oferecerem quesitos complementares ou arrolarem o perito para ser ouvido em audiência. Entretanto, o aproveitamento de perícia realizada em sede de inquérito policial encontra grande obstáculo à medida que este tem marcado caráter inquisitivo, não sendo possível, no mesmo, pleno exercício do contraditório.

7. A DEFICIÊNCIA DE RELATÓRIO COMO CAUSA DE NULIDADE PROCESSUAL

Em um primeiro momento, pode-se concordar que ao juízo da causa cabe a verificação do número e espécies de provas a serem produzidas para a formação de seu livre convencimento.

⁸³² COSTA, Leonardo Dantas; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. A prova emprestada no

direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, v. 277/2018, p. 197-233, Mar/2018.

Entretanto, tal não deve ser interpretado como sujeito ao mero arbítrio do julgador, pois seu convencimento é livre, mas deve ser motivado.

Não há como negar, ademais, que o juiz deve observar as normas pertinentes à admissão ou não das provas, bem como oferecer a oportunidade de que a prova seja contraditada em juízo, como decorrência da dimensão substancial do princípio do contraditório. Vale dizer, que não há prova em sentido estrito sem a sua formação em contraditório⁸³³. Por esta razão que não se fala, em sede de inquérito policial, em provas, mas em elementos de formação da *opinio iuris* do Ministério Público quanto à existência de prova de materialidade e indícios de autoria para oferecimento da Ação Penal.

Dessa forma, não poderia uma peça produzida em um procedimento de caráter inquisitorial ser transportada e ser usada com exclusividade para formação do convencimento do juízo, mesmo sendo o juiz o destinatário da prova. Vale dizer, nem mesmo no processo penal o inquérito policial pode ser utilizado exclusivamente para fundamentar a decisão do magistrado, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, a teor do Art. 155 do Código de Processo Penal. Entretanto, insta salientar, permanece a exigência da formação da prova em contraditório *judicial*. Qual a relação, entretanto, com a deficiência do relatório como causa de nulidade processual?

Ocorre que, da leitura do relatório das decisões, não fica claro como se deu o empréstimo do laudo pericial, de forma que induz a crer que não há erro algum no empréstimo do mesmo. Veja-se que, mesmo quanto a um laudo pericial, não há que se falar em peremptoriedade, pois a ciência não escapa da falibilidade característica do ser humano. Além disso, o livre convencimento motivado é do juiz, e não do perito, de forma que é aquele quem deve decidir, avaliando motivadamente as provas.

Enfim, são várias as deficiências que tornam o relatório e conseqüentemente a decisão nula, pois, diante da premissa de que o relatório é elemento essencial da decisão, ele deve trazer os elementos mínimos para adequada compreensão da causa, identificando partes, os pontos controvertidos e tudo que houver de relevante no processo. Ao não fazer isso, resta prejudicada a possibilidade de controle da decisão tanto pelas partes, uma decorrência lógica do contraditório, quanto pelo judiciário em grau de recurso. Não se pode olvidar que o juiz contemporâneo não é mero sujeito passivo a quem as partes se dirigem, possuindo, outrossim, deveres positivos, como por exemplo o de zelar pelo efetivo exercício do contraditório, como já dito acima.

Sobre esse, inclusive, tem-se para o presente caso que constitui outra nulidade, posto que desrespeitado de diversas maneiras. Ferido por trazer elemento de informação de um

⁸³³ Vide: DEZEM, Guilherme Madeira. *Op. Cit.*, 2016.

procedimento marcadamente inquisitorial, como o Inquérito Policial. Desafiado, por não permitir produção de provas voltadas a confrontar o material juntado aos autos. Desconsiderado, à medida que foi o único fundamento para decisão, quando no máximo poderia ter força corroborativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se de estudo de caso sobre ação de indenização proposta em face de médico psiquiatra que teria, em razão do exercício da profissão, levado paciente seu a cometer suicídio, por prescrição inadequada de medicação. O réu defendeu-se alegando a existência de Inquérito Policial onde consta Laudo Pericial do IML concluindo pela inexistência de erro médico. O magistrado julgou antecipadamente o mérito com base no referido laudo, negando produção de provas pela parte autora e decidindo pela improcedência do pedido. O TJSP manteve a decisão do juízo de origem, adotando inclusive seus fundamentos e decidindo pela inexistência de cerceamento de defesa.

O problema que se pôs foi no que diz respeito ao relatório, que da forma como foi elaborado acabou induzindo o Tribunal a manter a decisão, sem analisar, adequadamente, as matérias levantadas pela parte autora. Insta salientar, inclusive, que qualquer leitor é levado a crer que a mesma está em conformidade, mormente por não haver registro claro, objetivo e inequívoco de como se deu o empréstimo da prova emprestada do inquérito policial.

Feriram-se os princípios do contraditório e do devido processo legal

ao tomar-se emprestada prova produzida inquisitoriamente, sequer oportunizando-se a apresentação de quesitos, a indicação de assistente técnico e a oitiva - no juízo cível - do perito que elaborou o laudo na fase policial.

Para evitar inútil repetição e para cumprir o princípio da razoável duração do processo, a sentença foi confirmada por seus próprios fundamentos, os quais foram adotados como razão de decidir em segundo grau. Entretanto, do exame mais acurado do acórdão, em especial quanto ao constante de seu deficiente relatório, pode-se aferir que, contrariamente ao decidido, o conjunto probatório não foi diligentemente apreciado.

Igualmente, descuidou-se da importância do relatório para o exercício do efetivo direito ao contraditório, quer como função de controle interno para poder desafiar a decisão judicial quer como controle externo, para sua adequada compreensão e para demonstrar para a sociedade que o processo foi lido e que foram discutidos os pontos relevantes para o julgamento da demanda. Ainda, para servir de precedente ou de jurisprudência.

Ao não deixar clara a forma como foi tomada emprestada a prova, suprimiu-se ponto que seria passível de reforma, inclusive de ofício, e ser apreciada também pelas cortes superiores - por se tratar de matéria de direito e não de fato, como se poderia entender. Tudo isso, a criar obstáculos à prestação jurisdicional constitucional e legalmente devida, atropelada pela ânsia de encerramento do processo em tempo considerado razoável.

Deste modo, conclui-se que o empréstimo da prova, como ocorrido, é razão de nulidade do processo, quanto mais por ser a principal - se não a única - fundamentação para a improcedência da demanda. Na sequência, a deficiência do relatório oculta referida nulidade e ocasiona outra, a nulidade da sentença, tudo em afronta ao princípio do contraditório, mesmo que em desfavor da parte autora da ação, a quem pouco usualmente se diria ter tido seu direito cerceado.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 8, p. 42-53, 1999. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_aemerj_online/edicoes/revista08/Revista08_42.pdf. Acesso em: 01 dez. 2022.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais*, v. 14/2011, p. 315-342, Jan-Jun/2011. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 3, p. 515-542, Jun/2012.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.
- Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- . Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- . Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- CHAVES, Luciano Athayde; PAULA, Rachel Tavares. O novo regramento da prova emprestada no CPC/2015 e a necessidade de negociação processual para a sua utilização: como decide o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região? *Revista de Direito do Trabalho*, v. 191/2018, p. 175-202, Jul/2018.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. A legitimação pelo contraditório na realização da perícia: a necessidade de oportunizar a nomeação de assistente técnico. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro. v. 23, n. 2, p. 102-137, abr. a jun. 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_aemerj_online/edicoes/revista_v23_n2/revista_v23_n2_102.pdf. Acesso em: 01 dez. 2022.
- CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado - manifestação do contraditório. In: *Revista de Processo*. Ano 36. vol.

198. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. de 2016.
- COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, v. 277/2018, p. 197-233, Mar/2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4/1993, p. 60-69, Out-Dez/1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O relatório como elemento essencial da decisão judicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 16. v. 23. n. 1. Jan. a Abr. de 2022. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.59639>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59639/40601>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- RIBEIRO, Darcy Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, v. 232/2014, p. 13-35, Jun/2014.
- TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 dez. 2022.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível 1011818-28.2020.8.26.0002; Relator(a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021.

A (DES)NECESSÁRIA DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL: PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE OS PROJETOS DE LEI 4.257/19 E 6204/19 E ANÁLISES DE SUA CONSTITUCIONALIDADE⁸³⁴

THE (DES)NECESSARY DE-JUDICIALIZATION OF TAX ENFORCEMENT: LAW PROJECTS 4.257/19 AND 6204/19 IMPRESSIONS AND A ANALYSIS OF YOURS CONSTITUTIONALITY

Samuel Augusto Bianchini

Pós-graduado em direito civil e processual civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Dracena, São Paulo. E-mail: samuelbianchini1897@gmail.com

Lucas Pires Maciel

Doutor e mestre em Direito na UNIMAR – Universidade de Marília – São Paulo, Brasil. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL e pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado e Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente – São Paulo Brasil. Presidente Prudente, São Paulo. E-mail: lucas_jppm@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo teve como escopo estudar os projetos de lei existentes para a realização da desjudicialização das execuções no Brasil, com ênfase nas execuções fiscais. É cediço que as execuções fiscais têm se apresentado ineficazes no que diz respeito à satisfação dos créditos tributários por parte dos Fiscos. Alguns países têm adotado medidas para retirar parte ou a totalidade das medidas de execução do Poder Judiciário, repassando para órgãos administrativos, que teriam o fito de buscar e restringir os bens dos devedores. No Brasil existem algumas propostas que buscam a aplicação dessas políticas, objetivando uma melhor eficiência nos números de arrecadação nas execuções. Assim, buscou-se verificar se estas propostas

seriam adequadas para o modelo constitucional brasileiro, bem como para as execuções fiscais e os desdobramentos da criação deste instituto para os contribuintes brasileiros. Para elaboração do artigo utiliza-se o método dedutivo com pesquisas bibliográficas e análise das propostas legislativas existentes no Congresso Nacional brasileiro. A título de antecipação acerca da conclusão, queremos crer que não há qualquer inconstitucionalidade do projeto de lei em análise, sendo algumas alterações a serem introduzidas como úteis ao processo de execução no Brasil, o que podem diminuir a morosidade do processo brasileiro e, assim, ir ao encontro da desejada efetividade da execução e da razoável duração do processo. Finalmente, as experiências

⁸³⁴ Artigo recebido em 06/12/2022 e aprovado em 12/04/2023.

positivas do direito estrangeiro, com as devidas adaptações, podem trazer sucesso e ser proveitosa à execução desenhada no processo civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário; Execução Fiscal; Eficiência da Execução; Desjudicialização.

ABSTRACT: The purpose of this article was to study the existing bills to carry out the dejudicialization of executions in Brazil, with an emphasis on tax foreclosures. It is well known that tax executions have been ineffective with regard to the satisfaction of tax credits by the tax authorities. Some countries have adopted measures to withdraw part or all of the execution measures from the Judiciary, passing them on to administrative bodies, which would have the aim of seeking and restricting debtors' assets. In Brazil there are some proposals that seek to apply these policies, aiming at a better efficiency in the collection numbers in the executions. Thus, we sought to verify whether these proposals would be suitable for the Brazilian constitutional model, as well as for tax executions and the consequences of the creation of this institute for Brazilian taxpayers. For the elaboration of the article, the deductive method is used with bibliographic research and analysis of the existing legislative proposals in the Brazilian National Congress. By way of anticipation of the conclusion, we want

to believe that there is no unconstitutionality of the bill under analysis, with some changes to be introduced as useful to the execution process in Brazil, which may reduce the length of the Brazilian process and, thus, meet the desired effectiveness of the execution and the reasonable duration of the process. Finally, the positive experiences of foreign law, with the necessary adaptations, can bring success and be beneficial to the execution designed in the Brazilian civil procedure.

KEYWORDS: Tax Law; Tax Enforcement; Execution Efficiency; Dejudicialization.

INTRODUÇÃO

Já não é de hoje que se discute no Brasil sobre a eficiência da prestação jurisdicional, sobretudo naquilo que diz respeito exclusivamente ao Poder Judiciário. Não há como negar a crescente e constante sobrecarga que assola este Poder, sendo que é possível notar uma imensa carga de processos em tramitação, seja a título de processo de conhecimento, seja a título de processo de execução.

Muito disso se deve à complexidade das relações intersubjetivas existentes, mas não é só. Kazuo Watanabe⁸³⁵, um dos grandes estudiosos do tema Acesso à Justiça, afirma vivermos em uma “cultura da sentença”, em que há uma nítida

⁸³⁵ WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://prope.unesp.br/cic/admin/ver_resumo.p

[hp?area=100072&subarea=21725&congresso=34&CPF=33327261881](http://prope.unesp.br/cic/admin/ver_resumo.p?area=100072&subarea=21725&congresso=34&CPF=33327261881)>. Acesso em: 10 jun. 2021, p. 2.

inversão no caminho natural da solução de controvérsias, já que pouco ou não se busca a resolução de conflitos fora do Poder Judiciário, de maneira que se invoca o Estado-juiz para a grande maioria das situações cotidianas.

Apenas a título de exemplo, para mostrar que o problema da sobrecarga vem se formando ao longo do tempo, segundo o relatório do “Justiça em Números”⁸³⁶, disponibilizado pelo CNJ, mostrou-se que o número de demandas ajuizadas foi maior que o número de demandas que terminaram. Desta forma, em 2013, foram 28,3 milhões de novas ações, enquanto que 27,6 milhões foram encerradas. Em média, cada magistrado julgou 1.564 ações, o que evidencia a busca excessiva pelo Poder Judiciário.

Quando se fala em processo de Execução, a situação é ainda mais assombrosa, sendo que tais processos representam a maioria das demandas em curso no Brasil. Analisando, mais uma vez, o “Justiça em Números”, mas de 2020, observa-se que há 77 milhões de processos pendentes de resolução, de maneira que 55,8% deste montante diz respeito ao processo de execução. Com isso, é evidente que os juízes perdem muito tempo realizando atividades executivas que poderiam ser

realizadas fora do Poder Judiciário, aliviando a sobrecarga existente, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional.

Ainda falando sobre o “gargalo da execução”, o “Justiça em Números” de 2020, apresenta uma média de taxa de congestionamento de 82%, 80%, 73% e 88% nas justiças estadual, eleitoral, do trabalho e federal, respectivamente, sendo que a média do Poder Judiciário, em geral, é de 82%.

Quando se vê o tempo médio de tramitação dos processos pendentes na fase execução em 1º grau, é assustadora a demora, sendo uma média 6 anos e 9 meses na justiça estadual, 4 anos e 10 meses na justiça do trabalho e 7 anos e 8 meses na justiça federal. Sendo a média do Poder Judiciário de 6 anos e 9 meses.

Outro dado relevante a ser pontuado é custo médio de cada processo no Poder Judiciário, especialmente, quando se fala de execuções fiscais. Não é sem propósito que as demandas executivas do fisco federal devem ter o valor consolidado maior que R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)⁸³⁷.

Diante desse contexto jurídico-social formado, cada vez mais há discussões e propostas para uma

⁸³⁶ CNJ. *Justiça em números 2020 atualizado em 25-08-2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

⁸³⁷ Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos

com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Portaria do Ministério da Fazenda nº 75, de 22 de março de 2012*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37631>>. Acesso em 20 jul. 2021.

possível desjudicialização da execução, o que já é tendência no direito comparado, a exemplo de Alemanha, Suécia, Portugal, Itália e França, a título de exemplo, e, no Brasil, além de alguns indícios de desjudicialização da execução já existentes, vem se discutindo e há dois projetos de lei em tramitação sobre o tema, que são o PL 6204/19⁸³⁸ e o 4257/19⁸³⁹, ambos do Senado Federal.

1. A GARANTIA DO ACESSO À JURISDIÇÃO: UMA RELEITURA AO ART. 5, XXXV, DA CFRB/88

Como já afirmado alhures, a possibilidade da realização da execução extrajudicial é mais uma medida que visa efetivar o previsto no art.5, XXXV, da Constituição Federal. Fato é que este dispositivo constitucional menciona apenas “a lei não excluirá do Poder Judiciário”, o que não inibe a efetivação do acesso à Justiça por outros meios. Impende que se faça uma interpretação extensiva, buscando-se a não exclusão do Poder Jurisdicional, efetivando-se ao

máximo a garantia constitucional do Acesso à Justiça.

Analisando o aspecto histórico e social quando do advento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, razão assistia ao constituinte dizer apenas “Poder Judiciário”, pelo fato de que à época não havia possibilidade de solução extrajudicial ou ao menos havia relutância em aceitá-la, sendo certo que se houvesse uma nova Constituição nos dias presentes, certamente o constituinte utilizaria uma expressão mais abrangente. Tanto o é que quando do advento do novo Código de Processo Civil, no ano de 2015, com vigência em 2016, é possível observar que o art. 3º estabelece que “não se excluirá da apreciação jurisdicional”.

Por evidente que há que se superar algumas barreiras culturais e sociológicas arraigadas à cultura brasileira de se ver totalmente dependente do Poder Judiciário, judicializando o que é e o que não é necessário. Não por outro motivo, é assegurado o acesso qualificado⁸⁴⁰ à

⁸³⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6204, de 2019**. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nº a nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, e a nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁸³⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4257, de 2019*. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁸⁴⁰“O princípio do acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art.5º da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e, sim, uma acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário”. WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*. In: PELUSO, Ministro Antonio Cezar Peluso e RICHA, Morgana de Almeida.

ordem jurídica, para a correta tutela dos seus direitos e interesses afirmados.

Intrinsicamente ligada à problemática aqui debatida, há uma sempre presente e precursora obra, que é a trazida por Mauro Cappelletti e Brian Garth, sendo que estes autores, de forma visionária, buscaram a releitura do Acesso à Justiça, através das ondas renovatórias. Visando essa melhoria, esses autores propuseram a terceira onda, sobretudo pela solução extrajudicial. Afirmam os autores:

O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas [...]. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas da reforma, mas em tratá-las apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso⁸⁴¹.

Fato é que existe um dogma arraigado à nossa cultura e ao nosso ordenamento jurídico da exclusividade,

do monopólio do Poder Judiciário, o que é um tremendo equívoco, constituindo este o principal óbice para uma efetiva desjudicialização, seja no âmbito do conhecimento e, ainda mais, em sede executiva. Desta forma, em observância ao art. 3º do CPC, impende que se garanta o efetivo acesso à justiça, sendo este garantido, também pela atuação dos substitutos do Poder Judiciário, tal qual ocorre com a arbitragem.

Não por outra razão, o referido artigo da legislação processual, apesar de ter redação parecida com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não é exatamente igual a este. Em uma leitura mais desavisada do dispositivo, poder-se-ia afirmar que a previsão é exatamente a mesma, mas tal entendimento não merece prosperar. O dispositivo do CPC estabelece que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Podemos aventar duas inovações e uma conclusão.

De plano, houve substituição de “a lei”, por “não se excluirá”. A diferença é sutil, mas merece destaque, visto que alargou-se a amplitude de proteção, ou seja, não apenas a lei não poderá excluir, mas todo e qualquer ato normativo, como emenda à constituição ou até mesmo uma portaria, bem como atos de particulares não poderão excluir a apreciação jurisdicional. Em segundo lugar, houve alteração de “não excluirá do Poder Judiciário” para “apreciação jurisdicional”, isto é, rompeu-se, ao

Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 04.

⁸⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68.

menos formalmente, com o dogma intangível do monopólio do Poder Judiciário, reconhecendo-se, implicitamente, os equivalentes jurisdicionais, até mesmo porque os parágrafos do mesmo artigo dispõem sobre a arbitragem, solução consensual de conflitos, mediação e conciliação. Por derradeiro, a conclusão mencionada se dá no sentido de reforço de que não somente a lesão a direito não será excluída da apreciação jurisdicional, como também a ameaça, o que evidencia a preferência do sistema pela tutela preventiva em relação à tutela repressiva, o que, a rigor, não se trata de inovação, uma vez que o dispositivo constitucional já trazia disposição semelhante.

Diante disso, portanto, curial que se proceda à releitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que já foi feito pelo Código de Processo Civil vigente. O Direito é uma ciência social, e, por isso, deve acompanhar a evolução da sociedade e os seus reclamos. Certo é que não consegue evoluir com tamanha velocidade das transformações sociais, mas vem em boa hora esta possibilidade de alteração legislativa, obrigando-se que se dê uma interpretação contemporânea ao dispositivo acima citado.

Não há como negar a existência de outros equivalentes jurisdicionais⁸⁴², o que foram reconhecidos e incentivados sobremaneira pela legislação processual civil em vigor.

Permanecer no arcaico monopólio do Poder Judiciário é um retrocesso e, além do que, já não é algo tão inovador como se pensa. Como já ressaltado anteriormente, sob os influxos do Projeto de Florença, trazido por Mauro Cappelletti e Brian Garth, bem como quanto aos estudos feitos pelo professor Frank Sanders⁸⁴³ ao tratar dos tribunais multiportas, o acesso à justiça deve ser efetivado e cada vez mais ampliado, colocando-se à disposição do jurisdicionado caminhos que não só a única porta do Poder Judiciário para que resolva seus conflitos pela via que melhor lhe aprouver, ressaltando-se, em todo caso, a apreciação do Poder Judiciário quando devidamente provocado.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Atento ao que foi trabalhado no tópico anterior, precisamos nos debruçar especificamente se seria possível a realização da desjudicialização da execução fiscal além dos muros do Poder Judiciário e verificar se haveria eventual inconstitucionalidade nesta modalidade da execução. Até soaria estranho maiores divagações sobre o tema, mas ainda há vozes remanescentes em doutrina que pugnam pela inconstitucionalidade da execução desjudicializada e, até mesmo, a AMB

⁸⁴² Neste sentido, HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020, p. 91.

⁸⁴³ SANDER, Frank. Future of ADR. *In: Journal of Dispute Resolution*. Issue 1, Article 5. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2000.

(Associação dos Magistrados Brasileiros) endereçou ao Senado Federal nota técnica pugnando pelo não acolhimento da desjudicialização da execução, tendo em vista o fato de que os atos expropriatórios, supostamente, estariam acobertados pelo manto da cláusula de reserva de jurisdição, o que violaria o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Pugnando pela inconstitucionalidade, abalizada doutrina capitaneada por Hugo de Brito Machado⁸⁴⁴ e Sacha Calmon advogam neste sentido, sustentando, entre outros, que haveria suposta violação à Separação dos Poderes, que não haveria dualidade de jurisdição, havendo teórico monopólio da jurisdição estatal e o terceiro, e mais convincente, que não poderia a Fazenda Pública, enquanto parte, constituir unilateralmente crédito tributário e ainda assim realizar atos executivos.

De igual sorte, é o posicionamento de Sacha Calmon:

Primus – O que prevê o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. É impossível no Brasil o sistema francês de dualidade de jurisdição.

Secundus – O que prescreve a perda da propriedade, seja por desapropriação, seja pela tributação, somente após o devido processo legal judicial, obstando ao Estado-Administração expropriar e

*executar sem o concurso do Poder Judiciário; e Tertius – O que prescreve, tanto na esfera administrativa quando na judicial, o devido processo legal, com os meios e recursos a ele inerentes*⁸⁴⁵.

A despeito do brilhantismo da respeitada doutrina acima citada, não nos parece o melhor entendimento. Como já ressaltado no tópico anterior, não subsiste a unicidade da jurisdição concentrada no Poder Judiciário, de modo que são reconhecidos outros equivalentes jurisdicionais, como a arbitragem, conciliação e mediação, consoante disposto no art. 3º, do Código de Processo Civil. Defender o monopólio do Poder Judiciário é uma interpretação deturpada e isolada no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal. Impende que se faça interpretação sistemática e sociológica do dispositivo, permitindo-se, desta forma, que haja a desjudicialização da execução fiscal.

Apenas para que se possa dirimir quaisquer dúvidas, a Constituição Federal de 1988 nunca estabeleceu o monopólio do Poder Judiciário, isto é, não exerce a jurisdição com exclusividade, mas sim prioritariamente. A diferença é clara e esclarecedora. A título de exemplo, basta citar o art. 52, X, da Constituição Federal, que estatui a competência do Senado Federal para julgar Presidente e Vice-Presidente em sede de crimes de responsabilidade.

⁸⁴⁴ NEVES, Fernando Creso Queiroz. Execução Fiscal Extrajudicial – Necessidade Urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 293.

⁸⁴⁵ NEVES, Fernando Creso Queiroz. Execução Fiscal Extrajudicial – Necessidade Urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 293.

Outrossim, ao se permitir a execução fiscal pela via administrativa não restaria prejudicado o acesso ao Poder Judiciário, tal qual estabelece o art. 5º, XXXV, CF, restando ao jurisdicionado o acesso a esta via quando surgir eventual conflito⁸⁴⁶. Não se busca excluir o acesso ao Poder Judiciário, mas sim tornar mais amplo o acesso à Jurisdição⁸⁴⁷. Caso houvesse vedação ao acesso ao Poder Judiciário, certamente a norma padeceria de inegável inconstitucionalidade, o que não ocorre.

Em interessante artigo intitulado “Execução fiscal extrajudicial – necessidade urgente”, bem pontua Fernando Crespo Neves:

A previsão contida no art. 92, da Constituição da República, ao indicar os órgãos que compõe o Poder Judiciário e a existência da garantia à judicialidade plena (CF, art. 5º, XXXV), não significa que aos jurisdicionados seja vedado resolver suas pendências através de formas

alternativas de resolução de conflitos, previstas pelo próprio ordenamento, como os Conselhos de Contribuintes e Tribunais de Impostos e Taxas; Tribunais do Comércio Desportivos, de Contas e de Arbitragem; ou, ainda, através de mediação ou mesmo a composição amigável (autocomposição)⁸⁴⁸.

De mais a mais, não se apregoa um absolutismo aos atos praticados pelo agente de execução na condução da execução desjudicializada, a saber, os atos praticados pelo agente de execução estão sujeitos à revisão judicial, desde que provocado pelas partes, de tal maneira que não há violação ao acesso ao Poder Judiciário, não sendo retirado das partes tal possibilidade. Se assim o fosse, certamente a desjudicialização da execução padeceria de inconstitucionalidade. Ao ressaltar a apreciação judicial através das

⁸⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*/ Elias Marques de Medeiros Neto, Flávia Pereira Ribeiro – Curitiba: Juruá, 2020, p. 477/478.

⁸⁴⁷ Sobre a compatibilidade, bem esclarece Nathalia Lima Silva: Apesar de parecer que a cláusula de inafastabilidade é totalmente antagônica em relação ao movimento de desjudicialização, o que se pode verificar é uma verdadeira compatibilidade entre elas, ou melhor, as referidas cláusulas se complementam. Se o princípio do acesso à justiça significa que todos possuem o direito a um provimento célere, justo e seguro e o acesso à justiça não está sendo efetivo, então a

desjudicialização será a solução para a efetivação da justiça⁸⁴⁷. DA SILVA, Natália Lima. *A desjudicialização da lei de execução fiscal*. (Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro: EMERJ, 2019. P. 39. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_a_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/NataliaLimadaSilva.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸⁴⁸ NEVES, Fernando Crespo Queiroz. Execução Fiscal Extrajudicial – Necessidade Urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 297.

impugnações feitas pelas partes, respeitados estão o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e o art. 3º, do Código de Processo Civil, razão pela qual não se mostra crível defender possível inconstitucionalidade.

Com a desjudicialização, então, não haveria ofensa ao direito de o jurisdicionado invocar o Poder Judiciário caso queira e diante de eventual conflito, facultando-se tal possibilidade a ele. O que não poderia ser feito é a vedação ao acesso a tal Poder, tampouco a obrigação de submissão de seu direito ao Poder Judiciário, já que o próprio estado reconhece equivalentes jurisdicionais.

Ora, até mesmo uma das características do Poder Judiciário é a inércia, isto é, somente pode agir quando provocado, e ao se restringir a execução fiscal apenas a atuação do Estado-Juiz, estar-se-ia criando um dever de agir de ofício, criando, desta feita, atuação ativa daquele poder às avessas. Não por outro motivo, no tema 249, no RE 627.106/PR, decidiu-se pela constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial referendada no Decreto-Lei nº 70/1966⁸⁴⁹.

Outrossim, não é de se causar espanto a hipótese em debate, haja vista que a jurisprudência dos tribunais

superiores já vem reconhecendo hipóteses semelhantes, tal qual o tema 249, do STF, que julgou constitucional a execução extrajudicial das dívidas relativas ao Sistema Financeiro de Habitação, tal qual se depreende do RE 627.106, julgado com repercussão geral, bem como no tema 982, que diz respeito ao Sistema Financeiro Imobiliário, julgado, de igual forma, constitucional, como se vê no RE 860.631, também julgado com repercussão geral.

Aprofundando no decidido pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive, com repercussão geral, o tema 249 fixou a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”.

Restou consignado no voto do Min. Dias Toffoli, no RE 627.106/PR:

De há muito já se encontra pacificado, na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que as disposições constantes do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam de execução extrajudicial foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988,

⁸⁴⁹ “Além disso, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pelo procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, ora impugnados, uma vez que, como já dito anteriormente, a qualquer tempo a parte que se sentir lesada pode recorrer ao poder judiciário na defesa de

seus direitos, como ocorreu na presente hipótese, em que o juízo de origem inicialmente concedeu, em parte, a antecipação da tutela pleiteada pela ora recorrente e, apenas após exaustiva análise das alegações e provas constantes dos autos, inclusive prova pericial, proferiu julgamento de mérito afastando as irregularidades apontadas pela parte autora e reconhecendo a regularidade do procedimento impugnado”.

não padecendo, destarte, de nenhum vício a execução que assim seja levada a cabo pelo credor hipotecário. Tal decorre da constatação de que esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

Ademais, este entendimento não é único e isolado. O próprio STF, em outra oportunidade, já decidira sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966 no RE 223.075/DF⁸⁵⁰, sob relatoria do então Min. Ilmar Galvão.

Evidente que há certa resistência ao se permitir a execução fiscal de forma extrajudicial, pelo fato de que a atuação dos agentes fiscais padeceria de imparcialidade, mas tal crítica é abrandada pela garantia de acesso ao Poder Judiciário, desde que devidamente provocado, é claro.

2.1 VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

O processo como um todo é informado por alguns princípios, dos quais podemos destacar para este artigo o da razoável duração do processo, eficiência e, especialmente, no que toca à execução, o princípio da efetividade da execução.

Quanto ao princípio da razoável duração do processo que, aliás, é de quilate constitucional, podemos observar sua previsão constitucional no art. 5, LXXVIII, ou seja, trata-se de cláusula pétrea e no art. 4º, do CPC. Tais dispositivos estabelecem a obtenção em prazo razoável da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, isto é, a execução. Com as estatísticas trazidas pelo “Justiça em Números”, resta claro que os mandamentos legal e constitucional não estão sendo observados.

Veja, não se quer dizer que a solução deva ser rápida, pelo contrário, solução rápida e irreversível é temerária, não se coadunando com o Estado Democrático de Direito. A *lex major* e o CPC estabelecem duração razoável. Do que foi visto no relatório do “Justiça em Números”, uma execução demora a média de 4 anos e 9 meses, o que denota que não se tem a observância da razoável duração do processo.

Fredie Didier Junior afirmar que “processo devido é, pois, processo com duração razoável”⁸⁵¹, o que não vem ocorrendo.

⁸⁵⁰ EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual

ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido (Primeira Turma, DJ de 6/11/98).

⁸⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte*

Aliado ao que dissemos no parágrafo anterior, afirma que não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional⁸⁵².

Obtempere-se que deve haver um equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica⁸⁵³, não podendo o processo ser extremamente lento para assegurar a máxima segurança jurídica, como também não pode ser extremamente célere e não guardar o garantismo processual necessário, resguardando-se os direitos e garantias mínimas já tutelados.

Como norma principiológica que é, apenas aponta-se a um fim a ser atingido pela norma, sem que se defina as diretrizes de maneira hermética para sua concretização. Em sendo assim, há que se encontrar um “justo meio”, mas, da análise empírica feita pelo CNJ através do “Justiça em Números”, não resta dúvidas que há uma excessiva demora, o que não pode ocorrer, mas jamais pode-se buscar aviltar o devido processo legal e os direitos fundamentais processuais, tal qual contraditório e ampla defesa em nome de uma celeridade.

Atento à esta necessidade, o CPC de 2015 também trouxe previsão em sentido semelhante, consubstanciada no art. 4º, preconizando o direito de as partes obterem em “prazo razoável a

solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. A parte final do dispositivo merece destaque, pelo fato de que mais do que o acertamento da relação jurídica, a parte tem o desejo da efetivação do seu direito.

É sabido que há decisões judiciais que, por si sós, já são aptas para garantir a tutela jurisdicional pretendida, tal qual ocorre nas tutelas de cunho declaratório, mas, no mais das vezes, se exige a prática de atos concretos para a efetivação de seu direito. Mais do que a declaração judicial de que seu pedido é procedente, o maior anseio da parte é justamente o de obter ou reaver o bem da vida pretendido, a saber, quem reclama dívida não paga, deseja o pagamento, quem deseja a busca e apreensão de bem que é seu e está em poder de terceiro, deseja o bem da vida. Ou seja, a demora na prestação da atividade satisfativa vem inibindo o fim pretendido pela tutela jurisdicional, que é a satisfação da solução.

Defende Fredie Didier Junior:

O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste "na exigência de

geral e processo de conhecimento – 18 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 98.

⁸⁵² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 98.

⁸⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Civil, vol. Único*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 202-203.

*um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva*⁸⁵⁴.

Não é o processo, portanto, um fim em si mesmo. Melhor, não é o acertamento da relação jurídica o fim desejado pelo credor. Mais do que uma declaração, constituição, ou qualquer que seja o provimento pleiteado pelo processo de conhecimento, o que o exequente (autor da ação) realmente deseja é o bem da vida pleiteado, isto é, a efetivação da execução. Ora, de nada adiantaria o provimento de procedência por si só, de forma vazia, não haveria utilidade alguma, *exempli gratia*, em o juiz declarar que o réu deve quantia certa ao autor e este jamais receber a quantia que lhe é devida.

Diante do exposto, podemos concluir que a efetividade do processo está imbricada à noção de segurança jurídica, pelo fato de que o Estado deve assegurar meios para que a execução seja útil, eficaz e célere, tutelando, assim, os legítimos interesses do exequente, de tal sorte que somente assim serão resguardados os princípios da segurança jurídica, celeridade, efetividade e razoável duração do processo⁸⁵⁵.

Atento a isso, vê-se que a efetividade vem sendo sacrificada em

detrimento de medidas de duvidosa constitucionalidade ou ao menos de duvidosa legitimidade, que afirmam a falência da atividade executiva, tais quais vedações a ajuizamento de execuções de crédito de baixo valor. A título de exemplo, possível citar o art. 8º da Lei 12.514/2011, que proíbe às autarquias, através dos conselhos profissionais, executar dívidas cujo valor não ultrapasse quatro vezes o valor cobrado anualmente do inadimplente.

De igual sorte, de se observar o art. 20 da Lei 10.522/2002, que autoriza a suspensão da execução em relação aos débitos inferiores a R\$ 10.000,00. Ora, a quantia em comento é razoavelmente elevada se comparado à realidade econômica que vive o país. De certo que, individualmente considerado, o valor é insignificante, mas imagine-se quantas execuções que não chegam a este valor são suspensas e que poderiam chegar aos cofres públicos para melhor desenvolvimento do Estado.

3. O – POSSÍVEL – FUTURO DA EXECUÇÃO FISCAL: UMA BREVE ANÁLISE AOS PRINCIPAIS ASPECTOS DO PL 4257/19

Como já adiantado, acima, o tema desjudicialização da execução fiscal é buscado pelo PL 4.257/19, de autoria do Senador Antônio Anastasia. O projeto busca alterar a lei 6.830/80, possibilitando, com isso, a execução

processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1. 57. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 65-66.

⁸⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução* - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 65.

⁸⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito*

fiscal administrativa e a arbitragem tributária, sem, todavia, revogar qualquer dispositivo desta lei, apenas acrescentando alguns dispositivos, de modo que seu objetivo de alteração acaba sendo mais restrito a certas hipóteses definidas no mencionado projeto.

Ao que tudo indica, a *mens legis* do referido PL é reduzir, mas sem extinguir, logicamente, a participação judicial na execução fiscal. Da leitura do texto, se infere que a eventual análise judicial se dará de maneira *aposteriori*, caso seja imprescindível para assegurar a tutela de direito fundamental do cidadão. É o que se extrai da justificção⁸⁵⁶.

Sobre a desjudicialização à luz do PL 4.257, sustenta Erik Gramstrup:

*Trata-se de reduzir a necessidade de acesso direto ao Poder Judiciário e incentivar o acesso à justiça por outras vias, tanto por parte da entidade de direito público interessada na cobrança, como também pelo particular interessado em apresentar defesa perante ela*⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ A necessidade ou não de participação do Poder Judiciário deve ser refletida levando em conta se há necessidade de intervenção do juiz para proteger direitos fundamentais do cidadão. Ou seja, a legislação só deve prever o processamento de uma ação, se a intervenção do juiz for considerada imprescindível para garantir a proteção a um direito fundamental do cidadão.

⁸⁵⁷ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Desjudicialização do Processo de execução de dívida ativa: considerações gerais e reflexões sobre o projeto 4.257/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a*

No que toca à possibilidade de execução fiscal administrativa, o art. 41-A⁸⁵⁸, do PL 4.257/19 estabelece a possibilidade de execução fiscal administrativas nos casos ali delineados, constituindo elenco taxativo dos tributos que se autorizam a execução fiscal administrativa, o que acarreta, por consequência, que significativa parte da execução tributária restaria excluída da referida espécie de execução.

Sobre a notificação do sujeito passivo (executado), calha dizer que cabe ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos procedê-la, segundo disposto no §2º do art. 41-B, dispendo que será feito na forma do art. 246, do Código de Processo Civil, que, aliás, foi recentemente alterado pela Lei nº 14.195/2021. Não nos parece crível que o legislador tenha feito esta remissão legislativa para que a notificação seja feita de forma judicial, até porque seria altamente contraditório à lógica da desjudicialização, mas apenas que, segundo o artigo de lei, a citação deverá ser feita de forma eletrônica.

desjudicialização da execução civil. Curitiba: Juruá, 2020, p. 218.

⁸⁵⁸ Art. 41-A. Para proceder à cobrança da dívida ativa de tributos instituídos com fundamento nos arts. 145, III, 153, VI, 155, III, e 156, I, da Constituição Federal, além taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo, a Fazenda Pública pode optar pela execução extrajudicial, na forma dos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, observadas as regras específicas definidas nesta Lei.”

Da notificação ainda resulta a possibilidade de o devedor pagar o débito tributário em 30 dias, contados da notificação, do que consta no art. 41-C, cabendo ressaltar que além do débito, haverá acréscimo das despesas de cartório.

Já no que diz respeito à arbitragem tributária, resta disposto sobre os “embargos à penhora”, que seriam o meio pelo qual os embargos seriam julgados, se aprovado o projeto, dispondo, entre outros, sobre as garantias na arbitragem tributária, sobre o árbitro em si, isto é, quem pode ser, causas de exclusão ou impedimentos dos árbitros e as características dessa arbitragem.

Ainda quanto à arbitragem, esta estará à disposição do executado caso haja garantia da execução, seja por fiança bancária, seguro garantia ou depósito em dinheiro, bem como será facultada à Administração Pública nos casos especificados por lei – como nos casos de IPVA e IPTU, exemplificativamente - sendo que o procedimento de arbitragem terá início com a notificação administrativa do devedor (executado).

Sobre a possibilidade de arbitragem em sede de execuções fiscais, opinam José Henrique Mouta Araújo e Marcelo Veiga Franco:

Os casos em que a Administração Pública pode resolver os seus conflitos fora da instância judicial são

diversos como, v.g., mediante arbitragem (artigo 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996), Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (artigo 32 da Lei nº 13.140/2015 e artigo 174 do CPC) e processos administrativos disciplinares. Em nenhuma dessas hipóteses, há discussão atual acerca da compatibilidade constitucional. De igual maneira, não se vislumbra óbice constitucional que impeça o deslocamento da cobrança fiscal para a esfera administrativa. Ao fim e ao cabo, a prática de atos de execução fiscal na arena judicial e extrajudicial consiste em opção de política legislativa, e não propriamente em exigência da ordem constitucional⁸⁵⁹.

Não por acaso o PL 4.257/19 buscou inspiração no Decreto-Lei nº 70/1966, tanto que o menciona, expressamente, em seu corpo, bem como nas justificativas do projeto de lei, prevendo, até mesmo, que o procedimento previsto neste decreto será aplicado subsidiariamente quanto à execução fiscal extrajudicial, conforme se verifica da leitura do art. 41-A, que já foi mencionado acima, em nota de rodapé. Note-se bem, dissemos apenas procedimento. O detalhe parece irrelevante, mas não é, haja vista que a

⁸⁵⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. FRANCO, Marcelo Veiga. *A desjudicialização da execução fiscal: reflexões sobre o PL nº 4257/2019*. Conjur. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/araujo-franco-reflexoes-projeto-lei-42572019>>. Acesso em: 21 set. 2021.

causa de pedir exige reserva de jurisdição por lei complementar.

Cabe dizer que o âmbito de incidência a que busca o PL, pelo menos por sua interpretação gramatical, limita-se às hipóteses indicadas ao já mencionado art.41-A, ficando a possibilidade de execução administrativa restrita ao IPTU, ITR, IPVA, contribuições de melhoria e as “*taxas devidas em função da propriedade do usufruto ou da posse de bem imóvel*”.

Como dito, a intenção do legislador, neste projeto, é a preferência pela via extrajudicial ou administrativa da execução fiscal, mas, do que se extrai do art. 41-T, do PL, há ao menos três causas que tornariam a execução judicial, sendo que duas delas estão descritas no dispositivo, ou que seriam “*causa de rejudicialização*”⁸⁶⁰, como prefere Erik Gramstrup, a saber: i) consignação judicial do débito tributário, segundo disposto no art. 164, do CTN; ii) ação anulatória do ato declarativo da dívida e, por fim, iii) ação de nulidade da sentença arbitral, o que é uma questão lógica, já que o árbitro prolator da decisão ou um segundo árbitro não poderiam declarar a nulidade do provimento exarado.

Tamanha é a preferência pela execução extrajudicial, que o PL tem previsão no sentido de extinção das execuções em curso para substituição pela execução administrativa⁸⁶¹.

Digno de registro é o comentário realizado por Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que haveria certa resistência à desjudicialização da execução fiscal, decorrente de possíveis arbitrariedades cometidas pelos agentes fiscais, mas o autor afirma que “isso seria minimizado pela intervenção judicial, sempre que houvesse alguma questão jurídica a dirimir, ou sempre que algum ato do órgão executivo administrativo fosse impugnado”⁸⁶².

No que atine a quem pode ser o árbitro na arbitragem tributária, o art. 16-B⁸⁶³, do PL 4257/19, estabelece uma vedação – *rectius*, limitação – de atuação arbitral pautada em critério pessoal-temporal, isto é, a vedação se destina no sentido de vedar a atuação referente a mesma pessoa ou grupo dentro do lapso temporal de 1 ano.

A nosso visio, não há sentido neste impedimento, visto que não guarda relação com a pessoa do árbitro, mas sim com um aspecto temporal sem qualquer justificativa, o que aumentaria, significativamente, a necessidade de

⁸⁶⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Desjudicialização do Processo de execução de dívida ativa: considerações gerais e reflexões sobre o projeto 4.257/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 218.

⁸⁶¹ MARTINS, Kallyd da Silva. *Arbitragem tributária: um modelo eficiente na resolução de conflitos fiscais*. Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa IDP-SP. São Paulo: 2021, p. 82/83.

⁸⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 476.

⁸⁶³ “Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano.”

árbitros. Apenas estabelecendo um paralelo com o atual procedimento de execução fiscal, basta pensar em uma comarca que se tenha apenas uma Vara das Fazendas Públicas, o que, inexoravelmente, gerará a situação de um único juiz julgar milhares de execuções fiscais, que, inclusive, algumas ou várias delas podem dizer respeito ao mesmo sujeito passivo da relação tributária. Apesar da quantidade, não há qualquer impedimento circunstancial do juiz direito. Não vemos motivo no fator discriminatório em relação ao árbitro.

Ao árbitro, nos parece, que bastaria o preenchimento dos pressupostos para ser árbitro estabelecidos pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), bem como a não caracterização (requisito negativo) dos impedimentos e suspeição trazidos pela mesma lei. Criar novos impedimentos sem qualquer justificativa adequada, apenas inviabiliza ou torna mais dificultoso o procedimento de arbitragem tributária.

Neste sentido, também entende Kallyd Martins:

Em suma, a própria lei de arbitragem inclui em seu rol impedimentos do árbitro. Criar

mais um, sem qualquer sentido, na lei de execuções fiscais, é desarrazoado. Principalmente se considerarmos a extensão do território brasileiro, no qual tem-se estados desenvolvidos, com estruturas e abundância de profissionais com especialidade, e em outra ponta, estados com limitações estruturais e quantitativa, no que tange a profissionais qualificados⁸⁶⁴.

Ainda, quanto às características da arbitragem tributária, prevê o art. 16-C⁸⁶⁵, a publicidade do procedimento. Entendemos ser acertada a regra instituída pelo projeto legislativo.

Em se tratando de questões que envolvam a Administração Pública, imperioso que haja a regra pela publicidade dos atos, até mesmo para fins de controle e fiscalização. No mais, a previsão da regra da publicidade⁸⁶⁶ vai ao encontro ao que dispõe o art. 37, da CFRB/88, sendo um dos princípios regentes da Administração Pública da publicidade dos atos. De bom tom, portanto, a publicidade da arbitragem.

A doutrina aponta algumas possíveis vantagens⁸⁶⁷ com a possível

⁸⁶⁴ MARTINS, Kallyd da Silva. *Arbitragem tributária: um modelo eficiente na resolução de conflitos fiscais. Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa IDP-SP*. São Paulo: 2021, p. 87.

⁸⁶⁵ “Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.”

⁸⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34 ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 26/27.

⁸⁶⁷ Segundo Humberto Theodoro Júnior: “a) potencial aptidão do sistema para promover melhorias na execução, diante da possibilidade de especialização do agente executivo; e b) o trabalho do agente externo, sendo desvinculado do orçamento e do pessoal do Judiciário, acarretará progressiva redução de atos do processo executivo a cargo dos agentes internos do órgão jurisdicional, disponibilizando-lhes

desjudicialização. Concordamos com as vantagens que a eventual alteração legislativa pode trazer. Primeiramente, no que toca ao Acesso à Justiça, entendemos que este será potencializado. A uma porque haverá ampliação dos caminhos para a execução fiscal, haja vista que permanecerá a possibilidade da execução judicial e a esta se somará as hipóteses extrajudiciais. A duas, porque com a possível arbitragem, a rigor, haverá diminuição dos fluxos das execuções judiciais, o que, de certa forma, disponibilizará maior tempo e recursos para as atividades judiciais naquilo que for estritamente necessário e de maior complexidade.

Ademais, entendemos que pode haver incremento da efetividade da execução fiscal. Longe de querer colocar o Poder Judiciário pela ineficácia e demora da execução fiscal, mas com a desjudicialização, hipoteticamente, em razão da especialidade, melhores resultados poderão ser obtidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há alguns anos já é recorrente a discussão e o discurso unânime de uma alegada reforma tributária em senda material. Mas pouco ou nada se fala sobre reforma tributária processual. De todo o quadro apresentado pela pesquisa empírica do “Justiça em Números”, do CNJ, não há como dizer que a execução fiscal é efetiva. Pelo

contrário, além de pecar pela ausência de efetividade, a morosidade é assombrosa, o que leva às críticas ao atual procedimento de execução fiscal.

Não bastasse este cenário tormentoso de inefetividade e morosidade, os gastos excessivos com a execução fiscal assolam o Estado e não se tem o retorno necessário que seria, em tese, obtido com as execuções fiscais, o que potencializa o problema, haja vista que o valor despendido com a tramitação das execuções é manifestamente elevado.

Neste cenário, desponta o PL 4.257/19 como uma possível solução viável a esta problemática atual. Com a dita desjudicialização da execução fiscal tal qual delineado pelo projeto de lei, surgem alternativas tanto ao Estado, quanto ao jurisdicionado ao se abrir uma outra via para as execuções fiscais, sobretudo no que diz respeito à arbitragem.

O projeto de lei não é perfeito, longe disso, sendo passível de críticas em algumas áreas pontuais, mas, não é desprezível em sua totalidade.

Quanto à arbitragem tributária, como desenhado pelo projeto de lei, entendemos que ela se apresenta de maneira objetiva e previsível, seja para o Estado, seja para o particular (jurisdicionado), o que, conseqüentemente, gera certa segurança jurídica, ao não causar o indesejado “efeito surpresa” às partes ao não saberem o que pode acontecer

recursos e tempo para as funções cognitivas”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In*:

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 479.

no procedimento arbitral. Com isso, as chances de grave prejuízo seriam minimizadas, o que torna viável a realização da arbitragem.

Outrossim, entendemos que em momento algum o projeto de lei descuida de sua constitucionalidade. Como já dito alhures, não há uma exclusão peremptória e absoluta de acesso ao Poder Judiciário, o que violaria o art.5º, XXXV, CFRB/88. Seja pelas “*causas de rejudicialização*”, seja em eventual impugnação *aposteriori* dirigida ao Poder Judiciário, a inafastabilidade do Poder Jurisdicional (ou Poder Judiciário, como descrito na constituição) restam garantidos.

Não há, também, como deixar de lembrar de bons exemplos no direito comparado de países que optaram pela desjudicialização da execução e tiveram resultados significativamente positivos. A título de exemplo, pode-se citar França e Portugal. Bons exemplos devem ser levados em consideração e tomados como paradigma, com as devidas adaptações para seu funcionamento no Brasil. Se a experiência mostra que deu certo em outros Estados, também pode dar certo no Brasil.

Queremos crer, portanto, como viável a desjudicialização da execução fiscal como solução, ainda que parcial, à inefetividade da execução fiscal. Seja pela utilização como meio adequado de solução e conflito, pela inegável economia do Estado com as execuções fiscais, ampliação das vias de acesso à justiça ao jurisdicionado, o que culminaria, inevitavelmente, em queda da morosidade das execuções fiscais, nos parece que se levantam muito mais vantagens e aspectos positivos do que

desvantagens, aspectos negativos e pontos críticos, o que torna viável e passível de implementação a desjudicialização da execução fiscal.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. FRANCO, Marcelo Veiga. *A desjudicialização da execução fiscal: reflexões sobre o PL nº 4257/2019*. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/araujo-franco-reflexoes-projeto-lei-42572019>>. Acesso em: 21 set. 2021.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Portaria do Ministério da Fazenda nº 75, de 22 de março de 2012*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37631>>. Acesso em 20 jul. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 6204, de 2019*. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nº a nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, e a nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4257, de 2019*. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal

- administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que específica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34 ed. – São Paulo: Atlas, 2020
- CNJ. *Justiça em números 2020 atualizado em 25-08-2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- DA SILVA, Natália Lima. *A desjudicialização da lei de execução fiscal*. (Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro: EMERJ, 2019. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/NataliaLimadaSilva.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Desjudicialização do Processo de execução de dívida ativa: considerações gerais e reflexões sobre o projeto 4.257/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020.
- HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia* / Flávia Pereira Hill. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020.
- MARTINS, Kallyd da Silva. *Arbitragem tributária: um modelo eficiente na resolução de conflitos fiscais*. Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa IDP-SP. São Paulo: 2021.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Civil, vol. Único*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- NEVES, Fernando Creso Queiroz. Execução Fiscal Extrajudicial – Necessidade Urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. In: *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020.
- SANDER, Frank. Future of ADR. In: *Journal of Dispute Resolution*. Issue 1, Article 5. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e

portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In:* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1*. 57. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*. *In:*

PELUSO, Ministro Antonio Cezar Peluso e RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://prope.unesp.br/cic/admin/ver_resumo.php?area=100072&subarea=21725&congresso=34&CPF=33327261881>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ENFOQUE SISTÊMICO DE LA JUSTICIA CIVIL DESDE EL DERECHO PROCESAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS⁸⁶⁸

ABORDAGEM SISTÊMICA DA JUSTIÇA CIVIL A PARTIR DO DIREITO PROCESSUAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Santiago Pereira Campos

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Derecho Procesal y Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). @SantiagoPCampos spereira@rap.com.uy

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan los elementos que componen el sistema de Justicia Civil y el modo en que estos interactúan, así como los vínculos entre el Derecho Procesal y las políticas públicas de justicia en el contexto de los procesos de reforma y otras formas de fortalecimiento de la Justicia Civil. El concepto de sistema es un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común. Se vuelve esencial considerar que no solo al Poder Judicial comprende el sistema de justicia. También son todas aquellas entidades o mecanismos en cuyo seno las personas pueden encontrar una solución a sus conflictos o problemas de relevancia jurídica. En esta implementación, la justicia debe concretizar la garantía de los derechos establecidos en normas nacionales e internacionales. Por eso, por ejemplo, dado que los recursos públicos son escasos, debe priorizarse la realización de determinados objetivos y planear de manera adecuada su implementación. En esta tarea, deben responder a la

pregunta de cuáles son los medios empleados y los resultados obtenidos en la ejecución de la función pública. Y, en las complejidades de lograr la justicia, la cuestión de la justicia gratuita se convierte en una consideración relevante, planteando la pregunta de si debe ser gratuita, o debe permitir cobros que la financien y desestimulen su uso indebido. En el mismo contexto, surgen preguntas sobre cómo proporcionar la mayor cantidad de respuestas posibles al menor costo. Naturalmente, el análisis de la “desjudicialización” forma parte del estudio del proceso de reforma a la justicia civil, conduciendo a incentivos para la adopción de la mediación y el arbitraje cuando sean idóneas como vías para lograr superar la congestión de la justicia. En esta reflexión, también buscamos comprender cómo los asuntos constitucionales fundamentales podrían ser resueltos mediante un diálogo institucionalizado que debe involucrar a las distintas ramas del

⁸⁶⁸ Artigo recebido em 04/10/2024 e aprovado em 20/11/2024.

poder, tanto como a la propia ciudadanía.

PALABRAS CLAVES: Justicia Civil; Reforma a la Justicia; Iberoamérica; Políticas Públicas; Derecho Procesal.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar os elementos que compõem as interações da Justiça Civil, bem como as relações entre o Direito Processual e as políticas públicas sobre justiça no contexto de dos processos de reformas e outras formas de fortalecimento da Justiça Civil. O conceito de sistema pode ser compreendido como um conjunto de elementos que se interrelacionam com um objetivo comum. Volta-se a compreender que não somente o Poder Judiciário integra o sistema de justiça. Isso porque, também envolve entidades e mecanismos nos quais as pessoas podem encontrar soluções para os seus conflitos ou problemas de relevância jurídica. Nessa implementação, a justiça deve concretizar a garantia dos direitos estabelecidos nas normas nacionais e internacionais. Portanto, por exemplo, dado que os recursos públicos são escassos, a realização de determinados objetivos deve priorizar o seu planejamento adequado. E, nessa tarefa, devem responder à questão de quais são os meios utilizados e os resultados obtidos no desempenho da função pública. E, nas complexidades de se alcançar a justiça, a questão da gratuidade de justiça se torna questão

relevante, na medida em que se indaga se deve ser gratuita ou se deve impor encargos que financiem e desencorajem a sua utilização indevida. No mesmo contexto, surgem questões sobre como fornecer o maior número de respostas possíveis com o menor custo. Naturalmente, a análise da “desjudicialização” forma parte do processo de reforma da justiça civil e conduz a incentivos à adoção da mediação e da arbitragem como formas de ultrapassar o congestionamento da justiça. Nessa reflexão, procura-se também compreender como questões constitucionais fundamentais poderiam ser resolvidas através do diálogo institucionalizado que deve envolver os diferentes poderes, bem como os próprios cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Civil; Reforma da Justiça; Iberoamérica; Políticas Públicas; Direito Processual.

CONSIDERACIONES INICIALES:
ENFOQUE SISTÉMICO,
MULTIDISCIPLINARIO E INTEGRAL DE
LA JUSTICIA CIVIL

Desde hace algunos años, se viene insistiendo de modo creciente en la necesidad de que, al estudiar la justicia civil y al diseñar e implementar una intervención pública en el sistema de justicia, se lo haga con un enfoque sistémico e integral⁸⁶⁹, considerando las

⁸⁶⁹ A estas cuestiones nos hemos referido en anteriores trabajos que constituyen antecedentes de este. Por ejemplo: PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO BURBANO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma

a la justicia civil en América Latina y el Caribe” en PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011, ps. 33 a 34; PEREIRA CAMPOS, S., “Reforma a la Justicia no Penal:

complejidades e interrelaciones entre todos los componentes del sistema. Este enfoque integral es un fenómeno relativamente novedoso en las discusiones sobre reforma al sistema de justicia en los países iberoamericanos. La dañina tendencia a establecer meramente códigos procesales y confiar en que las estructuras que conforman el sistema de justicia se limitan a aplicar la ley, sin prestar demasiada atención a las prácticas de la abogacía y de la judicatura, ni a las estructuras burocráticas que sirven de apoyo a la actividad jurisdiccional, ni al rol de las personas usuarias de la justicia, fue la tendencia claramente predominante en América Latina desde el propio movimiento independentista. Fue recién con el restablecimiento de los gobiernos democráticos a partir de mediados de la década del 80 del siglo pasado, que empezaron tímidamente a producirse los primeros cambios en el enfoque, a partir de la constatación de que las meras reformas legislativas no produjeron avances significativos en la forma en que el sistema de justicia resuelve los conflictos ⁸⁷⁰. Este movimiento integrador fue paulatinamente creciendo y hoy es imposible plantear seriamente el estudio de un tema relevante de la justicia civil o el diseño e

implementación de una reforma, sin atender a la perspectiva sistémica. El enfoque sistémico u holístico requiere comprender el concepto de sistema: un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común. Las propiedades esenciales del sistema son propiedades del todo y no la suma aritmética de sus partes, pues son patrones de una red inseparable de relaciones. Dichas propiedades surgen de las interacciones y las relaciones entre los distintos elementos, y se afectan o destruyen cuando el sistema es fraccionado o desarmado y sus componentes son aislados funcional o analíticamente.

En todo proceso de estudio, reforma y/o fortalecimiento de la justicia civil, el enfoque sistémico significa que no pueden tratarse de manera aislada los componentes del entramado, sino que se requiere observar los pilares esenciales del sistema de justicia como organización, a través de un enfoque contextual distinto al meramente analítico.

Desde esa perspectiva, es esencial considerar que el sistema de justicia comprende no solo al Poder Judicial, sino también a todas aquellas entidades o mecanismos en cuyo seno las personas pueden encontrar una solución a sus conflictos o problemas de relevancia jurídica.

Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica”, libro de las *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Panamá, 2014; “Justice Systems in Latin America: the challenge of civil procedure reforms in Latin America”, *Legal Information Management (LIM)*, Volume 15, Issue 2, June

2015, pp. 95 – 99; “Las reformas del Sistema de Justicia en Uruguay como política de Estado”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.

⁸⁷⁰ Ver OTEIZA, E., “América Latina, Cultura y Proceso Civil”, *Revista de Processo*, Año 39, vol. 227, San Pablo, 2014.

Como señala Cadiet⁸⁷¹, incluso la propia institución judicial debe ser considerada como un sistema global cuyos elementos son solidarios, trátase de aspectos de organización o de aspectos de procedimiento, de modos de resolución jurisdiccionales de controversias o de otro tipo de modalidades de solución amistosa. Debe someterse la justicia a un análisis de tipo sistémico que permita una mejora de conjunto de la administración de justicia. Es necesario que la institución judicial sea pensada, más que como una universalidad de hecho yuxtaponiendo (apilando) jurisdicciones autónomas las unas de las otras, como un sistema global.

En el sistema de justicia, todos los elementos se solapan entre sí, de modo que actuar sobre un elemento puede afectar a otras partes del sistema. En este sistema global, el procedimiento de toma de decisiones debe tenerse en cuenta en su totalidad y en su complejidad, más allá de los procesos jurisdiccionales. Este análisis sistémico debe ser central para la definición e implementación de políticas públicas de justicia.

Por ello, la necesidad de que el abordaje de los problemas y desafíos del sistema de justicia civil sea multidisciplinario, requiriendo el trabajo en conjunto de personas e instituciones de distintas especialidades para lograr los objetivos de política pública buscados. Los problemas de la justicia deben dejar de

ser problemas solo de la judicatura y la abogacía para ser problemas de la sociedad toda, que necesita encontrar las soluciones con el trabajo conjunto y mancomunado desde diversas áreas del conocimiento y desde diversas perspectivas. Expertos en gestión, tecnología, administración, políticas públicas, sociología, psicología social, evaluación y seguimiento de proyectos, entre otros, deben intervenir con representantes de los tres poderes del Estado, con representantes de la abogacía y de la judicatura, escuchando también las voces de la sociedad civil, para enfrentar los problemas de la justicia.

La perspectiva integral y sistémica del estudio y de la reforma a la justicia civil puede y debe mantenerse, aun cuando las reformas sean concretadas e implementadas, en la práctica, a partir de políticas públicas sectoriales concentradas en áreas específicas (por ejemplo: el área laboral, de familia, comercial, entre otras; o el área de gestión de despachos; o de algunos medios de resolución de controversias en particular; o de incorporación de tecnología; etc.).

Esta perspectiva requiere atender a tres dimensiones⁸⁷²:

a) Dimensión vertical: alude a la necesidad de tener en cuenta todos los elementos constitutivos del sistema de justicia civil: diseño institucional, organización, normas procesales, prácticas de gestión, recursos humanos,

⁸⁷¹ CADIET, L., “La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías”, *Civil Procedure Review*, v.4, n.3, sep-dic., 2013 pp. 42 y 43.

⁸⁷² Se sigue en este punto, con algunos ajustes, lo que hemos expuesto en PEREIRA CAMPOS, S.;

VILLADIEGO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe” cit., pp. 34-35.

entre otras. Varias reformas parciales han fracasado por ignorar algunos de estos elementos y centrarse solamente, por ejemplo, en las reformas a las leyes procesales.

b) Dimensión horizontal: indica que todo cambio, aunque sea parcial en un sector de la justicia civil, debe ser armonioso con el resto del sistema. Obedece a la conveniencia de no contrariar la unificación procesal, mantener economías de escala a nivel organizacional y tecnologías de información y comunicación adecuadas.

c) Dimensión integral en materia territorial: aunque sea de manera gradual y paulatina, las ventajas de la reforma o fortalecimiento de la justicia civil deben extenderse a todas las regiones y habitantes del país en que se implementa.

Toda reforma o intervención de fortalecimiento del sistema de justicia civil debe asumirse como una respuesta a múltiples necesidades de la población, encaminada a efectivizar acuerdos entre personas, hacer cumplir las leyes, garantizar los derechos humanos, defender intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad, resolver conflictos donde las partes se encuentran en condiciones de igualdad y aquellos en los que por asimetría una de ellas se

encuentra en situación de subordinación, indefensión o abuso de posición dominante, entre otras.

En esta tarea, resulta esencial incorporar las lecciones aprendidas de otras reformas efectuadas con anterioridad, incluyendo las del área penal ⁸⁷³. Estas experiencias han demostrado que la efectividad del proceso de cambio requiere un enfoque sistémico e integral, que incluya además de nuevas regulaciones jurídicas, considerar los otros elementos del sistema y un proceso de implementación, seguimiento y evaluación basado en decisiones concretas que consideren precisamente las lecciones aprendidas de experiencias anteriores en el país y en el exterior.

1. EL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL CON ENFOQUE DE POLÍTICA PÚBLICA

1.1. POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUSTICIA

Otra razón para un enfoque sistémico, complejo e integral de la justicia civil, así como de las reformas o acciones que buscan su fortalecimiento, es que las medidas que se adopten, en definitiva, son manifestaciones de políticas públicas ⁸⁷⁴. Esas políticas públicas se instrumentan a través de

tecnologías, lo hecho en el área penal es de vital importancia para no repetir en las reformas civiles los errores cometidos y optimizar los logros.

⁸⁷⁴ VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, en PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de

⁸⁷³ Recordemos que, en Iberoamérica, salvo casos excepcionales, las reformas a la justicia penal se realizaron bastante antes que las reformas a la justicia civil y, por ende, la experiencia en la reforma procesal penal es de vital importancia para realizar las reformas de la justicia civil (en sentido amplio). En tema claves como oralidad, litigación, gestión, organización y

herramientas concretas, para garantizar principios jurídicos y componentes sustantivos, procesales y de gestión e información.

Las políticas públicas son definidas desde la Ciencia Política como cursos de acción tendientes a la solución de problemas públicos ocasionados por múltiples factores que afectan a grupos sociales específicos o a la sociedad toda en un país, donde intervienen diversos actores, tanto sociales como políticos, en medio de relaciones de poder. Básicamente, entonces, la política pública está referida a procesos, decisiones y resultados. De esta forma, toda política pública apunta a la resolución de un problema público que suele estar reconocido como tal en la agenda pública. Así, el sistema estatal brinda una respuesta, materializada en una política pública, a una situación de la realidad social⁸⁷⁵.

Las políticas públicas⁸⁷⁶ tienen como objetivo desarrollar de manera específica disposiciones normativas que rigen el accionar de entidades estatales, e impactan en la vida de las personas. Deben responder a la pregunta de cuáles son los medios empleados y los resultados obtenidos en la ejecución de la función pública.

Una perspectiva de política pública es imprescindible en el desarrollo de la función pública, y la administración de justicia no es la

excepción. En efecto, la justicia debe concretizar la garantía de los derechos establecidos en normas nacionales e internacionales, por lo cual, requiere establecer metas, objetivos y resultados, asignar presupuesto para alcanzar dichos objetivos, e instituir mecanismos de control y seguimiento a las políticas diseñadas. Igualmente, dado que los recursos públicos son escasos, debe priorizarse la realización de determinados objetivos y planear de manera adecuada su implementación.

La necesidad de reformar el sistema de justicia o de fortalecerlo de cualquier otra forma, pasa por identificar uno o varios problemas públicos vinculados con la deficiente administración de justicia (defectos del sistema político, defectos legales, falta de controles judiciales internos y externos al sistema, interrelaciones perniciosas entre los eslabones del sistema, factores económicos, entre otros). Los problemas públicos requieren de una respuesta del Estado; es decir, la elaboración de una política pública. No son asuntos que puedan ser resueltos con un cambio en una norma, tan específico que se pierda de vista toda la problemática involucrada, ni con una declaración de principios tan general que no pueda ser implementada ni cree conciencia en la población. Se requiere de una política pública estatal; es decir, de un Estado en movimiento cuyas acciones no se limiten a aprobar

Montevideo, Montevideo, 2011, pp. 138 y siguientes.

⁸⁷⁵ VARGAS GUEVARA, E. y MONGE MORALES, G., “La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto?”, *Revista Eurolatinoamericana*

de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, enero/junio 2019, p. 21.

⁸⁷⁶ PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe” cit., pp. 41-42.

normas, sino también a capacitar, concientizar y evaluar sus propias políticas⁸⁷⁷.

Como señala Vargas⁸⁷⁸, una de las primeras lecciones que tenemos que rescatar de los procesos de reforma emprendidos en Iberoamérica es que la justicia va más allá y es mucho más compleja que los procedimientos que aplica para resolver los conflictos que llegan a su conocimiento. Tras el establecimiento de un sistema de justicia hay –o debiera haber– un conjunto complejo de objetivos de política pública de alta importancia social, los que lamentablemente muchas veces no están del todo claros y en otras simplemente no se explicitan, con lo que se corre el riesgo de que se olviden.

El concepto de sistema de justicia busca poner de manifiesto que están en juego un conjunto de arreglos institucionales que exceden al Poder Judicial y a los procedimientos utilizados, por muy relevante que ambos sean.

Desde el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)⁸⁷⁹, siempre se ha señalado, como lo hace

Arellano⁸⁸⁰, que un rasgo característico del organismo es pensar y abordar los procesos de reforma a la justicia desde una visión de política pública holística e integral. Es decir, asumir que los cambios no se reducen a modificaciones normativas, orgánicas o materiales, sino que exigen transformaciones radicales en la concepción del ejercicio del poder, los procesos de trabajo y las prácticas que definen la identidad institucional-cultural.

Indica Oteiza⁸⁸¹ que, al desarrollar un proceso de reforma, los Estados enfrentan opciones sobre cómo desactivar las barreras que limitan el acceso a la justicia teniendo en cuenta la vulnerabilidad de diversos sectores sociales, establecer mecanismos que resulten aceptables para asegurar la independencia al seleccionar y, en su caso, responsabilizar a los jueces, constituir tribunales de acuerdo con una determinada carga de trabajo y cercanos territorialmente con las personas usuarias del servicio, fijar reglas sobre recusaciones y excusaciones (abstenciones) como garantía de imparcialidad, brindar poderes al órgano

⁸⁷⁷ VARGAS GUEVARA, E. y MONGE MORALES, G., “La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto?”, cit., p. 25.

⁸⁷⁸ VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, cit., p. 138.

⁸⁷⁹ El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional del sistema interamericano, creado en 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con autonomía técnica y operativa, que tiene como misión apoyar los procesos de reforma y modernización

de los sistemas de justicia en las Américas. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la OEA.

⁸⁸⁰ ARELLANO, J., “Presentación”, en ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, CEJA, Chile, 2020, pp. 9 y 10.

⁸⁸¹ OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional” en OTEIZA, E., (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, cit., pp. 49 y 50.

judicial para la conducción de los casos a decidir y para fijar una agenda que permita llevar adelante los pasos que requiere una efectiva contradicción, lograr la intermediación del juez con las partes y una cuota de oralidad adecuada, contar con aceptables estructuras burocráticas, edilicias y tecnológicas encargadas de dar soporte a la actividad judicial, dotar de transparencia al servicio, regular acertadamente la amplitud del debate en cada uno de los tipos de procesos, diferenciando conflictos y regulando vías diversas según la materia a tratar, brindar un espacio para que las partes acuerden una solución amistosa, reducir la duración de los juicios, acertar sobre el grado de formalidad exigida, regular las impugnaciones desalentando las que resulten innecesarias, sin lesionar el derecho a una razonable revisión, dotar al ordenamiento de mecanismos eficientes para ejecutar las decisiones, establecer incentivos y desincentivos para mejorar el acceso, reducir gastos innecesarios, exigir que los pronunciamientos exhiban aceptables niveles de fundamentación y establecer pautas para darle tanto previsibilidad como flexibilidad a la jurisprudencia de los tribunales. Concluye Oteiza ⁸⁸² : *“Esas metas o dilemas de política pública constituyen parte del difícil entramado de dilemas que los Estados deben decidir al dar forma a un proyecto sobre la justicia civil”*.

⁸⁸² OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional” cit., pp. 49 y 50.

El sistema de administración de justicia es parte muy importante de la institucionalidad política y jurídica del Estado, siendo su nivel de autonomía, eficiencia y prestigio social un importante "termómetro" para medir el grado de desarrollo y solidez de las instituciones democráticas alcanzado en una sociedad. Así, el descrédito de un sistema judicial puede ser el correlato histórico de procesos políticos caracterizados por el autoritarismo o la injerencia de los gobiernos de turno, así como por la incapacidad de sistema orgánico jurisdiccional para hacer prevalecer la supremacía constitucional, su autonomía funcional y la vigencia del Estado Constitucional de Derecho⁸⁸³.

1.2. OBJETIVOS, FINES Y FUNCIONES DE LA JUSTICIA CIVIL: ENTRE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Para el estudio de la justicia civil y el diseño de las posibles reformas a diseñar e implementar, es relevante definir cuáles son los objetivos esenciales que le atribuimos a un sistema de justicia civil. No me refiero aquí a los objetivos específicos que se buscan con las reformas o intervenciones públicas, sino al o los propósitos esenciales del sistema de justicia civil.

⁸⁸³ VARGAS GUEVARA, E. y MONGE MORALES, G., “La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto?”, cit., pp. 24 y 25.

Como indica Peña ⁸⁸⁴, las concepciones contemporáneas sobre los objetivos de la justicia civil pueden explicarse o comprenderse correctamente si se parte de dos afirmaciones iniciales de carácter general:

a) los objetivos de la justicia se encuentran entre la resolución de los conflictos y la implementación de políticas públicas y,

b) la justicia civil, además de objetivos jurídicos, tiene también objetivos sociales y políticos⁸⁸⁵.

Los objetivos de la justicia civil suelen presentarse como una continua tensión entre, por un lado, la resolución de conflictos individuales y, por otro, la implementación de políticas, objetivos o funciones públicas⁸⁸⁶. Pero, en realidad, al menos con enfoque pragmático, la cuestión pueda verse más como la necesaria búsqueda de un balance entre ambos objetivos. En efecto, no existen sistemas puros pues estos objetivos suelen concurrir conjuntamente.

Por un lado, ningún sistema reconoce como objetivo la sola resolución de conflictos sin considerar o prescindiendo de objetivos públicos⁸⁸⁷; pero, al mismo tiempo, ningún sistema prescinde completamente de la resolución de conflictos. Sin embargo, la importancia relativa de cada uno de ellos es contingente pues puede variar con el tiempo y puede variar en cada sociedad. La gran diferencia entre los diversos países está en el énfasis atribuido a cada objetivo y en la forma en que logran alcanzar este equilibrio. En consecuencia, concluye Peña ⁸⁸⁸ con acierto, actualmente la discusión no consiste en elegir entre uno y otro objetivo sino lograr un adecuado balance entre ambos⁸⁸⁹.

Con un enfoque similar, se ha señalado desde CEJA ⁸⁹⁰ que sería completamente errado suponer que el sistema de justicia civil solo pueda tener un único objetivo como principio rector de su funcionamiento. Dentro del paradigma tradicional de la función del sistema de justicia, se encuentra el

⁸⁸⁴ PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad del procedimiento civil - Una reconstrucción teórica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 117-118.

⁸⁸⁵ Ver UZELAC, A., "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC, A. (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, lus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 6 y siguientes.

⁸⁸⁶ PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad del procedimiento civil - Una reconstrucción teórica*, cit., pp. 117-120. Ver DAMASKA, M., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 125 y ss.

⁸⁸⁷ Ver TARUFFO, M., "La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", en ANDRÉS

IBÁÑEZ, P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 136.

⁸⁸⁸ PEÑA ADASME, Andrés, *La flexibilidad del procedimiento civil - Una reconstrucción teórica*, cit., p. 119.

⁸⁸⁹ Se señala desde CEJA al estudiar los últimos códigos procesales civiles que ninguno de los modelos tradicionalmente estudiados ha sido consagrado en los códigos, ni siquiera en cuanto a una tendencia general (ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., p. 35).

⁸⁹⁰ ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., pp. 141 y 142.

objetivo de aplicar las normas jurídicas a las situaciones fácticas que sean puestas en conocimiento de la autoridad judicial. A este objetivo tradicional se le añade otro fundamental y complementario que se ha reconocido en mayor o menor medida en los regímenes procesales: el sistema de justicia debe gestionar y solucionar los conflictos que son puestos en su conocimiento. Ambos objetivos no deben configurarse como excluyentes sino como complementarios. Lo central de un sistema judicial es la resolución de conflictos y la protección de derechos.

1.3. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA EN LAS REFORMAS A LA JUSTICIA CIVIL IBEROAMERICANAS

Concretamente en Iberoamérica, constituyen manifestaciones de los objetivos de política pública, los siguientes propósitos expuestos en las reformas de la Justicia Civil:

- a) Ampliar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables.
- b) Cobertura territorial más amplia del sistema de justicia.
- c) Fortalecer el debido proceso legal desarrollando estructuras procesales con intermediación.
- d) Lograr una respuesta del sistema en tiempos razonables de resolución (duración razonable en la resolución del conflicto).

e) Obtener soluciones a los conflictos con estándares razonables de justicia y/o aceptación libre e informada de las personas usuarias del sistema.

f) Propender a la seguridad jurídica e impulsar el funcionamiento del sistema económico y la inversión.

g) Propender a una jurisprudencia más estable.

h) Uso eficiente de los recursos públicos y gestión adecuada.

i) Desburocratización.

j) Transparencia del sistema de justicia.

Muchos de estos objetivos son complementarios o incluso quedan comprendidos en otros, pero han sido los que con más frecuencia suelen explicitarse en los procesos de reforma⁸⁹¹.

En la búsqueda de estos objetivos, deben establecerse entramados institucionales de participación política en los que los sectores de menores recursos vean representados sus intereses para lograr que se conviertan en beneficiarios y propulsores de los procesos de generación y gestión de la riqueza de los que se han visto relegados hasta el momento.

Por todo ello, cualquiera sea el alcance de propuesta de reforma a la justicia civil, o las acciones de fortalecimiento de la misma, es indudable que deben tener un enfoque sistémico, multidisciplinario e integral,

⁸⁹¹ Ello surge, por ejemplo, de los diagnósticos realizados en forma previa a las reformas y de la exposición de motivos de las leyes que regulan las reformas. A modo de ejemplo, ver ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales*

civiles en América Latina, cit., pp. 19 y 20 y JALKH, G., *La transformación de la Justicia en el Ecuador – Una realidad medible*, Consejo de la Judicatura, Quito, Ecuador, 2017, pp. 13 y siguientes.

pero también debe contemplar un diagnóstico, diseño, implementación y seguimiento con perspectiva de política pública. Debe definir las variadas formas de soluciones posibles desde el Estado, articulando las diversas herramientas de prevención y resolución de conflictos.

El sistema de justicia, desde esta perspectiva integral, consiste también en un conjunto de mecanismos de gestión de la conflictividad que adecuadamente coordinados y vinculados entre sí, permiten resolver los conflictos jurídicamente relevantes y proteger los derechos de las personas. Se articula una amplia oferta de mecanismos que van más allá del tradicional proceso judicial⁸⁹².

En definitiva, las reformas o las intervenciones públicas en el sistema de justicia deben responder a un conjunto de objetivos sociales o de políticas públicas. Cualquier transformación de la justicia civil debe enfocarse como un proceso de intervención pública. Se trata de una intervención compleja porque los objetivos ambiciosos que se buscan suelen enfrentarse a recursos limitados y generan tensión de prioridades e intereses. Como señala Oteiza⁸⁹³, no puede dejar de mencionarse que quienes participan en los procesos de reforma también forman grupos de interés de diversa naturaleza. Hammergren⁸⁹⁴ ha destacado incluso que la reforma a la justicia se ha

transformado muchas veces en un negocio y como tal ha engendrado numerosos intereses creados. Algunas experiencias muestran que en ciertos casos las finalidades se han subvertido en favor de la burocracia internacional encargada de llevarla adelante. Por ello, los equipos de liderazgo en los sistemas de justicia deben actuar con especial cuidado para evitar soluciones miméticas (copiadas de otras realidades) impuestas por consultores que algunas veces actúan con desapego a normas éticas y careciendo del imperioso conocimiento de la realidad local.

Es en estas aguas turbulentas que deben navegar quienes diseñan e implementan políticas públicas de justicia. Para llegar a buen puerto, se debe identificar el problema, ingresarlo en la agenda pública, y diseñar soluciones teniendo presente los objetivos de política pública fijados y su tensión con otros, tomando definiciones explícitas sobre ellos.

1.4. POLÍTICAS PÚBLICAS, ESCASEZ Y PRIORIZACIÓN

Un objetivo general de política pública que debe tenerse en cuenta en la justicia civil es el uso eficiente de los recursos públicos.

⁸⁹² ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., p. 143.

⁸⁹³ OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional”, cit., pp. 32 y 33. Cf. TARUFFO, M., “Globalizing

Procedural Justice. Some General Remarks”, *Revista de Processo*, año 39, núm. 237, pp. 459 a 472.

⁸⁹⁴ HAMMERGREN, L., *Envisioning Reform, Improving Judicial Performance in Latin America*, Pennsylvania, 2007, pp. 308 y 309.

Como señala Oteiza⁸⁹⁵, siguiendo a Zucherman⁸⁹⁶, el nivel de eficiencia de un sistema de justicia civil debe ser medido en términos de duración razonable, costo sustentable y capacidad para producir decisiones justas apoyadas tanto en un grado adecuado de veracidad de los hechos alegados por las partes como en su capacidad para aplicar el derecho. Los referidos parámetros de eficiencia deben ser estudiados en su relación con dos cuestiones con las cuales se encuentran directamente relacionados. En primer lugar, la administración de justicia está al servicio del derecho al debido proceso, reconocido tanto en el plano constitucional como en el transnacional. No se trata de una eficiencia vacía o sólo inclinada a evitar los obstáculos a las rápidas transacciones económicas. Su dimensión se vincula con un valor más trascendente que guarda correspondencia con el pacto democrático que subyace al texto constitucional de cada país. En segundo lugar, debe considerarse la importancia que se le asigna a un sistema eficiente de administración de justicia en un mundo globalizado. Las transformaciones ocurridas en las últimas décadas en el plano socio-económico han influido de diversas maneras sobre la justicia. Existe una mayor información sobre el

comportamiento de cada sistema y se advierte una preocupación creciente por los defectos de la justicia de cada país, que alienta el examen de su rendimiento específico. Los organismos multilaterales de crédito han dedicado inversiones relevantes, muchas veces desacertadas en su orientación, al mejoramiento de la justicia. Esa preocupación ha precipitado los estudios sobre la justicia desde una visión que analiza su eficacia en el contexto de las distintas políticas públicas de justicia, pero también se analiza el fenómeno de la justicia y su costo en el contexto de otras políticas públicas que también atienden necesidades trascendentes de la población, como son la salud, la educación o la vivienda.

La pregunta por responder es si los recursos asignados mediante el presupuesto público son utilizados de la manera más eficiente posible en el sistema de justicia civil.

Vargas⁸⁹⁷ destaca el rol clave que, en la cuestión de la financiación de las políticas públicas de justicia, tiene la forma cómo se organizan los servicios de justicia, de modo tal de ofrecer la mayor cantidad de respuestas posibles al menor costo. Ello, primeramente, obliga a escoger, de haber más de un arreglo institucional adecuado para resolver el conflicto en cuestión, aquel que resulte menos oneroso. Pero, una

⁸⁹⁵ OTEIZA, E., "Argentina: el fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino", *Coloquio Universidad de Valencia*, disponible en: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/p4arg.pdf> (consultado: 8/1/2021).

⁸⁹⁶ ZUCHERMAN, A., "Justice in Crisis: Comparative Dimension of Civil Procedure", en *Civil Justice in Crisis*, ZUCHERMAN, A. (ed.), Oxford, 2003, pp. 3- 52.

⁸⁹⁷ VARGAS VIANCOS, J., "La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas", cit., pp. 143 y 144.

vez escogido un sistema determinado, entran a batallar temas de gestión indispensables para que el servicio cumpla eficientemente con sus cometidos. Si se trata de los tribunales, habrá que ver en qué medida se aprovechan las economías de escala, qué tan fluidos son los procesos de trabajo, qué tan profesional es la administración general del sistema, si existen o no sistemas de evaluación y control, etc., de forma de darle a los recursos el uso más eficiente posible. Así, llevada esta discusión a la cuestión de la oralidad (elemento central de casi todas las reformas a la justicia civil en Iberoamérica), Vargas⁸⁹⁸ señala que para que una reforma a la justicia que establezca la oralidad sea viable es imprescindible que ella se concentre en el segmento de asuntos para los cuales tiene real sentido y que se trabaje adecuadamente en las modalidades para su financiamiento. Al respecto debe considerarse que no es sencillo hoy en día, en la mayoría de los países, obtener aumentos significativos de los presupuestos judiciales con cargo a los recursos públicos. Ello se debe tanto a las restricciones económicas vigentes en los países de la región, como porque en algunos países los presupuestos judiciales han experimentado aumentos notables en los últimos años, sin que ello se haya traducido en un mejor servicio de justicia a juicio de las personas usuarias.

La cuestión del costo (más técnicamente: inversión) de los servicios

y el uso eficiente de los recursos públicos es una discusión que debe darse en cualquier plan de diseño de políticas públicas, incluyendo la justicia.

En la base de la noción de políticas públicas, señala Vargas⁸⁹⁹, está el problema de la escasez, es decir, la constatación de que los recursos son limitados y no alcanzan para satisfacer necesidades que son ilimitadas. Esta idea fundamental es la que obliga a priorizar entre distintos fines de bien público, pues sabemos que no todos podrán ser satisfechos, el menos al unísono. El concepto de escasez lleva naturalmente al de costo de oportunidad, que implica reconocer que por cada necesidad que satisfacemos hay otra que dejamos sin cubrir o, llevado a la materia que nos interesa, que cada dólar invertido en justicia civil es un dólar que dejamos de invertir en otras áreas de la justicia o en otros sectores públicos como educación o salud. Como puede apreciarse, de lo anterior se deriva que no basta con justificar la conveniencia de invertir en justicia civil; también es necesario – desde un punto de vista social- justificar que es más útil invertir allí esos recursos que en justicia penal o en educación o en vivienda.

El poder judicial, en cuanto conjunto de órganos destinados al ejercicio de la actividad jurisdiccional, es un bien común y, como todo bien común, corre el riesgo de ser sobreutilizado, generando un escenario

⁸⁹⁸ VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, cit., p. 155.

⁸⁹⁹ VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, cit., p. 142.

de sobrecarga o crisis⁹⁰⁰. Cuando eso ocurre, señala Wolkart⁹⁰¹, el costo social de la utilización de la justicia sube en forma exagerada, significando básicamente que: a) el sistema se torna lento e ineficiente, como una avenida congestionada por vehículos que no se mueven del lugar; b) como ese sistema es subsidiado por tributos, es la sociedad la que soporta esos costos. Este fenómeno proviene de la colectivización de las externalidades negativas; por ejemplo, de la utilización exagerada del sistema jurisdiccional porque, aunque los procesos duren años, los costos del proceso no se alteran, elevando el subsidio financiero social, además del propio congestionamiento e ineficiencia de las vías jurisdiccionales. En resumen, la ineficiencia del sistema recae simultáneamente sobre las partes y sobre la sociedad. Las partes sufren porque la justicia deja de resolver el conflicto que las aqueja; y la sociedad

también padece porque soporta los costos sociales de la ineficiencia.

Agrega Wolkart⁹⁰², con razón, que esos costos no se limitan al subsidio social financiero del funcionamiento de la Justicia. A partir del momento en que hay una percepción social de que la justicia no funciona, las leyes comienzan a ser incumplidas por las personas, generando daños de todo tipo. En ese momento ocurre la abolición de hecho de la garantía de acceso a la jurisdicción. Una abolición que, por ser tácita, es poco perceptible y, por eso mismo, mucho más preocupante que cuando es expresa. Es como una enfermedad grave casi asintomática, cuyos primeros síntomas surgen poco antes de la muerte del paciente. Esta grave situación -que en algunos países es tragedia⁹⁰³ o un verdadero estado de cosas inconstitucional⁹⁰⁴- requiere que desde las políticas públicas y desde el Derecho Procesal se diseñen e implementen algunos ajustes que incluso a primera vista podrían

⁹⁰⁰ Un problema de sobreutilización que se plantea en varios países es el de las demandas frívolas, planteadas sin fundamentos y, por ende, con bajas probabilidades de éxito en la sentencia, pero que pueden resultar útiles para el demandante porque el demandado acepta una solución transaccional o conciliatoria con tal de no tener pendiente un proceso judicial por años. Del mismo modo, la sobreutilización se da también en procesos relativos a créditos impagos de consumidores sin garantía, que los acreedores inician sabiendo que no encontrarán bienes en el patrimonio del deudor, pero que deben tramitar para poder en sus balances registrar como pasivo (incobrable) la deuda que antes lucía como activo (crédito a cobrar).

⁹⁰¹ WOLKART, E., *Análise Econômica do Processo Civil*, Thomson Reuters, San Pablo, Brasil, 2019, p. 311.

⁹⁰² WOLKART, E., *Análise Econômica do Processo Civil*, cit., pp. 303-305.

⁹⁰³ Es el caso de la justicia civil en Brasil, para Wolkart (WOLKART, E., *Análise Econômica do Processo Civil*, cit., p. 311).

⁹⁰⁴ El concepto de “estado de cosas inconstitucional” fue desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, y puede definirse como un cuadro insoportable de violación masiva de derechos fundamentales derivado de actos y omisiones practicados por diferentes autoridades públicas, agravado por la inercia continuada de esas mismas autoridades, de modo que solamente transformaciones estructurales de la actuación del poder público pueden modificar esa situación inconstitucional (WOLKART, E., *Análise Econômica do Processo Civil*, cit., p. 312).

calificarse de riesgosos para el acceso a la justicia, pero que con un profundo criterio pragmático, serán por el contrario los que garanticen tal acceso, no como un valor en sí mismo, sino como una forma de dejar a toda la sociedad en condiciones mejores.

Entonces, como concluye Vargas⁹⁰⁵, cualquier análisis que se haga de la justicia civil, desde las políticas públicas, debe apreciar si se justifica que haya recursos públicos destinados a ella y si esos recursos están siendo invertidos con la mayor eficiencia posible.

Un sistema de justicia debe responder a la pregunta de cómo se habrá de financiar su actual funcionamiento y cómo se financiará el fortalecimiento o la reforma a realizar que está planificada (ello debe ser parte esencial del diseño del plan).

A su vez, implica considerar una cuestión esencial: ¿la justicia civil debe ser gratuita, o debe permitir cobros que la financien y desestimulen su uso indebido?

De plano debe recordarse que el servicio de justicia siempre requiere una inversión importante de la sociedad. La idea de la gratuidad de la justicia en términos absolutos no existe. La cuestión es si esa inversión se paga total o parcialmente con los tributos generales que pagan parte o todos los habitantes de un país o si, además, el sistema se financia con tributos

específicos (o asimilados) que pagan quienes utilizan en mayor medida el sistema de justicia. Por ende, cuando se habla de gratuidad u onerosidad de la justicia, a lo que suele referir el debate es al pago específico por el uso del sistema de justicia en cada actuación concreta (sea un proceso judicial, una audiencia de conciliación previa o una instancia de mediación, entre otras).

En definitiva, como lo hemos analizado anteriormente⁹⁰⁶, debe definirse si la garantía de acceso implica que el sistema de justicia deba ser gratuito en todos los casos para la persona usuaria. La respuesta a esta pregunta debe darse en el marco de cada país. En algunos, existen normas constitucionales que consagran la gratuidad en términos generales o para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar; en otros, la gratuidad surge de la ley (para todos los casos o para alguna materia de carácter social: laboral, familia, menores, consumidores, etc.); en un tercer grupo de países, el servicio de justicia cobra tributos de diferente naturaleza (tasas, timbres, porcentajes, etc.), salvo casos excepcionales.

Como señala Delgado⁹⁰⁷, si bien el debate se suele dar sobre las tasas de justicia, la cuestión involucra tres temas interrelacionados de gran magnitud: tasas judiciales, honorarios de la abogacía y la regla de pago de los gastos y honorarios del proceso que se fija en la

⁹⁰⁵ VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, cit. p. 143.

⁹⁰⁶ PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma

a la justicia civil en América Latina y el Caribe”, cit., pp. 45-49.

⁹⁰⁷ DELGADO, J., “Argumentos para discutir sobre tasas judiciales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.40, no.1, Santiago, abr. 2013, p. 120.

sentencia (la cuestión de las llamadas “costas” en la mayor parte de los países: en algunos sistemas corresponden a la parte perdedora, en otros dependerá de la conducta procesal de las partes y, en otros, existen sistemas combinados).

1.5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUSTICIA COMO POLÍTICAS DE ESTADO

Los procesos de desarrollo institucional y reforma del Estado en los que está inmersa la reforma y/o fortalecimiento del sistema de justicia, giran alrededor de un cambio cultural, que abarca todo el talento humano asociado, en sus distintos estamentos y disciplinas.

Señala Cordovez⁹⁰⁸ que, tomando en cuenta este factor, nos encontramos frente a procesos de cambio de largo plazo, cuyos resultados no se logran en su integridad con la ejecución de un proyecto específico. Los procesos de reforma del sector justicia requieren mucho tiempo y paciencia, y sus resultados van apareciendo en el camino de manera progresiva. Implican importantes cambios culturales e institucionales que no son fáciles. Las reformas exitosas se incrementan en su desarrollo y, por ello, resulta determinante la persistencia en el tiempo. Por el arraigo de las culturas y las características propias del medio jurídico, implica largos espacios de tiempo que permitan ganarse la confianza de los actores, diseñar los cambios y, sobre todo, implementarlos paulatinamente. Sólo la persistencia por

largos períodos asegura poder enfrentar los esfuerzos de contrarreforma que inevitablemente surgen y, como la experiencia lo indica, muy comúnmente triunfan. La reforma toma tiempo y las expectativas creadas para su puesta en marcha no se compadecen con la percepción pública respecto de sus resultados. Aquí radica principalmente la importancia y urgencia de enfrentar el desafío.

Por todo ello, cuando se trata de reformas profundas e integrales, cuyo diseño, implementación y evaluación involucran varios años (lo que es frecuente en la Justicia Civil), es deseable lograr los consensos necesarios para transformar algunas políticas esenciales en materia de Justicia en políticas de Estado que vayan más allá de uno o varios períodos de gobierno, donde además resulta clave y necesario propender a la participación ciudadana.

No es posible avanzar en profundidad en los cambios necesarios en la Justicia si no existen políticas públicas claras que sean acordadas por el sistema político y por la sociedad civil para que se transformen en políticas de Estado que trasciendan los períodos de gobierno.

Una sociedad dividida, fragmentada, incapaz de alcanzar acuerdos en la definición de políticas públicas a mediano y largo plazo en los temas esenciales, está condenada a pagar un alto costo de oportunidad que no solo afecta las generaciones actuales, sino que compromete las

⁹⁰⁸ CORDOVEZ, C., “Conclusiones Generales”, en *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado,*

ciudadanía y desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2007, p. 234.

generaciones futuras. En efecto, la ineficiencia de un sistema de justicia socava las bases de la institucionalidad democrática de un país. No es posible fortalecer la democracia y sus instituciones sin un sistema judicial independiente, eficiente y confiable⁹⁰⁹.

Los problemas de gran parte de los países iberoamericanos, en materia de justicia, derivan de que, a consecuencia de los continuos avatares políticos que padecen, constituyen sociedades desmembradas, divididas y fragmentadas, incapaces de concretar acuerdos a futuro, menos aún establecer políticas de Estado respecto al sistema de justicia, con una proyección a mediano y largo plazo⁹¹⁰.

Señala Priori⁹¹¹ en referencia a Perú, pero en términos aplicables también a otros países latinoamericanos, que la historia de ese país puede ser leída a partir de las reformas en el sistema de justicia. Las reformas del sistema de justicia peruano son consecuencia de sus dictaduras, sus guerras o sus retornos a la democracia. El sistema de justicia

peruano ha sido víctima, cómplice y héroe de los grandes eventos de la historia de Perú. Pero hay algo que ha cambiado poco: el sistema de justicia ha sido siempre débil y no ha recibido de las diversas autoridades la preocupación que debió haber recibido al ser esencial para la vida democrática del país.

Como indica Villalba⁹¹², un sistema democrático sin un Poder Judicial que lo cimiente y consolide, irradiará una tendencia de arenas movedizas a las bases institucionales que sostienen a un régimen republicano. Para consolidar la democracia se requiere de un Poder Judicial fuerte, autárquico y sobre todo independiente, no sometido a las presiones políticas. De no lograrse la consolidación de estos aspectos, referir a eficiencia y confianza resultará una quimera, y con seguridad surgirán bolsones de ineficiencia y de desconfianza que avalarán el avance de la corruptela. Una sociedad que rara vez proyecta políticas de largo alcance difícilmente proyectará una política de Estado para mejorar el sistema de justicia. Es absolutamente necesario

⁹⁰⁹ PEREIRA CAMPOS, S., “Las reformas del sistema de justicia en Uruguay como política de Estado”, cit., p. 468.

⁹¹⁰ Un ejemplo de esta situación es descrita con claridad por Villalba en Paraguay, donde a consecuencia de los continuos avatares políticos, se ha pagado un costo muy alto, al extremo de haber llegado a un grado tal de desconfianza hacia el sistema de justicia que sitúa al país entre los de más bajo rendimiento en América. Señala que es imperioso implementar una política de Estado clara para lograr un mejor servicio de justicia en todos los ámbitos. Agrega que ningún fuero se salva de la crisis actual. Tampoco se vislumbra una salida, por un lado por la falta de coherencia política de

los gestores, y por el otro, por las diferencias doctrinarias agudizadas en el entorno procesal (inútil discusión entre garantismo y activismo), impidiendo que se generen alternativas eficaces para solucionar los inconvenientes (VILLALBA, P., “La realidad procesal en la experiencia paraguaya”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, cit., p. 377).

⁹¹¹ PRIORI, G., “Breve crónica de la historia de la reforma procesal civil en el Perú”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, cit., p. 429.

⁹¹² VILLALBA, P., “La realidad procesal en la experiencia paraguaya”, cit., p. 377.

que se concreten proyectos de corto, mediano y largo plazo; solo así se logrará recuperar la credibilidad del sistema de justicia. Agrega que obviamente deberá tratarse de un buen sistema, adecuado a las necesidades de cada comunidad; no cualquier sistema.

Cabe aquí traer a colación, como un ejemplo razonablemente positivo, la experiencia de Uruguay. Resulta destacable señalar que, aunque ello ha pasado un tanto desapercibido por analistas políticos y sociales, de algún modo las reformas a la justicia en Uruguay son el resultado de una política de Estado que ha logrado consolidarse más allá de los cambios de gobierno del país. Uruguay, a pesar de la clara fragmentación de su sistema político en dos grandes grupos, ha sido capaz de alcanzar los acuerdos necesarios para aprobar por la unanimidad de sus partidos políticos tanto el Código General del Proceso (CGP) que estableció la reforma procesal de las materias no penales y comenzó a regir en 1989, como su posterior reforma de 2013 y, más recientemente el nuevo Código del Proceso Penal (CPP) que entró a regir en 2017. En un país con sus principales marcos legales codificados, el CGP que entró a regir en 1989 fue el primer código aprobado en democracia en la historia uruguaya. Implicó cambios revolucionarios que pusieron a Uruguay en el centro de la atención académica en América Latina. Y fue aprobado con el voto de todos los partidos, en un

ejemplo de cómo pueden acordarse políticas públicas sobre temas esenciales. La técnica empleada en la redacción del CGP lo hacen a mi juicio una de las mejores leyes uruguayas en su claridad, enfoque pedagógico, capacidad de adaptación a las épocas, coherencia y sistemática. Pasaron casi 24 años de aplicación del CGP hasta que se aprobara la ley 19.090 de 2013 que lo actualiza y ajusta. Y nuevamente es una ley que se aprueba con el voto de todos los partidos políticos, acordando en un tema clave como es la Justicia. Y más recientemente (2014), se aprueba por unanimidad de todos los partidos políticos el nuevo CPP que entró a regir en 2017 y que establece un sistema de justicia penal adversarial, público y moderno⁹¹³. En tiempos donde es tan difícil lograr acuerdos políticos para grandes reformas, este es un caso de estudio a considerar.

1.6. PRINCIPALES TENDENCIAS, FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LAS REFORMAS A LA JUSTICIA CIVIL EN IBEROAMÉRICA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se ha señalado desde el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁹¹⁴ desde los años noventa del siglo pasado, los países fueron particularmente activos en materia de reforma judicial en América Latina y han contribuido de forma

⁹¹³ Mientras que la implementación en Uruguay de la reforma procesal civil fue un caso exitoso, más compleja ha sido la puesta en marcha y ajuste de la reforma procesal penal.

⁹¹⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia – América Latina y El Caribe*, Argentina, 2005, p. 3.

importante a la construcción de ciudadanía civil. Lo mismo ha ocurrido en España⁹¹⁵ y Portugal⁹¹⁶ desde fines del siglo pasado o principios de este siglo.

Las reformas más importantes se concentraron en dotar a los países de la región de un sistema más transparente y meritocrático para seleccionar jueces y magistrados, reformas profundas al sistema procesal penal y nuevas leyes penales para menores de edad.

Posteriormente se avanzó en las reformas procesales civiles que han seguido en los últimos treinta años, básicamente, dos grandes líneas:

- a) o buscan una transformación general o amplia del sistema de justicia no penal (como fue el caso del Código General del Proceso de Uruguay que comenzó a regir en 1989 siguiendo el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, o el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador que comenzó a regir en 2016);
- b) o apuntan a transformaciones de uno o varios sectores específicos del sistema de justicia -civil, comercial, laboral, familia, contencioso administrativo, tributario, etc- (como ha ocurrido en algunas

provincias de Argentina, en Chile, Brasil, España, Perú, etc.).

Si bien las reformas en cuestión han dotado a la región de una justicia más profesionalizada y con procedimientos más adecuados a los estándares internacionales de derechos humanos, todavía no han logrado revertir la pobre imagen que la sociedad en su conjunto tiene de los sistemas de justicia, como tampoco revertir el hecho de que los más pobres y vulnerables enfrentan obstáculos estructurales para acceder, en condiciones razonables, al sistema de justicia. En otras palabras, las reformas judiciales no han contribuido mayormente a reducir el déficit de ciudadanía social⁹¹⁷. Por ello, la cuestión del acceso al sistema de justicia es, desde una perspectiva de política pública, un desafío esencial.

Tres de las más importantes lecciones aprendidas sobre la reforma a la justicia en la región han sido, a juicio de Henderson y Autheman⁹¹⁸:

- La aprobación de leyes y de códigos es relativamente fácil, pero su implementación no lo es.
- Muchas instituciones judiciales y de ejecución de las decisiones carecen de pericia técnica, capacidad o credibilidad para poner en

⁹¹⁵ La puesta en marcha en España de la LEC 2000, implicó la preparación de los juzgados y tribunales adaptándolos a las nuevas normas procesales, cursos de formación para la judicatura, la abogacía y otros profesionales del ámbito judicial. Desde entonces, ha sido objeto de diversas modificaciones y adaptaciones a lo largo de los años.

⁹¹⁶ La implementación del Código Procesal Civil de Portugal de 2013 fue un proceso complejo que implicó la adopción de nuevas normas procesales y la capacitación de los operadores

del sistema de justicia para adaptarse a las nuevas reglas.

⁹¹⁷ Cf. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia – América Latina y El Caribe*, cit., p. 3.

⁹¹⁸ HENDERSON, K. y AUTHEMAN, V., “Poderes judiciales transparentes y responsables”, en CORDOVEZ, C. (Ed.), Banco Interamericano de Desarrollo, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, cit., p. 11.

vigencia e implementar las leyes de forma efectiva y justa.

- La implementación de nuevas leyes y políticas exige un amplio apoyo público.

Por su parte, señalan los expertos del BID⁹¹⁹ que mejorar la transparencia y el apoyo público ayuda a promover la puesta en vigor y el cumplimiento voluntario de las normas. Se necesita poner mayor énfasis en las reformas tendientes a la transparencia en todo el espectro judicial, así como en las reformas orientadas a mejorar la capacidad de las instituciones para implementar y ejecutar las leyes. La diseminación de la información es una de las formas más eficaces para promover la lucha contra la corrupción. En efecto, tan pronto la información sobre la estructura y operatividad de la justicia está disponible para los litigantes y agentes externos, se hace más difícil perpetuar corruptelas, nepotismo, nombramientos irregulares u otros comportamientos fraudulentos. Las experiencias pasadas conducen a la conclusión de la necesidad de mejorar la confianza pública en los sistemas de justicia.

Hasta ahora son pocos los procesos de reforma a la Justicia Civil

que han sido diseñados e implementados con esa visión sistémica de política pública que haya resultado suficiente y eficiente.

Fundamentalmente las reformas a la justicia civil realizadas en Iberoamérica entre 1988 y 2010, pero también algunas posteriores, han respondido, la mayor parte de las veces, a esfuerzos académicos y/o políticos, sectoriales o aislados del enfoque sistémico e integral. Ello ha generado muchas dificultades de implementación que en algunos casos fueron superadas⁹²⁰, pero que, en otros, minaron las bases del cambio de paradigma necesario. En efecto, existe evidencia empírica de que los procesos de reforma y modernización de la Justicia Civil que han sido diseñados e implementados con carencias en esa visión sistémica de política pública han tenido muchos problemas de implementación⁹²¹.

Algunas reformas posteriores (realizadas entre 2011 y 2023)⁹²², en cambio, se han destacado por asumir un enfoque de política pública, con independencia de su resultado final más o menos exitoso. Como se destaca

⁹¹⁹ HENDERSON, K. y AUTHEMAN, V., “Poderes judiciales transparentes y responsables”, cit., pp. 11 y 12.

⁹²⁰ El caso de la reforma procesal civil de Uruguay en 1989 (Código General del Proceso), sería una excepción, por cuanto tuvo resultados alentadores si bien respondió fundamentalmente a un impulso académico y legislativo, donde faltó perspectiva de política pública en el enfoque moderno de la cuestión. No obstante, de haber tenido un enfoque

holístico, hubiera sido esperable que los resultados fueran aún mejores.

⁹²¹ Ejemplos pueden encontrarse en las reformas procesales civiles de Perú, El Salvador, Bolivia, o en la primera fase de la implementación de la reforma del sistema de justicia de familia de Chile.

⁹²² En la tercera fase, se incluyen las reformas de Colombia (2012), Bolivia (2013), Portugal (2013), Brasil (2015), Nicaragua (2015), Ecuador (2015), Costa Rica (2015) y algunas provincias argentinas (2020-2023).

desde CEJA⁹²³, el análisis de las medidas adoptadas permite advertir que la seriedad y profundidad de la planificación y medidas adoptadas han sido variables y que, sin dudas, hubiese sido deseable, en todos los supuestos, mayor atención y capacidad institucional en la asimilación y gestión del cambio. Sin embargo, no es menor que la perspectiva empleada se haya preocupado por propiciar un abordaje multidimensional en contextos donde la dogmática jurídica, el fetichismo normativo y la falta de prácticas adecuadas habían eclipsado o predominado el discurso y materialidad de las reformas. Entre los aspectos de destaque se menciona: a) que todos los Códigos sancionados han previsto plazos para su entrada en vigor, procurando garantizar un tiempo para la capacitación de los actores y la adopción de medidas institucionales para su puesta en marcha; b) que algunos de ellos dispusieron, a su vez, la creación de planes o programas para la implementación de la reforma y/o Comisiones o Comités de trabajo encargados de gestionar el proceso de reforma⁹²⁴.

Desde CEJA⁹²⁵ se señala con acierto que pueden identificarse puntos criticables de las reformas recientes (que identificamos como de la tercera fase) que también son atribuibles a los procesos de reforma anteriores (primera y segunda fase). Ellos son:

(i) la falta de profundidad y alcance del enfoque de política pública adoptado;

(ii) la omisión de diagnósticos sobre necesidades jurídicas insatisfechas a partir de los cuales determinar la demanda de justicia o la definición del abordaje de la conflictividad individual o colectiva existente;

(iii) las limitaciones operativas y presupuestarias, debido tanto a la imprevisión al momento de planificar como a la ausencia de asignación prioritaria y recortes en el área⁹²⁶;

(iv) el tratamiento focalizado respecto de ciertos elementos en detrimento de otros igualmente valiosos para el enfoque integral (la centralidad giró en torno a la oralidad o capacitación interna, pero se descuidaron factores como los (des)incentivos, preparación de personal operativo, funcionariado y

⁹²³ ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., pp. 22 y 23.

⁹²⁴ Así, por ejemplo, en Bolivia -a pesar de todos los problemas de falta de recursos- el diseño mismo del plan de implementación estuvo confeccionado por representantes con diversas funciones de Estado, lo que resulta útil en la construcción de lazos entre actores claves de la reforma, la articulación eficiente de medidas y la generación de un espacio común y responsable de trabajo (ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y

SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., pp. 22-23). Ver MOSTAJO BARRIOS, J., “Las reformas procesales en Bolivia y la construcción de una nueva justicia civil”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, cit., pp. 113-114.

⁹²⁵ ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., p. 23.

⁹²⁶ Tal como sucedió, por ejemplo, en los procesos de reforma a la justicia civil en El Salvador y Honduras.

abogacía o (re)estructuración del gobierno del Poder Judicial);

(v) la ausencia o déficit marcado en la previsión, planificación y ejecución de tareas de monitoreo, supervisión y ajuste de los procesos de reforma;

(vi) la falta de participación de otros actores claves del sistema y/o personas usuarias y sociedad civil en los órganos instituidos;

(vii) la omisión o carencia de relevancia de la persona usuaria en el proceso de reforma, sea como partícipe, agente de opinión o receptor de información adecuada para asimilar el cambio.

Señalan Fandiño, González y Sucunza⁹²⁷ que estas carencias ponen de relieve la necesidad de construir otro tipo de epistemología en el abordaje de la conflictividad civil. Pensar desde otro lugar los problemas del pasado, pero también las exigencias presentes y futuras. Exigencias que provienen de los nuevos métodos de trabajo implementados (por ejemplo, oralidad, profesionalización de la gestión o tecnologías), pero también de una sociedad cada vez más mediatizada, compleja, plural, fragmentada y estructuralmente desigual.

Se trata, en definitiva, de poner a la persona que necesita resolver su conflicto en el foco del diagnóstico, el diseño y la implementación de las intervenciones públicas en materia de justicia, superando los debates meramente teóricos con poca o nula

trascendencia práctica que terminan muchas veces paralizando la acción transformadora y minando los caminos necesarios para alcanzar los acuerdos y arreglos institucionales necesarios.

Indica Lillo⁹²⁸ que si bien en Latinoamérica se ha dado un proceso de discusión y cambio normativo intenso y profundo, los procesos de implementación de las normas, los cambios culturales o las prácticas de los actores y el conocimiento, participación y confianza de la ciudadanía respecto de estos, han sido más bien débiles y escasos de planificación. Esto ha derivado a una rediscusión de los procesos de reforma, para focalizar los esfuerzos en las prácticas más que en la norma. Con ello, se han abierto nuevos ámbitos de reflexión y trabajo orientados principalmente a temas de organización y gestión institucional. Detectado este problema, se han desarrollado muchas acciones tendientes a mejorar la implementación de las reformas: desde readecuaciones organizativas, nuevas formas de trabajo y la incorporación de herramientas tecnológicas.

En efecto, no siempre acompañado por adecuados esfuerzos estatales, se percibe especialmente en los últimos años, un cambio de enfoque de los diseñadores de las reformas, en cuanto a entender que se requieren visiones integrales y multidisciplinarias, con adecuados diagnósticos, diseños ajustados a la realidad, y seguimiento permanente de los resultados.

⁹²⁷ FANDIÑO, M., GONZÁLEZ, L. y SUCUNZA, M., *Proceso civil. Un modelo adversarial y colaborativo*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020, p. 30.

⁹²⁸ LILLO, R., “Indicadores de CEJA: El rol de las TIC en una justicia para ciudadanos”, *Revista Sistema Judiciales*, CEJA, Año 9, N° 16, p. 6.

Un ejemplo de ello lo constituye la reforma procesal ecuatoriana de 2015, donde se pensó en la implementación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)⁹²⁹ desde una perspectiva multidimensional.

En definitiva, la evaluación general sobre los procesos de cambio en la Justicia Civil de Iberoamérica pone de manifiesto la necesidad de trabajar metodológicamente con políticas públicas de corto, mediano y largo plazo, en el marco de un plan sistémico e integral de fortalecimiento que debe ser constante y adecuadamente conformado.

2. ELEMENTOS QUE COMPONEN EL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

2.1. LA JUSTICIA CIVIL COMO SISTEMA

Como ya se ha señalado, la Justicia Civil debe ser analizada con un enfoque sistémico e integral y con perspectiva de política pública.

El sistema de justicia civil se integra con varios elementos interdependientes.

Salvo casos excepcionales, cualquier intervención que se realice en relación a uno de los elementos,

repercute directa o indirectamente en los demás.

Es por ello que al diseñar e implementar cualquier reforma o al desplegar cualquier otra acción de fortalecimiento de la Justicia Civil, debe atenderse al sistema todo para poder prever cuáles serán las reacciones que se producirán en sus distintos componentes.

En el siguiente cuadro, pueden apreciarse los principales componentes del sistema de justicia civil y cuáles son las bases sobre las cuales se construye.

Se hace a continuación una breve referencia a cada uno de los elementos referidos en el cuadro (ADJUNTO).

2.2. UN SISTEMA “MULTIPUERTAS” DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La satisfacción plena de los estándares del debido proceso ajustado al derecho material en juego y la vía del proceso judicial, no son posibles de aplicar para resolver todos los conflictos que llegan (o debieran llegar) al sistema de justicia y fomentar que pueda resolverse ese otro inmenso número de casos (la parte oculta y desconocida del “iceberg”) que no logra acceder al sistema. La realidad ha demostrado que es imposible aplicar la herramienta del

⁹²⁹ El Consejo de la Judicatura de ese país elaboró un plan de implementación del nuevo sistema a fin de que: (i) fuera ejecutado integralmente en todo el territorio y (ii) adoptara todo tipo de medidas para la aplicación de las disposiciones que contiene. Se destaca el equipamiento tecnológico, capacitación e instalación de salas de audiencias en las unidades judiciales que brindarían las facilidades para la implementación del nuevo

sistema. Señala Jalkh que para resolver los problemas del sistema de justicia ecuatoriano era necesario construir una política pública integral, una verdadera política de Estado, en la cual cada institución pública asuma su parte de corresponsabilidad y paralelamente, se desarrolle un cambio cultural que sostenga la evolución de las instituciones (JALKH, G., *La transformación de la Justicia en el Ecuador – Una realidad medible*, cit., p. 13).

proceso (judicial y/o arbitral) en todos esos casos en los actuales contextos sociales, económicos, territoriales y culturales iberoamericanos.

Por ende, es necesario contar la con una batería de mecanismos adecuados de solución de conflictos que provea soluciones rápidas heterocompuestas o autocompuestas de estricta calidad, adaptadas al tipo de conflicto en cuestión.

Los sistemas de justicia civil cuentan con una creciente e insatisfecha demanda social para la resolución pronta, oportuna y eficaz de los asuntos civiles (en sentido amplio). Y para ello, sin desmerecer ni dejar de valorar la importancia del proceso, se requiere también ofrecer alternativas distintas al litigio para su solución.

Por ello, una comprensión integral del sistema de justicia implica considerar que existen otros ámbitos que, con el Poder Judicial (pero sin ser parte de este), integran o deben integrar el sistema de justicia y cuentan con capacidades adecuadas para resolver asuntos tradicionalmente considerados civiles⁹³⁰.

La cuestión es cómo acercar la batería de mecanismos de resolución de conflictos a las potenciales personas usuarias y cómo orientarlas acerca de cuál o cuáles son las vías más adecuadas para resolver ese caso, considerando las características de este. Estamos aquí ante uno de los grandes desafíos que cualquier

fortalecimiento profundo del sistema de justicia civil debe enfrentar prioritariamente en la búsqueda de soluciones.

En casi todos los países iberoamericanos existen de modo más o menos inorgánico ese conjunto de métodos de resolución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje, etc.). El problema es otro. La lección aprendida es que suele faltar coordinación y articulación entre ellos, lo que impone a los interesados en la resolución de un conflicto, un tedioso trajinar por distintas oficinas o, en el mejor de los casos, y para evitarlo, presentar directamente el reclamo ante los tribunales estatales, generando el colapso de estos y una gran insatisfacción ciudadana.

En definitiva, lo que termina sucediendo es que un número muy importante de casos (difíciles de cuantificar) no llega al sistema de justicia por los desincentivos y barreras de acceso que, aunque no queridos, existen. Y, por otra parte, los casos que logran atravesar la barrera de la burocracia -muchas veces perversa-, suelen terminar en la utilización mayoritaria del proceso judicial como sistema de resolución del conflicto, cuando no siempre es esta la vía más idónea, ni la más eficiente, considerando las características del caso, las limitaciones de recursos públicos y la realidad de cada país.

⁹³⁰ Debe considerarse asimismo que, dependiendo de la realidad cultural de cada país, podrían existir ciudadanos facultados para administrar justicia, transitoria o permanentemente, que puedan comportarse

como jueces legos, árbitros, jurados de conciencia, entre otros y, además, existen formas de solución de conflictos civiles al margen del Poder Judicial.

Por ello, resulta necesario, trabajar en la construcción de un sistema de resolución de conflictos que garantice a las personas usuarias el acceso a la justicia y fomente el uso de mecanismos adecuados para la solución pacífica de los conflictos.

Si bien las soluciones dependerán de la realidad de cada país, pueden señalarse a modo de orientación algunas premisas para la construcción de ese sistema “multipuertas”:

- Debe ser un sistema flexible, donde las personas usuarias dispongan de distintas opciones o vías de justicia formal y no formal para resolver el conflicto que los aqueja.

- Debe prever políticas adecuadas para orientar a las personas usuarias sobre sus derechos, cómo prevenir el conflicto y velar por la pacífica convivencia; y brindar los caminos para resolver los conflictos de forma ágil, oportuna y preferentemente gratuita.

- La información a las personas usuarias, en relación con el sistema multipuertas y cómo utilizarlo, debe estar centralizada y sistematizada: oficinas de información presenciales y virtuales a la ciudadanía y sitios web deben brindar toda la información de modo conjunto, en términos sencillos y con lenguaje claro. Ello constituye una carencia en casi todos los países de Iberoamérica.

- Debe propenderse a la descentralización territorial, acercando

a las personas usuarias la información con lenguaje claro y sistematizada.

- Las características específicas del caso a la luz del principio de proporcionalidad procesal serán determinantes en la elección de las mejores opciones instrumentales para la resolución del conflicto.

La idea de un sistema multipuertas está concebida como una oficina -presencial y/o virtual- a donde lleguen los conflictos y en donde estos puedan ser evaluados y derivados a aquella modalidad de solución que sea más adecuada según las características del caso particular⁹³¹.

Se busca, en primer lugar, ofrecer la información y orientación jurídica necesaria a la persona que necesita resolver un conflicto. En la medida de lo posible se busca que el conflicto pueda ser resuelto con una negociación privada por las partes del conflicto. Una vez el conflicto es formalmente declarado e ingresado al sistema multipuertas, se realiza una evaluación del conflicto.

En función del resultado de la evaluación del caso, se tomará una decisión acerca de su derivación a la instancia que resulte más adecuada para su resolución. En ese sentido, existen diversos métodos de solución en los que el conflicto podrá ser resuelto. El conflicto podría ser derivado a una instancia de mediación, arbitraje, conciliación de med-arb (método híbrido que se compone de una primera

⁹³¹ Seguimos los estudios de CEJA y especialmente a FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, en

FANDIÑO, M. (director), *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2018, pp. 28 y ss.

fase de mediación y otra de arbitraje) o puede ser resuelto adjudicativamente de forma directa por el propio juez. También existen experiencias en las que estas formas de resolver conflictos se especializan en función de la materia y por lo tanto se puede obtener un tratamiento más sofisticado del conflicto (derivación a mediador especializado en conflictos familiares o de consumo, por ejemplo).

Existen interesantes tendencias en este sentido en países ⁹³² como Colombia, Brasil⁹³³ y Canadá⁹³⁴.

⁹³² En América Latina, el modelo multipuertas se ha empleado en diversas instituciones. En Argentina, por ejemplo, es frecuente escuchar y leer la expresión “oficina multipuertas” donde se elimina cualquier referencia a un órgano jurisdiccional. Por otro lado, también ha sido utilizado en modelos como las Casas de Justicia en Colombia, las cuales a su vez cumplen la función de acercar el funcionamiento del sistema de justicia a las poblaciones más alejadas. Del mismo modo, también ha sido utilizado en experiencias como los Centros Integrados de Justicia en Bolivia o las Unidades de Justicia Vecinal en Chile, por mencionar algunos ejemplos (FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, cit., pp. 29 y ss).

⁹³³ El Código de Proceso Civil de Brasil (2015) tiene un reconocimiento expreso a la existencia de múltiples métodos consensuales de solución de conflictos, y se establece una visión no neutral en cuanto al uso de estos métodos. Se indica en el art. 3, num. 2º que el “Estado deberá promover siempre que sea posible la solución consensual de los conflictos”. Sin lugar a dudas, este reconocimiento indica que a los ojos del Estado no es indiferente que un mismo conflicto pueda resolverse en la vía adjudicativa o en la vía consensual. Por el contrario, siempre que sea posible, se debe preferir que el Estado promueva la solución acordada como una garantía para la

Como surge de la doctrina brasilera liderada por Marinoni ⁹³⁵ hay que abandonar la idea del sistema de justicia como una única puerta para referirnos a una Justicia Multipuertas en la que el sistema encargado de administrar justicia debe identificar el método apropiado para cada tipo de litigio. Por ello es necesario hablar de métodos consensuales de solución de conflictos y no de métodos alternativos, reconociendo que los métodos consensuales de solución de conflictos son, en general, más idóneos para

eficiencia del sistema de justicia y para favorecer una cultura de paz entre la población.

⁹³⁴ Un ejemplo significativo que permite sostener la irrupción de este nuevo paradigma es la legislación procesal civil de la provincia de Quebec (Canadá) del año 2014. Se señala que para prevenir una disputa potencial o resolver una existente, las partes interesadas, por mutuo acuerdo, pueden optar por un proceso privado de prevención y resolución de disputas. Los principales procesos privados de prevención y resolución de disputas son la negociación entre las partes y la mediación y el arbitraje, en las que las partes recurren a una tercera persona para que los asista. Las partes también pueden recurrir a cualquier otro proceso que consideren apropiado, ya sea con características de negociación, mediación o arbitraje o no. Las partes deben considerar los procesos privados de prevención y resolución antes de remitir su disputa a los tribunales (Ver FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, cit., pp. 30 y ss.; PICHÉ, C. y NOREAU, P., “Reformas a la Justicia Civil en Quebec y en Canadá”, cit., citado por FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, cit., pp. 31 y ss.).

⁹³⁵ MARINONI, L., ARENHART, S. y MITIDIERO, D., *Novo Código de Processo Civil comentado*, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2ª ed., Brasil, 2016, p. 148.

resolver determinados conflictos, como por ejemplo los conflictos familiares⁹³⁶.

Piché y Noreau⁹³⁷ en Canadá señalan la consolidación de una nueva cultura jurídica donde ya no existe una visión de “monismo jurídico” según la cual solamente existe el proceso judicial para resolver conflictos civiles. Por el contrario, este nuevo paradigma establece un nuevo enfoque según el cual los conflictos civiles pueden ser resueltos indiferentemente a través de instancias públicas o privadas, en donde el proceso judicial es solamente una de las opciones posibles⁹³⁸.

En definitiva, el sistema multipuertas parte de considerar un conjunto de métodos de solución de

controversias como adecuados, dependiendo de las características del conflicto. En ese conjunto de mecanismos de resolución de conflictos se encuentran métodos de adjudicación y métodos consensuales. Ninguno es método alternativo de los demás, ya que todos pueden ser adecuados en teoría para resolver un conflicto. La esencia consiste en encontrar en la práctica el mecanismo más adecuado al conflicto en particular, la puerta que conduce más eficientemente y eficazmente a la solución del problema que aqueja a las personas en conflicto en un caso concreto.

Como se indica en los estudios del CEJA⁹³⁹: “Una reforma que no

⁹³⁶ En Alemania, indica Lösing que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado que resolver una situación conflictiva por vía de una solución consensuada, también en un Estado de Derecho, es preferible a una decisión judicial en un procedimiento contradictorio. Esta posición - indica el autor- parece haber encontrado eco tanto en el legislador europeo como en el legislador alemán. La solución de un conflicto por vía de un acuerdo entre las partes es uno de los objetivos del procedimiento civil en Alemania. Tanto el debate oral como la posibilidad del juez de entrar en un diálogo con las partes son herramientas que el Código Procesal Civil pone en manos del juez para conciliar. Esto funciona relativamente bien, pero depende en gran medida de la capacidad de la jueza o el juez de informar a las partes sobre la solución percibida como justa, en base al análisis jurídico de todos los argumentos intercambiados (LÖSING, N., “El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas”, en FANDIÑO, M. (director), *Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay*, CEJA, Santiago, Chile, 2017, pp. 108 y 129).

⁹³⁷ PICHÉ, C. y NOREAU, P. *Reformas a la Justicia Civil en Quebec y en Canadá*, cit., citado por

FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, cit., pp. 31 y ss.

⁹³⁸ Esta aparición de una nueva cultura jurídica, nos invita a pensar en la consolidación de un paradigma de pluralismo jurídico en materias civiles. El concepto del pluralismo jurídico en varios países de América Latina tiene un fuerte arraigo debido al reconocimiento de la justicia indígena que permite que en un mismo Estado existan diversos sistemas jurídicos: uno de carácter eurocéntrico y otro indocéntrico (DE SOUSA, B., *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, CENDA-CEJIS-CEDIB, Santa Cruz de la Sierra, 2007, citado por FANDIÑO, M., “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, cit., pp. 32 y ss.).

⁹³⁹ Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), *10 ideas sobre el modelo de reforma a la justicia civil que promueve CEJA en América Latina y el Caribe*: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5657> (consultado el 25/2/2020).

establezca claramente cómo se va a coordinar la justicia civil con los MASC extrajudiciales (mediación/conciliación previa voluntaria u obligatoria) o intrajudiciales (conciliación intraprocesal o mediación judicial) está llamada a fracasar”.

El proceso judicial es solo uno de los ámbitos de conocimiento del conflicto. Pero además del proceso, el sistema de justicia debe prever una amplia gama de mecanismos orientados a la resolución del conflicto distintos a la sentencia dictada en un proceso judicial, ya sea a través de la instrumentación de un mecanismo autocompositivo, su derivación forzosa por decisión del juez o de la jueza, la producción anticipada de algunos medios probatorios que ayuden a resolver el caso en instancias iniciales, o la propia conciliación judicial en la audiencia preliminar. La intervención judicial en muchos de los casos no va a ser necesaria, como ocurre en los casos resueltos extrajudicialmente por las partes, en donde no hay sentencia y la autoridad judicial no actúa⁹⁴⁰.

Se ha criticado que a pesar de los avances que han tenido los medios de resolución de conflictos distintos al proceso, subsista en muchos países una mirada proceso-centrista de los sistemas de justicia; esto es una inclinación o sesgo por analizar los diversos mecanismos de solución de conflictos que no sean el proceso, como

una excepción, como sistemas secundarios, adyacentes. Se ha indicado que la visión proceso-centrista -si bien está cambiando en algunos códigos modernos como el de Brasil- está presente en muchos códigos procesales civiles al considerar los mecanismos distintos al proceso judicial como anomalías o situaciones excepcionales, utilizando incluso denominaciones tales como modos “anormales” o “extraordinarios” de terminación o conclusión del proceso⁹⁴¹.

Comparto con Cadiet⁹⁴² que debe concebirse un sistema de justicia plural, que ofrezca respuestas diversificadas a la demanda social de justicia. Desde un punto de vista externo, el pluralismo del sistema de justicia debe conducir a combinar las diferentes modalidades de resolución de controversias, las jurisdiccionales y las amistosas, las judiciales y las extrajudiciales, los polos de competencia jurisdiccional especializados y los escalones jurisdiccionales de proximidad generalistas, ofreciendo a cada tipo de conflicto o a cada conflicto el tipo de resolución que le conviene. Es tarea de la ley facilitar el paso de un modo a otro cuando cada uno de ellos presenta garantías equivalentes de buena justicia. El desarrollo contemporáneo de las antes llamadas modalidades alternativas (más modernamente: “adecuadas” junto con el proceso judicial) de resolución de conflictos,

⁹⁴⁰ Cf. ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., p. 142.

⁹⁴¹ Así se lo ha señalado reiteradamente por los investigadores del CEJA. Véase, por ejemplo: ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M.,

Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina, cit., pp. 143 y 144.

⁹⁴² CADIET, L., “La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías”, cit., p. 45.

participa en la promoción de este pluralismo del sistema de justicia. Puede incluso ser concebido como un instrumento de la gestión (*management*) judicial⁹⁴³.

Si miramos la realidad iberoamericana, no caben dudas de que el énfasis en la “desjudicialización” fue en muchos casos un objetivo del proceso de reforma a la justicia civil, alentándose la adopción de la mediación y el arbitraje como vías para lograr superar la congestión de la justicia. Señala Oteiza⁹⁴⁴ que acentuar el papel de los medios llamados

alternativos en contextos en los cuales la justicia civil tiene entre sus perfiles característicos exhibir barreras al acceso, no favorecer la igualdad de las partes, carecer de intermediación, ser predominantemente escrita y tan poco transparente como eficiente, no brinda una solución y alienta el descontento social⁹⁴⁵.

El protagonismo de los medios de resolución de disputas alternativos al proceso ha generado cuestionamientos ante el riesgo de estarse produciendo una suerte de privatización de la justicia civil. Así, Farrow⁹⁴⁶ ha manifestado

⁹⁴³ A pesar de las dificultades del cambio cultural, se ha dado un proceso evolutivo. Los sistemas procesales pasaron de la consideración de las formas “anormales” de terminación del proceso (*lógica de la anormalidad*), a los mecanismos “alternativos” de solución de conflictos (*lógica de la subordinación*), para terminar en lo que hoy se denominan sistemas integrales de solución de conflictos, los que comprenden las modalidades públicas y privadas, adjudicativas y consensuales (*lógica de la integración*). Algunos estados han asumido incluso una preferencia por la autocomposición del conflicto ante la vía judicial. Entre las razones argüidas se distinguen cuestiones relacionadas con eficiencia en la asignación de recursos y otras vinculadas a la generación de paz social y cultura del diálogo. En este nuevo paradigma, la solución adjudicativa a través de una sentencia judicial sería la “anormalidad” ya que por motivos de eficiencia, maximización de la autonomía personal y paz social, el sistema prioriza, *siempre que sea más adecuada*, la resolución anticipada de los conflictos por mecanismos de carácter colaborativo (ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, cit., pp. 145-146).

⁹⁴⁴ OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados

Nación y la Comunidad Internacional”, cit., pp. 50-51.

⁹⁴⁵ Agrega Oteiza que en lugar de proponer mejoras al proceso judicial como la vía principal se lo “subalternizó”, cometiendo el error de relativizar su importancia para el respeto de los derechos. Da cuenta que Argentina fue uno de los iconos de la tendencia que propiciaba la mediación. En el año 1995 sancionó la legislación que estableció la mediación como etapa previa obligatoria al inicio del proceso. Si bien un significativo número de provincias también adoptaron la mediación previa obligatoria, los resultados no fueron los esperados ni en cuanto a la mejora del servicio ni frente al discutible objetivo de descongestionar los tribunales, torpemente planteado por la referida legislación (OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional”, cit., p. 51). Sobre la mediación prejudicial obligatoria en Argentina, ver BERIZONCE, R. y VERBIC, F., “Las reformas procesales en la República Argentina”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, cit., pp. 72 a 74.

⁹⁴⁶ FARROW, T., *Civil justice, privatization and democracy*, Department of Political Science, Edmonton, Alberta, 2011, pp. 338-339. Ver también: FARROW, T., “Public Justice, Private Dispute Resolution and Democracy”, en MURPHY, R. y MOLINARI, P. (eds.), *Doing Justice:*

inquietud por tal fenómeno y su potencial impacto negativo en la calidad de la democracia. En otros términos, nos interpela acerca de si los altos incentivos a los medios alternativos al proceso no le están quitando fortaleza institucional al sistema de justicia democrático en pos de la eficiencia.

Armenta⁹⁴⁷, por su parte, sin dejar de reconocer las bondades de los medios de resolución de conflictos alternos a la jurisdicción estatal, señala su preocupación por la retirada o “adelgazamiento” del Estado en el ejercicio de diversas funciones, incluido el marco judicial, y por la tendencia a gestionar el sistema de justicia con parámetros económicos más que como poder que le corresponde constitucionalmente. Agrega que, en base a criterios de gestión eficaz de recursos escasos, especialmente en épocas de crisis, existen diferentes medios tendientes a “aligerar” la carga jurisdiccional, ya sea porque se trasladan competencias a órganos no jurisdiccionales que antes figuraban en dicho núcleo exclusivo, ya porque se desplaza el centro de la decisión a otros medios de resolución de conflictos, ya porque, lisa y llanamente, la jurisdicción resulta obviada. Concebir la justicia meramente como una administración lleva ínsito el riesgo de que, so pretexto de una mejor gestión, se quiera externalizar el servicio, lo que implicaría, ante la imposibilidad de cerrar el acceso a la jurisdicción, los continuos recordatorios a la posibilidad de

abandonarla, cuando no la previsión legislativa de premios si así se hace. De este modo se manifiesta la crisis de la correlación entre el Estado prestacional y la sociedad en su vertiente judicial, con el agravamiento de tratarse de un poder del Estado y no de la mera prestación de un servicio público.

En este punto debe buscarse un adecuado equilibrio. Ni un sistema de resolución de conflictos totalmente proceso-centrista (porque es una realidad que es imposible resolver la mayor parte de los conflictos a través del proceso y porque algunos conflictos pueden resolverse de modo más adecuado por otras vías), ni una invasión irracional de los sistemas no judiciales de resolución de conflictos (mediante formas distintas al proceso) que conduzca a la retirada del Estado de uno de sus roles esenciales y a la “privatización” de la justicia, afectando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y las garantías de la jurisdicción, sin las mínimas condiciones razonables de igualdad que deben asegurarse. No se debe confundir cuál es la vía más adecuada para resolver un conflicto, con la incapacidad de la jurisdicción o falta de políticas públicas de esta para resolver los problemas desde el Estado.

Asimismo, la llamada “justicia privada” debe cumplir con ciertas exigencias de tutela efectiva de los derechos (como lo es, por ejemplo, la imparcialidad del tercero interviniente, sea árbitro o mediador) para constituir

Dispute Resolution in the Courts and Beyond, Canadian Institute for the Administration of Justice, Canadá, 2009, pp. 301-358.

⁹⁴⁷ ARMENTA, T., *Derivas de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 25, 26, 34, 41 y 70.

una alternativa válida a la justicia pública, aunque no sean exactamente las mismas que las de la justicia pública. El cambio debe generarse desde la cultura⁹⁴⁸ (hoy esencialmente litigiosa y belicosa en los países iberoamericanos) en favor de las soluciones consensuales.

Las distintas vías que un sistema multipuertas ofrece para resolver los conflictos deben ser opciones elegidas libremente, con la orientación adecuada y no escogidas en base a los problemas que evidencia la justicia civil. Como indica Oteiza⁹⁴⁹, la aceptación de las alternativas al proceso, sin un proceso judicial que funcione adecuadamente, tiene como consecuencia que quienes deberían tener derecho a acceder a la justicia estatal resulten excluidos de una protección que les es reconocida tanto en el ámbito constitucional como convencional.

Finalmente, es fundamental en los países de Iberoamérica articular el sistema de justicia estatal todo con las modalidades de solución de conflictos de carácter comunitario y originario, que

no siempre son tenidas en cuenta en los procesos de reforma y que deben formar parte del sistema⁹⁵⁰.

2.3. GOBIERNO Y ORGANIZACIÓN JUDICIAL (SISTEMA ORGÁNICO-INSTITUCIONAL)

La visión sistémica de la Justicia Civil no puede omitir el análisis de la organización judicial con la que cuenta el país (tribunales, competencias, carrera judicial, sistema de ascensos, etc.). En todo proceso de cambio del sistema de justicia, el llamado “Gobierno Judicial”, en tanto organización, y a la vez conjunto de acciones que se realizan respecto al manejo de la estructura autónoma del Poder Judicial, resulta clave⁹⁵¹. Como destaca Arellano⁹⁵², el gobierno judicial es tema esencial para la consolidación de las democracias latinoamericanas. Definir conceptualmente y conocer empíricamente lo que es y cómo funciona el Poder Judicial de los estados es tarea fundamental para poder garantizar no solamente la legitimidad

⁹⁴⁸ Señala Armenta que, en algunas culturas como la asiática, la preferencia suele decantarse hacia métodos conciliadores siendo el proceso la última posibilidad y sin que resulte exacto aplicar a su realidad la diferencia occidental entre mediación y arbitraje, por ejemplo (ARMENTA, T., *Derivas de la justicia*, cit., p. 94).

⁹⁴⁹ OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional”, cit., pp. 50-51.

⁹⁵⁰ CEJA, *10 ideas sobre el modelo de reforma a la justicia civil que promueve CEJA en América Latina y el Caribe*: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5657> (consultado: 25/2/2020).

⁹⁵¹ Los principales modelos de Gobierno Judicial en los poderes judiciales de América Latina son: a) suprema cortes o cortes supremas con un rol protagónico en el gobierno y administración del Poder Judicial (Uruguay, Chile, Guatemala); Consejos de la Magistratura o Judicatura (Ecuador, Colombia, Argentina); y sistemas de repartición de responsabilidades entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura (Paraguay).

⁹⁵² ARELLANO, J., “Presentación”, en BINDER, A. y GONZÁLEZ, L. (directores), *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, CEJA, Santiago de Chile, p 7.

de los jueces y juezas en el desempeño de sus competencias, sino, más importante, asegurar la impartición justa de los derechos ciudadanos. Agrega: *“La discusión sobre el gobierno judicial debe incluir una dimensión política, que trate de la independencia del Poder Judicial frente a otros poderes públicos y grupos de interés particulares, y, además, debe considerar la dimensión operativa de organización y actuación de los magistrados y magistradas, desde el punto de vista del fortalecimiento de su autonomía funcional, y de la transparencia y objetividad de las reglas referentes a la selección, nombramiento y ascenso en la carrera”*.

Indica Binder⁹⁵³ que los sistemas de justicia de América Latina suelen presentar debilidad institucional de sus gobiernos judiciales, atrapados en instituciones y organizaciones de conducción obsoletas y que *“no fueron pensadas para un verdadero ejercicio independiente del poder de los jueces y para la defensa de esa independencia para el recio juego de intereses, propio de la democracia moderna. Quedo claro, entonces, que un solo juez aislado, por más que tuviera una gran capacidad profesional y un compromiso cívico excepcional, no podía, por sí solo, resolver el conjunto de tensiones que se acumulaban en el espacio de la justicia, pensado como un campo institucional con reglas, actores y racionalidades específicas”*.

Sin un gobierno judicial institucionalmente fuerte y

transparente, estará en jaque la independencia judicial, presupuesto esencial de cualquier reforma sistémica acertada. Las claves culturales del gobierno judicial están cambiando y deben seguir cambiando, para dotar al sistema de justicia de los elementos democráticos esenciales, los cuales jamás se deben dar por supuestos, sino que requieren trabajo constante y rendición de cuentas permanente.

2.4. TALENTO HUMANO

Juezas y jueces, funcionariado y auxiliares, con sus correspondientes perfiles de cargo constituyen un elemento esencial del sistema de justicia civil y, por ende, son clave en todo proceso de cambio. Son el talento humano imprescindible para prestar un servicio de justicia adecuado, eficiente y eficaz, pero también deben ser parte del diseño e implementación de las reformas. Asimismo, debe prestarse especial atención a la abogacía pública y privada, al sistema pericial, a los servicios técnicos necesarios, entre otros.

2.5. RECURSOS MATERIALES

Los recursos materiales (oficinas, equipamiento, tecnología, etc.), son herramientas imprescindibles para operativizar el servicio de justicia e implementar cualquier política de fortalecimiento.

⁹⁵³ BINDER, A., “Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento de los jueces”, en BINDER, A. y GONZÁLEZ, L. (directores),

Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina, cit., p 16.

2.6. PRESUPUESTO ADECUADO

Todo sistema de justicia debe definir cuál será la inversión que requiere, siendo especialmente relevante en los procesos de reforma definir cómo financiarla, obteniendo los recursos presupuestales que al menos resulten esenciales.

2.7. MODELO PROCESAL

Por supuesto que el modelo procesal, por su parte, debe contemplar los principios y las estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales. Pero este modelo que surge en Iberoamérica de los códigos procesales civiles, es tan solo un elemento fundamental del sistema, pero no el único.

En relación a los principios procesales básicos que deben observarse en los conflictos que se resuelven dentro del sistema de justicia, el énfasis debe estar puesto en cómo efectivizar tales principios para evitar que caigan en desaplicación práctica.

En cuanto a las estructuras, el proceso ordinario por audiencias y el proceso monitorio son las más atractivas por eficiencia y adecuación a los principios procesales que la doctrina identifica como claves, coordinados con un sistema de justicia de cercanía y/o pequeñas causas o vecinal sencillo y accesible y una adecuada solución para los procesos colectivos.

Deben buscarse soluciones innovadoras al “drama” del proceso de ejecución que azota nuestros países (obtener una sentencia es lento,

ejecutarla es casi imposible). Es este sentido existen experiencias interesantes a adaptar a nuestros países en sistemas europeos (Alemania, España, Gran Bretaña, entre otros).

2.8. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LAS OFICINAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA

A partir de los elementos precitados, debe plantearse la nueva organización y gestión de las oficinas o despachos judiciales, pero también de toda las oficinas de apoyo del sistema de justicia, aunque no integren el Poder Judicial. Ello implica asumir los cambios organizacionales y procesales necesarios, redefiniendo los procesos de trabajo y previendo los recursos económicos imprescindibles, con el auxilio de las nuevas tecnologías.

2.9. TECNOLOGÍA

No puede concebirse hoy un sistema de justicia eficiente sin el auxilio de la tecnología. Por ende, la incorporación de las tecnologías necesarias y de la inteligencia artificial es hoy a la vez una necesidad indiscutida y un gran desafío.

2.10. ASISTENCIA JURÍDICA

La justicia civil debe contar con sistemas adecuados de asistencia jurídica y/o de orientación e información a las personas destinatarias del sistema de justicia que no puedan afrontar los honorarios de una defensa jurídica, de modo que se garantice la igualdad procesal efectiva.

2.11. CAPACITACIÓN

Un adecuado plan de capacitación permanente para la judicatura, la abogacía y el funcionariado, centrado en habilidades y destrezas y con enfoque profundamente práctico, debe ocupar un lugar central en el sistema de justicia civil.

Pero además, cuando se busca implementar un cambio en la justicia - que suele tener connotaciones culturales- se requiere con mayor énfasis un programa de capacitación previo y concomitante a los cambios en el sistema de justicia y posteriormente en forma permanente destinado a todas las personas que actúan como operadores en el sistema de justicia y a las personas usuarias o potencialmente usuarias en general. Solo así es posible realizar el paso de la realidad anterior al nuevo modelo.

2.12. CONTROL Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Todo sistema de justicia requiere el adecuado control de quienes actúan en este: judicatura, abogacía, funcionariado, personas auxiliares y personas usuarias.

Asimismo, el sistema de justicia debe rendir cuenta a la sociedad sobre el cumplimiento de sus fines, sobre cómo se administran los recursos públicos, cómo se designan y ascienden sus servidores públicos, etc.

⁹⁵⁴ No es objeto de este trabajo analizar el marco conceptual de la independencia judicial y los peligros que la acechan (que son muchos y demasiado complejos). A tales efectos, cabe -

2.13. ALGUNAS BASES O PRESUPUESTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

2.13.1. *Independencia judicial y transparencia*

Todos los componentes del sistema de justicia civil analizados precedentemente deben tener como presupuestos esenciales, la existencia de independencia judicial, transparencia de la gestión y publicidad de los procesos, en pos de una justicia más cercana a las personas y de duración más razonable. La construcción progresiva y sostenida de un sistema judicial independiente⁹⁵⁴ y responsable, y la legitimidad y confianza pública, constituyen elementos medulares del estado de derecho. Se requiere fortalecer concomitantemente los elementos centrales de un sistema de justicia efectivo: equidad, imparcialidad, motivación y cumplimiento de la regla de derecho en las decisiones, seguridad jurídica, accesibilidad, eficiencia, independencia y credibilidad.

2.13.2. *Seguridad jurídica*

por ejemplo- remitir a la obra en la que colaborara anteriormente: NIEVA FENOLL, J., y OTEIZA, E. (coord.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, España, 2019.

Entre los objetivos de las políticas públicas específicos de la justicia civil, se señala cada vez con mayor énfasis en Iberoamérica, la necesidad de garantizar la seguridad jurídica. Deben diseñarse e implementarse políticas que contribuyan a fortalecer las herramientas que permitan la predictibilidad razonable de las decisiones y generar grados razonables de certeza en el sistema de justicia civil, cuando los hechos, las pruebas y las pretensiones son similares, atendiendo al marco constitucional vigente. Este objetivo vinculado a la seguridad jurídica, requiere que en las reformas u otras acciones de fortalecimiento de la justicia civil se considere, conforme al marco jurídico sustantivo y a la realidad social y económica del país, la posible adopción de mecanismos tales como: la consideración sistemática de las líneas jurisprudenciales; los efectos vinculantes de las decisiones de las altas cortes; grupos de trabajo permanentes para discutir casos y adoptar razonamientos comunes de los tribunales; herramientas encaminadas a disminuir los fallos contradictorios y resolver las contradicciones; etc.

2.13.3. *Legitimidad social del sistema de justicia*

⁹⁵⁵ LÖSING, N., “El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas”, cit., pp. 130 - 131.

⁹⁵⁶ GARGARELLA, R., “Presentación” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia*

La independencia judicial y la seguridad jurídica se vinculan esencialmente con la legitimidad social del sistema de justicia, elemento considerado para medir la calidad democrática de este.

La confianza social en la justicia, entendido como el grado de confianza que tienen las personas en que los casos que presenten ante el sistema de justicia serán resueltos de manera justa, es un indicador relevante. Del mismo modo, la percepción de la sociedad acerca de los niveles de independencia judicial y de corrupción judicial, suelen marcar un correlato esencial con la legitimidad que las personas le confieren al sistema de justicia.

Como lo indica Lösing ⁹⁵⁵ al analizar el sistema de justicia civil alemán, sin confianza en los jueces y las juezas, ni el mejor ordenamiento procesal puede funcionar. La columna vertebral del sistema procesal sigue siendo la buena formación y capacitación de los operadores del Poder Judicial y de la abogacía. En cuanto más transparente sea el procedimiento de formación de la convicción judicial, mayor será la aceptación de las resoluciones que emanen del tribunal.

La legitimidad del sistema de justicia en los tiempos modernos está también asociada al rol de la judicatura en la organización institucional de un Estado democrático. Como señala Gargarella ⁹⁵⁶, el modelo de revisión

dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2013, pp. 9-10.

judicial juega un rol esencial. Preguntas tales como por qué los jueces y no los legisladores (que son elegidos por el pueblo) tienen a cargo la tarea principal en materia de interpretación constitucional, o por qué tienen los jueces la última palabra en la resolución de los problemas constitucionales esenciales, están en la base de los debates sociales sobre la legitimación del sistema de justicia. A su vez, el diseño institucional que muestra carencias y fisuras también nos interpela. Tal como Gargarella⁹⁵⁷ lo hace, cabe preguntarse por qué se ha adoptado un sistema institucional tan rígido donde las relaciones entre el Poder Judicial y los otros poderes son bastante rudimentarias (básicas y carentes de matices), resolviéndose los problemas constitucionales sin diálogo ni cooperación. El camino hacia una justicia dialógica no es fácil, pero parece el único razonable en tiempos de empoderamiento ciudadano y participación, si se quiere reconciliar a los sistemas de justicia con las personas usuarias de los mismos y con la

sociedad toda⁹⁵⁸. Los asuntos constitucionales fundamentales podrían, en este enfoque, ser resueltos mediante un diálogo institucionalizado persistente en el tiempo y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía. Las experiencias de Argentina⁹⁵⁹ y Colombia⁹⁶⁰ en materia de procesos colectivos y sentencias estructurales son ejemplos de este complejo pero legitimante nuevo enfoque del rol de los tribunales en su relación con los demás actores del sistema.

CONSIDERACIONES FINALES

- Se viene insistiendo de modo creciente en la necesidad de que, al estudiar la justicia civil y al diseñar e implementar una intervención pública en el sistema de justicia, se lo haga con un enfoque sistémico e integral.
- Hoy es imposible plantear seriamente el estudio de un tema relevante de la justicia civil o el diseño e implementación de una reforma, sin

⁹⁵⁷ GARGARELLA, R., “Presentación”, cit., p. 10.

⁹⁵⁸ Gargarella, con el propósito de consolidar una cultura dialógica, defiende el valor de un sistema constitucional basado sobre el diálogo democrático en contraste con uno fundado sobre la idea de frenos y contrapesos (GARGARELLA, R., “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, cit., p. 151).

⁹⁵⁹ LORENZETTI, R., “Las audiencias públicas y la Corte Suprema” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación*

democrática, cit., pp. 345 y ss; BERGALLO, P., “La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, cit., pp. 245 y ss.

⁹⁶⁰ OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia” en BAZÁN, V. (editor), *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Nro. 5, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Fundación Konrad Aenauer, Colombia, 2015, pp. 91 y ss.

atender a la perspectiva sistémica, es decir, comprender un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común.

- Es necesario que la institución judicial sea pensada, más que como una universalidad de hecho yuxtaponiendo (apilando) jurisdicciones autónomas las unas de las otras, como un sistema global y debe tenerse en cuenta en su totalidad y en su complejidad, más allá de los procesos jurisdiccionales. Este análisis sistémico debe ser central para la definición e implementación de políticas públicas de justicia.

- Las políticas públicas son definidas desde la Ciencia Política como cursos de acción tendientes a la solución de problemas públicos ocasionados por múltiples factores que afectan a grupos sociales específicos o a la sociedad toda en un país y se instrumentan a través de herramientas concretas, para garantizar principios jurídicos y componentes sustantivos, procesales y de gestión e información.

- El sistema de administración de justicia es parte muy importante de la institucionalidad política y jurídica del Estado, siendo su nivel de autonomía, eficiencia y prestigio social un importante "termómetro" para medir el grado de desarrollo y solidez de las instituciones democráticas alcanzado en una sociedad.

- Son algunas manifestaciones concretas de los objetivos de política pública en las reformas a la justicia civil iberoamericanas la expansión del acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, así como la desburocratización y la transparencia del sistema de justicia.

- Un objetivo general de política pública que debe tenerse en cuenta en la justicia civil es el uso eficiente de los recursos públicos. En las transformaciones ocurridas en las últimas décadas, los aspectos socio-económico han influido de diversas maneras sobre la justicia.

- La cuestión del costo (más técnicamente: inversión) de los servicios y el uso eficiente de los recursos públicos es una discusión que debe darse en cualquier plan de diseño de políticas públicas, incluyendo la justicia. El Poder Judicial, en cuanto conjunto de órganos destinados al ejercicio de la actividad jurisdiccional, es un bien común y, como todo bien común, corre el riesgo de ser sobreutilizado, generando un escenario de sobrecarga o crisis (véase, por ejemplo, el problema de sobreutilización que se plantea en varios países mediante las demandas frívolas o planteadas sin fundamentos).

- Las reformas a la justicia civil realizadas en Iberoamérica entre 1988 y 2010, pero también algunas posteriores, han respondido, la mayor parte de las veces, a esfuerzos académicos y/o políticos, sectoriales o aislados del enfoque sistémico e integral. Algunas reformas posteriores (realizadas entre 2011 y 2024), en cambio, se han destacado por al menos intentar (de modo tímido o más acentuado) asumir un enfoque de política pública, con independencia de su resultado final más o menos exitoso.

- Como propuesta de solución debe considerarse la justicia como un sistema multipuertas. En ese conjunto de mecanismos de resolución de conflictos se encuentran métodos de

adjudicación y métodos consensuales. Una verdadera justicia multipuertas no se limita a un menú de diversas vías de solución del conflicto, sino que supone asesorar a las personas, con el menú del conjunto de métodos de solución de controversias, acerca de cuál o cuáles son adecuados, atendiendo a las características específicas del conflicto. De ese modo, libremente, pero con el debido asesoramiento, la persona elige la puerta de la la justicia a golpear.

- Debe buscarse un adecuado equilibrio. Ni un sistema de resolución de conflictos totalmente procesocentrista (porque es una realidad que es imposible resolver la mayor parte de los conflictos a través del proceso y porque algunos conflictos pueden resolverse de modo más adecuado por otras vías), ni una invasión irracional de los sistemas no judiciales de resolución de conflictos (mediante formas distintas al proceso) que conduzca a la retirada del Estado de uno de sus roles esenciales y a la “privatización” de la justicia, afectando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y las garantías de la jurisdicción, sin las mínimas condiciones razonables de igualdad que deben asegurarse.

- Las claves culturales del gobierno judicial están cambiando y deben seguir cambiando, para dotar al sistema de justicia de los elementos democráticos esenciales, los cuales jamás se deben dar por supuestos, sino que requieren trabajo constante y rendición de cuentas permanente.

- Debe priorizarse el talento humano, imprescindible para prestar un servicio de justicia adecuado, eficiente y eficaz. El modelo procesal, por su parte,

debe contemplar los principios y las estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales. Además, es importante la nueva organización y gestión de las oficinas o despachos judiciales, pero también de todas las oficinas de apoyo del sistema de justicia, aunque no integren el Poder Judicial. La incorporación de las tecnologías necesarias y de la inteligencia artificial es hoy a la vez una necesidad indiscutida y un gran desafío. Son imprescindibles asistencia jurídica accesible - especialmente a las personas en situaciones de vulnerabilidad- y capacitación a los operadores jurídicos, pero también a la sociedad civil. Finalmente, todo sistema de justicia requiere el adecuado control de quienes actúan en este: judicatura, abogacía, funcionariado, personas auxiliares y personas usuarias; así como independencia judicial y transparencia; seguridad jurídica y legitimidad social del sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, J., “Presentación”, en ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y SUCUNZA, M., *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, CEJA, Chile, 2020.
- ARELLANO, J., “Presentación”, en BINDER, A. y GONZÁLEZ, L. (directores), *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, CEJA, Santiago de Chile.
- ARMENTA, T., *Derivas de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- BERGALLO, P., “La causa “Mendoza”:
una experiencia de judicialización
cooperativa sobre el derecho a la
salud” en GARGARELLA, R.
(compilador), *Por una justicia
dialógica – El Poder Judicial como
promotor de la deliberación
democrática*, Siglo Veintiuno
editores, Buenos Aires, 2013.
- BERIZONCE, R. y VERBIC, F., “Las
reformas procesales en la
República Argentina”, en OTEIZA,
E. (coord.), *Sendas de la reforma
de la justicia a principios del siglo
XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- BINDER, A., “Gobierno judicial.
Independencia y fortalecimiento
de los jueces”, en BINDER, A. y
GONZÁLEZ, L. (directores),
*Gobierno Judicial. Independencia y
fortalecimiento del Poder Judicial
en América Latina*, CEJA, Santiago
de Chile.
- CADIET, L., “La justicia civil francesa
entre eficiencia y garantías”, *Civil
Procedure Review*, v.4, n.3, sep-
dec., 2013.
- Centro de Estudios de Justicia para las
Américas (CEJA), *10 ideas sobre
el modelo de reforma a la justicia
civil que promueve CEJA en
América Latina y el Caribe*:
[https://biblioteca.cejamericas.org/
handle/2015/5657](https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5657) (consultado el
25/2/2020).
- CORDOVEZ, C., “Conclusiones
Generales”, en *Justicia. Un vínculo
pendiente entre Estado,
ciudadanía y desarrollo*, Banco
Interamericano de Desarrollo,
Washington, 2007.
- DAMASKA, M., *Las caras de la justicia y
el poder del estado. Análisis
comparado del proceso legal*,
Editorial Jurídica de Chile,
Santiago, 2000.
- DELGADO, J., “Argumentos para discutir
sobre tasas judiciales”, en *Revista
Chilena de
Derecho*, vol.40, no.1, Santiago, a
br. 2013.
- DE SOUSA, B., *La reinención del Estado
y el Estado Plurinacional*, CENDA-
CEJIS-CEDIB, Santa Cruz de la
Sierra, 2007.
- ESPINOSA, L., FANDIÑO, M. y
SUCUNZA, M., *Estudio comparado
sobre las reformas procesales
civiles en América Latina*, CEJA,
Chile, 2020.
- FANDIÑO, M., GONZÁLEZ, L. y
SUCUNZA, M., *Proceso civil. Un
modelo adversarial y colaborativo*,
Editores del Sur, Buenos Aires,
2020.
- FANDIÑO, M., “Lineamientos para la
transformación de los juzgados
civiles en base a los nuevos
paradigmas procesales”, en
FANDIÑO, M. (director), *La gestión
judicial de los nuevos tribunales
civiles*, Centro de Estudios de
Justicia de las Américas (CEJA),
Santiago de Chile, 2018.
- FARROW, T., *Civil justice, privatization
and democracy*, Department of
Political Science, Edmonton,
Alberta, 2011.
- FARROW, T., “Public Justice, Private
Dispute Resolution and
Democracy”, en MURPHY, R. y
MOLINARI, P. (eds.), *Doing Justice:
Dispute Resolution in the Courts
and Beyond*, Canadian Institute for
the Administration of Justice,
Canadá, 2009.

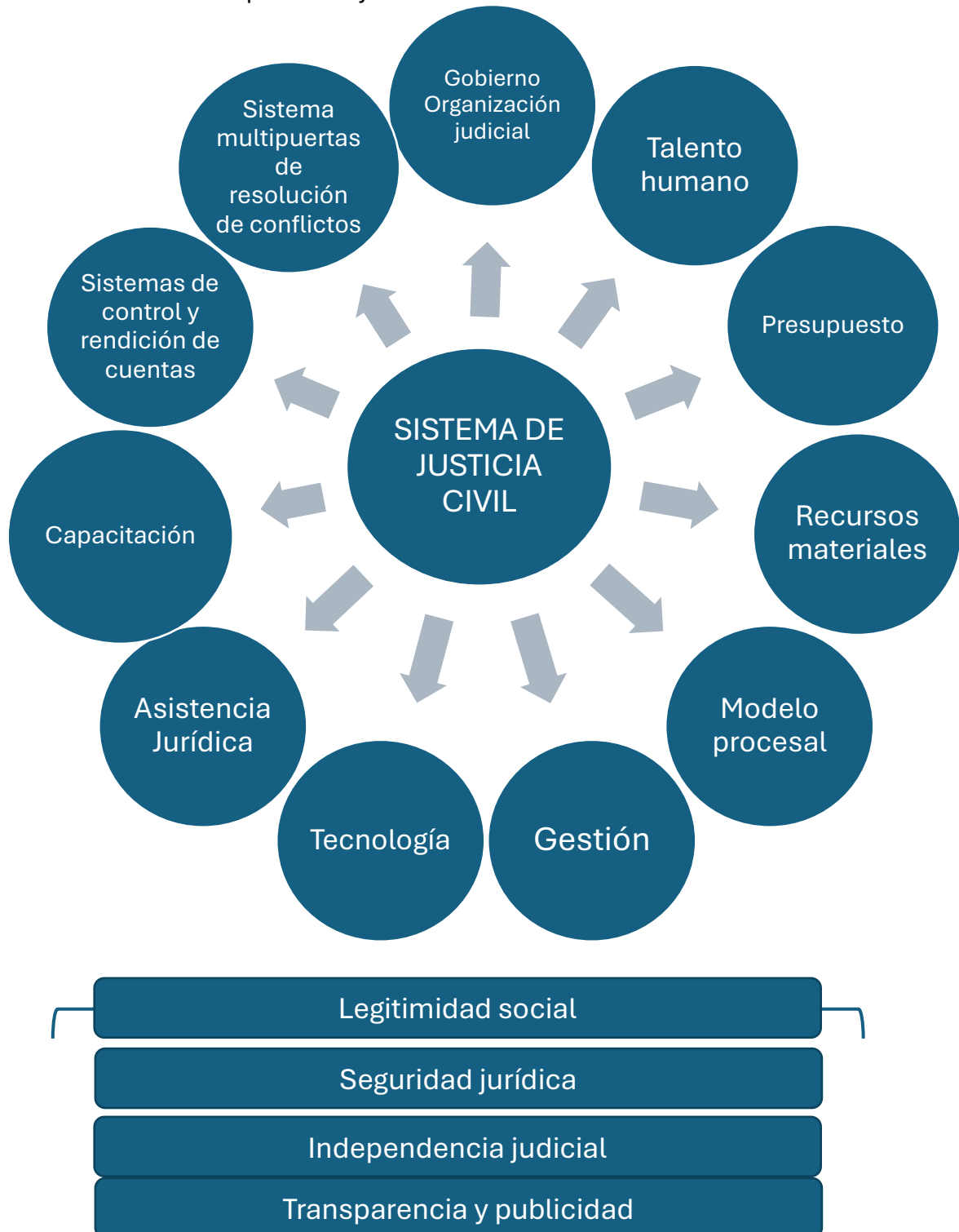
- GARGARELLA, R., “Presentación” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2013.
- GARGARELLA, R., “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2013.
- HAMMERGREN, L., *Envisioning Reform, Improving Judicial Performance in Latin America*, Pennsylvania, 2007.
- HENDERSON, K. y AUTHEMAN, V., “Poderes judiciales transparentes y responsables”, en CORDOVEZ, C. (Ed.), Banco Interamericano de Desarrollo, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Washington, 2007.
- JALKH, G., *La transformación de la Justicia en el Ecuador – Una realidad medible*, Consejo de la Judicatura, Quito, Ecuador, 2017.
- LILLO, R., “Indicadores de CEJA: El rol de las TIC en una justicia para ciudadanos”, *Revista Sistema Judiciales*, CEJA, Año 9, Nº 16.
- LORENZETTI, R., “Las audiencias públicas y la Corte Suprema” en GARGARELLA, R. (compilador), *Por una justicia dialógica – El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2013.
- LÖSING, N., “El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas”, en FANDIÑO, M. (director), *Estudios comparados sobre reformas al sistema de justicia civil: Alemania - España - Uruguay*, CEJA, Santiago, Chile, 2017.
- MARINONI, L., ARENHART, S. y MITIDIERO, D., *Novo Código de Processo Civil comentado*, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2ª ed., Brasil, 2016.
- MOSTAJO BARRIOS, J., “Las reformas procesales en Bolivia y la construcción de una nueva justicia civil”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- NIEVA FENOLL, J., y OTEIZA, E. (coord.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, España, 2019.
- OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia” en BAZÁN, V. (editor), *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Nro. 5, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Fundación Konrad Aenauer, Colombia, 2015.
- OTEIZA, E., “América Latina, Cultura y Proceso Civil”, *Revista de Processo*, Año 39, vol. 227, San Pablo, 2014.
- OTEIZA, E., “Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la Comunidad Internacional” en OTEIZA, E., (coord.), *Sendas de la*

- reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- OTEIZA, E., “Argentina: el fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, *Coloquio Universidad de Valencia*, disponible en: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf> (consultado: 8/1/2021).
- PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad del procedimiento civil - Una reconstrucción teórica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- PEREIRA CAMPOS, S., VILLADIEGO BURBANO, C. y CHAYER, H., “Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe” en PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011.
- PEREIRA CAMPOS, S., “Reforma a la Justicia no Penal: Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica”, libro de las *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Panamá, 2014.
- PEREIRA CAMPOS, S., “Justice Systems in Latin America: the challenge of civil procedure reforms in Latin America”, *Legal Information Management (LIM)*, Volume 15, Issue 2, June 2015.
- PEREIRA CAMPOS, S., “Las reformas del Sistema de Justicia en Uruguay como política de Estado”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- PICHÉ, C. y NOREAU, P., “Reformas a la Justicia Civil en Quebec y en Canadá”, en FANDIÑO, M. (director), *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil - Australia y Canadá*, Volumen II, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2019
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia – América Latina y El Caribe*, Argentina, 2005.
- PRIORI, G., “Breve crónica de la historia de la reforma procesal civil en el Perú”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- TARUFFO, M., “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- TARUFFO, M., “Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks”, *Revista de Processo*, año 39, núm. 237.
- UZELAC, A., “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC, A. (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014.
- VARGAS GUEVARA, E. y MONGE MORALES, G., “La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el

- camino correcto?”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 6, n. 1, enero/junio 2019.
- VARGAS VIANCOS, J., “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, en PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011.
- VILLALBA, P., “La realidad procesal en la experiencia paraguaya”, en OTEIZA, E. (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, España, 2018.
- WOLKART, E., *Análise Econômica do Processo Civil*, Thomson Reuters, San Pablo, Brasil, 2019.
- ZUCHERMAN, A., “Justice in Crisis: Comparative Dimension of Civil Procedure”, en *Civil Justice in Crisis*, ZUCHERMAN, A. (ed.), Oxford, 2003.

ADJUNTO

Componentes y bases del Sistema de Justicia Civil



Fuente: Pereira Campos, Santiago

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE RITOS NA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS⁹⁶¹

POSSIBILITY OF RITES CUMULATION TO SATISFY ALIMONY OBLIGATION

Thiago Rodvalho

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. São Paulo – SP. E-mail: rodovalho@rodovalho.pro.br.

Ana Flávia Violante

Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Graduada pela Universidade de Araraquara-UNIARA. Advogada. Vice-presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB 5ª subseção Araraquara/SP. E-mail: anaflaviaviolante@gmail.com.

RESUMO: Dada a natureza do crédito de alimentos, considerando-se as particularidades e relevância das prestações alimentícias, o legislador sempre buscou medidas a tornar mais efetiva a tutela devida ao respectivo credor. Por esta razão, desde a codificação processual anterior, havia alternativa de acesso a duas vias executivas distintas, a de execução comum de obrigação de pagar quantia certa (art. 732 do CPC/1973) e a da execução especial, com possibilidade de prisão civil do executado inadimplente (art. 733 do CPC/1973). O atual Código de Processo Civil mantém a disciplina que possibilita a cobrança dos alimentos mediante prisão (arts. 528, §§3º a 7º e 911, CPC) e penhora (art. 528, §8º, e 913, CPC). Da mesma forma que a legislação caminha no

sentido de trazer efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário), de rigor que os aplicadores do Direito prossigam em constante e concreto processo de efetivação dos direitos humanos. Neste ponto se insere a discussão proposta no presente artigo, que tem por objetivo, após considerações sobre o instituto dos alimentos e garantia de sua efetividade através das diversas formas de cobrança judicial, analisar a possibilidade da cumulação dos ritos da prisão e da expropriação, tanto em cumprimento de sentença quanto em execução de título extrajudicial de alimentos, como forma de facilitação do acesso à Justiça com vistas à satisfação da obrigação inadimplida, analisando-se posicionamentos tradicionais e recentes

⁹⁶¹ Artigo recebido em 26/12/2022 e aprovado em 28/06/2023.

da doutrina e da jurisprudência. De um lado, há aqueles que defendem a impossibilidade de cumulação dos ritos, pois substancialmente distintos, sob pena de causar tumulto processual (a escolha de uma forma procedimental, portanto, exclui a utilização da outra no mesmo processo). De outro lado, existem os defensores da viabilidade da cumulação, reconhecida a partir da especial natureza, bem como, da urgência na satisfação do crédito alimentar, além da inexistência de impedimento legal, numa visão sistemática do ordenamento, facultando-se ao credor dos alimentos a escolha pelo melhor meio executivo de seu crédito, desde que observados os critérios do art. 528, §7º, CPC, segundo a conveniência e as peculiaridades do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Alimentos; Cumprimento de Sentença; Cumulação de Ritos; Execução de Alimentos.

ABSTRACT: Considering the nature of the alimony credit, its particularities and relevance, the legislator has always sought measures to make the protection due to the respective creditor more effective. For this reason, since the previous Civil Procedure Code, there was the alternative of access to two different executive channels, the common execution of the obligation to pay a certain amount (art. 732 of CPC/1973) and the special execution, with the possibility of civil imprisonment of the defaulter executed (art. 733 of CPC/1973). The current Code of Civil Procedure maintains the discipline that

makes it possible to collect alimony through imprisonment (art. 528, §§3 and 7 CPC) and attachment (art. 528, §8, CPC). As well as the legislation moves towards bringing effectiveness to the fundamental rights provided by the Federal Constitution (and international treaties to which Brazil is a signatory), it is imperative that jurists continue in a constant and concrete process of enforcement of human rights. At this point, the discussion proposed in this article is inserted, which aims, after considerations on the alimony institute and guarantee of its effectiveness through the various forms of judicial collection, to analyze the possibility of the cumulation of the rites of imprisonment and expropriation, both in enforcement of the judgment and enforcement of an extrajudicial instrument (title) of alimony obligation, as a way of facilitating access to Justice towards satisfying the defaulted obligation, analyzing traditional and recent positions of doctrine and case law. On the one hand, there are those who defend the impossibility of cumulation of the rites, since they are substantially distinct, under penalty of causing procedural turmoil (the choice of one procedural form, therefore, excludes the use of the other in the same process). On the other hand, there are supporters of the feasibility of cumulation, recognized from the special nature as well as the urgency in satisfying the alimony credit, in addition to the lack of legal impediment, in a systematic view of the order, allowing the alimony creditor to choose the best means of executing his credit, respecting the criteria of article 528, §7, CPC,

according to the convenience and peculiarities of the concrete case.

KEYWORDS: Access to Justice; Alimony; Compliance with Judgment; Cumulation of Rites; Alimony Collection.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina a execução de alimentos, através de cumprimento de sentença (CPC, art. 528 e seguintes) ou execução de título extrajudicial (CPC, art. 911 e seguintes), prevendo como consequência do não pagamento e ausência, ou não acolhimento, da justificativa apresentada, após intimação, a prisão do executado, pelo débito alimentar que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (CPC, arts. 528, §§3º a 7º e 911), ou a penhora de bens do devedor para satisfação da dívida (CPC, arts. 528, §8º e 913).

O credor pode optar pela execução somente mediante expropriação de bens do devedor, ou pode executar o débito, parte sob a consequência da prisão e, quanto às parcelas vencidas antes dos três meses do ajuizamento da execução, mediante penhora do patrimônio do executado.

Dúvida recorrente e que afeta o procedimento e a celeridade das execuções de alimentos, diz respeito à possibilidade ou não de cumulação, nos mesmos autos, dos pleitos sob ritos da

prisão e da expropriação de bens do devedor, na situação em que a inadimplência abrange débitos anteriores a três meses do ajuizamento da execução e posteriores.

E a discussão é pertinente à execução de alimentos fundada em título extrajudicial e ao cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia, transitada em julgado ou não, ou de decisão interlocutória, de natureza antecipatória, que fixe alimentos.

No transcorrer do presente trabalho serão analisados, mais detidamente, os procedimentos antes identificados, postos à disposição do credor para satisfação do crédito alimentar.

A análise mais detida de referido conteúdo e do posicionamento da doutrina e da jurisprudência permitirá a conclusão sobre a viabilidade da cumulação dos ritos processuais, em prestígio à facilitação da cobrança, em proteção do credor alimentício, pela peculiar natureza do crédito, em especial à luz dos recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.⁹⁶²

1. BREVES TRAÇOS HISTÓRICOS - ALIMENTOS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Relevante traçar breve anotação histórica acerca da origem do direito à percepção de alimentos no

⁹⁶² Nesse sentido: STJ, REsp 2004516-RO, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 18/10/2022, DJe 21/10/2022. Processo sob segredo judicial, Rel.

Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 09/08/2022, Informativo n. 744.

ordenamento jurídico pátrio e suas garantias constitucionais.

Mundo afora, desde a Revolução Francesa, a humanidade vinha caminhando na busca pela elaboração de direitos com sentido universal. Todavia, somente após a ruptura provocada com totalitarismo nazista, os povos e os Estados democráticos se mobilizaram para tornar os Direitos Humanos efetivamente a base do sistema da Organização das Nações Unidas, ocasião em que elaborada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração Universal, a Carta da ONU, o Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos e o Pacto internacional relativo aos direitos econômicos e culturais delinearão o processo da *internacionalização* dos direitos humanos⁹⁶³⁻⁹⁶⁴

No Brasil, a elaboração e proclamação da Constituição Federal em 1988 marca importante processo de *internalização* dos direitos humanos, ocasião em que os direitos foram

reconhecidos e positivados em âmbito nacional⁹⁶⁵.

Desta forma, a *Constituição Cidadã* representa a harmonia do Brasil com os direitos humanos, desde a sua estrutura, organização e distribuição dos artigos, destacados estes direitos logo no início do texto constitucional, como forma de demonstração, pelo poder constituinte, da prioridade em garanti-los e torná-los a base para a sociedade brasileira que seria sustentada,⁹⁶⁶ a partir daquele momento, pela nova Constituição⁹⁶⁷.

O citado processo de internalização dos direitos humanos permanece em constante evolução nos países signatários da Declaração Universal⁹⁶⁸. As legislações devem caminhar no sentido de cada vez mais garantir os direitos dos homens. Da mesma forma, de rigor que os aplicadores do Direito prossigam na busca incansável pela justiça, com proteção aos direitos fundamentais.

Neste sentido, necessária a abordagem acerca da efetividade do direito essencial à vida, resguardado desde a Declaração Universal dos Direitos

⁹⁶³ SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-156, ago. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 jun. 2023.

⁹⁶⁵ FISCHMANN, R. Constituição brasileira, direitos humanos e educação. *Revista Brasileira de Educação*. v.14 n.40 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbedu/v14n40/v14n40a13.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

⁹⁶⁶ Rodvalho, T. Das Rechtsstaatsprinzip (O Princípio do Estado Democrático de Direito) e a

Segurança Jurídica, in José Manoel de Arruda Alvim Netto *et alii* (dirs.). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 108, vol. 415, jan./jun. de 2012, p. 295.

⁹⁶⁷ ARAÚJO, L. F.; FONSECA, C. R. A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21440/a-influencia-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 08 jun. 2023.

⁹⁶⁸ FISCHMANN, R. Constituição brasileira, direitos humanos e educação. cit.

Humanos (art. 1º), sob o prisma do direito à percepção de alimentos.

Presentes, em nossa Constituição Federal, fundamentos do direito de alimentos na preservação da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao lazer, fundada a obrigação de prestar alimentos no princípio constitucional da solidariedade familiar (CF, art. 227 e 229).

2. A NATUREZA SUI GENERIS DO CRÉDITO ALIMENTAR

Talvez se possa afirmar que o primeiro direito do ser humano é o de sobreviver. Para realizá-lo, o indivíduo precisa de meios materiais, tais os alimentos, o vestuário, abrigo, etc. Na organização social vigente entre nós, a pessoa obtém os bens materiais de que necessita através de seu trabalho ou da renda de seus capitais. Todavia, pode ocorrer que não tenha recursos, nem elementos para prover, por intermédio de sua atividade, à própria subsistência. Daí o mister de outros o proverem de meios indispensáveis para manter-se⁹⁶⁹.

O instituto dos alimentos possui caráter assistencial: há, de um lado, a

obrigação de prestá-los e, de outro, o direito de exigí-los. Tratando-se de um direito à própria subsistência, decorrem, de seu descumprimento, consequências de alta relevância⁹⁷⁰.

Maria Helena Diniz define a natureza jurídica do direito aos alimentos como

(...) um direito, com caráter especial, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, conexas a um interesse superior familiar, apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito, uma vez que consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios e roupas, feito pelo alimentante ao alimentado, havendo, portanto, um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica⁹⁷¹.

Os alimentos podem ser oriundos de diversas causas jurídicas: (i) em decorrência de imposição legal, que pode provir do parentesco (*iuris sanguinis*), do casamento ou do companheirismo (art. 1.694, CC); (ii) em decorrência da vontade das partes, manifestada através de contrato ou testamento (art. 1.920, CC); (iii) ressarcimento derivado de prática de ato ilícito, que constitui forma de

⁹⁶⁹ RODRIGUES, S. *Direito Civil: Direito de Família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 6., p.417.

⁹⁷⁰ Ibid.

⁹⁷¹ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 596.

indenização *ex delicto* (art. 948, II e 950, CC)⁹⁷².

Quando decorrentes de imposição legal (*iuris sanguinis*), o instituto dos alimentos está relacionado à solidariedade e à dignidade humana, tratando-se do único crédito que permite a prisão civil como meio coercitivo do devedor (art. 5º, inciso LXVII, CF; e Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Os alimentos dizem respeito a valores de importância fundamental para a subsistência do alimentando, encontrando seu último fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB/1988). Por este motivo, o legislador processual regulou um procedimento de cumprimento de sentença especial para decisões judiciais que reconheçam tal espécie de prestação, o qual se caracteriza, entre outras peculiaridades, pela possibilidade de decretação da prisão civil do executado (art. 528, § 3.º), pela limitação do efeito suspensivo da impugnação do executado, que não impede o levantamento mensal da importância da prestação pelo exequente (art. 528, § 8.º) e pela possibilidade de desconto em folha de pagamento, se o executado for

funcionário público, militar, diretor, gerente ou empregado sujeito à legislação do trabalho (art. 529)⁹⁷³.

Assim, ante a especial importância do crédito alimentar, bem como sua natureza *sui generis*, o legislador previu meios específicos para sua execução no Código de Processo Civil, de forma a prestigiar o credor, que necessita da obtenção dos recursos materiais para suprir-lhe a subsistência.

3. A COBRANÇA JUDICIAL DOS ALIMENTOS

Sabendo-se, portanto, que os alimentos podem ser fixados tanto por sentença ou decisão interlocutória, como também por escritura ou acordo extrajudicial, a lei processual prevê mecanismos diversos para recebimento do crédito alimentar: a) *cumprimento de sentença* com penhora de bens (CPC, art. 528, §8º); b) *cumprimento de sentença* com previsão de coerção pessoal do executado (CPC, art. 528 §§3º a 7º); c) *execução fundada em título executivo extrajudicial* com penhora de bens (CPC, art. 913); e d) *execução fundada em título executivo extrajudicial* com possibilidade de prisão (CPC, art. 911, parágrafo único).

Ressalta-se, mais uma vez, que “o legislador muito se preocupou com a efetividade deste procedimento, prevendo possibilidade de protesto do

⁹⁷² GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁷³ ROQUE, A. V. In: GAJARDONI, F. F. ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de*

Sentença: comentários ao CPC de 2015: volume 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 630.

título executivo judicial, além da própria prisão do devedor”⁹⁷⁴.

Insta mencionar, desde já, que o parágrafo único do art. 911 expressamente aponta a aplicação, no que couber, dos §§ 2º a 7º do art. 528 à execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar.

Assim, “há um paralelismo significativo nos dois procedimentos, sendo o *caput* do art. 911 uma adequação ao processo de execução do *caput* do art. 528, e os arts. 912 e 913 uma adequação dos arts. 529 e 528, § 8º, todos do Novo CPC”⁹⁷⁵, com a singular diferença apenas no que diz respeito à citação:

*Quando a dívida alimentar tiver como fundamento título executivo extrajudicial, a disciplina da execução é a prevista nos arts. 911 a 913, cujo regramento, contudo, não apresenta nenhuma peculiaridade quando comparado ao dos arts. 528 a 533, a não ser a necessidade de o executado ser citado para o pagamento, não apenas intimado*⁹⁷⁶.

Deste modo, a substancial diferença é que, na execução de título

extrajudicial, o executado será *citado* para, no prazo de três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo – e não *intimado*, já que ainda não houve a formação de relação processual⁹⁷⁷.

3.1. O RITO DA PRISÃO

Após requerimento do exequente, o juiz determinará a citação ou a intimação pessoal do devedor para que, no prazo de 03 (três) dias, pague o valor devido, prove que já o fez ou demonstre a impossibilidade absoluta de fazê-lo.

Importante destacar neste ponto que, diferentemente da regra geral, prevista no §2º do art. 513, pela qual a intimação do executado se dá por meio do advogado, exige-se, aqui, expressamente, que a intimação seja feita na pessoa do devedor⁹⁷⁸.

Caso o executado não cumpra com as determinações previstas no art. 528, *caput*, do CPC, o juiz mandará protestar o título executivo judicial, com aplicação do art. 517 do CPC, além de decretar a prisão do devedor, nos termos do §3º do art. 528, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

A prisão e o protesto da decisão judicial representam meros meios de coerção, com o fim de pressionar o devedor a adimplir com o pagamento,

⁹⁷⁴ OLIVEIRA NETO, O. de; MEDEIROS NETO, E. M. de; OLIVEIRA, P. E. C. *Curso de direito processual civil*: volume 3: tutela executiva e tutela recursal. São Paulo: Editora Verbatim, 2018, p. 209.

⁹⁷⁵ NEVES, D. A. A. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1316.

⁹⁷⁶ BUENO, C. S. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume X (arts. 509 a 538): da

liquidação e do cumprimento de sentença. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 280.

⁹⁷⁷ DONIZETTI, E. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁹⁷⁸ WAMBIER, T. A. A. ... [et. al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

mas deste não o eximindo (art. 528, §5º, CPC).

A prisão do executado, portanto, não se trata de uma sanção penal, tanto que, paga a dívida, o juiz deverá imediatamente suspender a ordem de prisão, conforme art. 528, §6º, CPC⁹⁷⁹. E mais, ainda que preso o executado e protestada a decisão que fixou os alimentos, permanecendo a inadimplência, o procedimento executivo prosseguirá para a prática de atos de apreensão e expropriação de bens, destinados a viabilizar a satisfação do crédito exequendo (art. 530, CPC).

Se o credor alimentício pretende buscar a satisfação de seu crédito sujeitando o devedor à prisão, o pleito será restrito às três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e àquelas que se vencerem no curso do processo (CPC, art. 528, §7º).

O parágrafo 7º do artigo 528, do CPC, positivou construção pretoriana consolidada em enunciado da Súmula 309 do STJ.

O novo diploma, ao dispor sobre a verba que autoriza a prisão, segue a mesma linha do que já consta no Verbete 309 da Sumula do STJ, no sentido de que abrange as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. A razão é singela, uma vez que há a presunção de que os valores anteriores a estas três

prestações já perderam a natureza alimentar em razão do decurso do tempo, já não mais se destinando à subsistência do credor⁹⁸⁰.

A prisão se justifica, portanto, pela real e efetiva urgência na prestação alimentícia, correspondente às três últimas parcelas imediatamente anteriores ao ajuizamento do cumprimento de sentença.

Em relação a dívida anterior a esse período, o código delimita sua execução através do rito da penhora.

3.2. O RITO DA PENHORA

Nos termos do §8º do art. 528 do CPC, o exequente tem a faculdade de cobrar essas mesmas parcelas atuais, a seu critério, exclusivamente sob rito da expropriação de bens, incluindo, também, débitos pretéritos. Trata-se de uma opção legislativa para que o credor possa decidir pela cobrança dos alimentos através de modo menos gravoso, sem que se possa decretar a prisão civil do devedor⁹⁸¹.

Seja por opção do credor quanto às parcelas atuais, seja por se tratar de prestações pretéritas – isto é, anteriores a 3 (três) meses do ajuizamento da execução –, o procedimento será pelo rito da penhora.

Tratando-se de execução de título extrajudicial, nos termos do art. 913 do CPC, o procedimento será aquele

⁹⁷⁹ CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁹⁸⁰ HARTMANN, R. K. In: CABRAL, A. P.; CRAMER, R. (coords.). *Comentários ao novo Código de*

Processo Civil. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.838/839.

⁹⁸¹ IMHOF, C. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: BookLaw, 2016.

disciplinado no art. 824 e seguintes, “com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”. Nos termos do art. 829, *caput*, do CPC: “o executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação”.

Em caso de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 528, §8º, do CPC, o procedimento é aquele previsto no art. 523 e seguintes, com a ressalva de que, “recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”. Quanto ao prazo para pagamento do débito, questiona-se se é de 3 (três) dias, conforme previsto no *caput* do art. 528 ou de 15 (quinze) dias, como estabelecido no *caput* do art. 523.

Neste ponto, parece mais coerente que o prazo para pagamento do débito, no cumprimento de sentença, sob rito da penhora, seja de 3 (três) dias, aplicando-se, nesse particular, a previsão do *caput* do art. 528, específico para “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (Parte Especial, Livro I, Título II, Capítulo IV do CPC), valendo a norma não apenas para o rito da prisão. Esse entendimento uniformiza o prazo para pagamento do débito

alimentar, sob rito da expropriação de bens, constante de título extrajudicial, que é de 3 (três) dias, nos termos do art. 829, *caput*. Ademais, não seria lógico o legislador processual privilegiar o detentor de título *extrajudicial* em detrimento de credor de título *judicial*, representativos de crédito alimentar, fixando menor prazo para pagamento em favor do procedimento extrajudicial.

A questão, todavia, é polêmica, havendo respeitáveis entendimentos doutrinários, como de Maria Berenice Dias e Cássio Scarpinella Bueno, sustentando que o prazo para pagamento, tratando-se de cumprimento de sentença, é de 15 (quinze) dias, conforme previsto no art. 523 do CPC:

Quando se trata de cumprimento da sentença, o executado é intimado para pagar em 15 dias, sob pena de incidir multa de 10% e honorários advocatícios em igual percentual (CPC 523 § 1º), além de se sujeitar à penhora (CPC 831)⁹⁸².

(...) o executado será intimado (e, neste caso, com observância do disposto no art. 513, §2º) para pagar o valor indicado como devido no requerimento do exequente (art. 524) em quinze dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor total devido e fixada de imediato a verba honorária mínima de 10% (art. 523, §1º)⁹⁸³.

⁹⁸² DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 13.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

⁹⁸³ BUENO, C. S. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume X (arts. 509 a 538): da

Transcorrido o prazo para pagamento do débito, sem que ocorra a quitação, tratando-se de execução de alimentos fundada em título extrajudicial, seguem-se as providências para penhora e avaliação (art. 829, CPC), podendo o devedor opor embargos à execução, no prazo de 15 dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231, independentemente de penhora (art. 914 e seguintes, CPC).

No cumprimento de sentença, encerrado o prazo legal sem o pagamento voluntário, passa a correr o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de impugnação pelo devedor, independentemente de penhora ou nova intimação (art. 525, CPC), incidindo a multa de 10% e honorários advocatícios (art. 523, §1º, CPC).

Julgados os embargos à execução ou a impugnação, prosseguem-se os atos executórios visando à satisfação do crédito.

Aponta Cassio Scarpinella Bueno que, no exame dos arts. 528 a 533, não fica claro se a aplicação das diferentes técnicas executivas para a tutela jurisdicional relativas aos alimentos – quais sejam, protesto do título e prisão (art. 528), desconto em folha (art. 529), penhora (art. 530) e constituição de capital (art. 533) – pode se dar indistintamente. Conclui que o correto é adotá-las consoante as peculiaridades do caso concreto, justificando que, não é porque o legislador definiu uma ordem

para aplicação das medidas executivas que em todo e qualquer caso as execuções de alimentos devem seguir esta mesma direção: “Cada caso concreto, vale insistir, será decisivo para justificar a escolha de uma ou outra técnica e, até mesmo, pela combinação e/ou sucessão de mais de uma delas”⁹⁸⁴.

4. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS RITOS PROCESSUAIS DA PRISÃO E DA EXPROPRIAÇÃO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL, DE CRÉDITO ALIMENTAR

Como exposto, as peculiaridades materiais da prestação alimentícia levaram o legislador a possibilitar diferentes práticas de atividades jurisdicionais, as quais, contudo, convergem à mesma finalidade: satisfação do crédito alimentar, levando em conta, também, a prisão civil como meio de coerção ao pagamento⁹⁸⁵.

Compete ao credor a opção pela forma processual mais eficiente à cobrança do crédito alimentar, sopesando a melhor adequação do rito às peculiaridades do caso concreto. Esta escolha é sempre livre, dependendo exclusivamente da vontade do exequente⁹⁸⁶.

Nada impede que o exequente resolva dividir o cumprimento de sentença em dois diversificados procedimentos de respectivo

liquidação e do cumprimento de sentença. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 300.

⁹⁸⁴ BUENO, C. S. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume X (arts. 509 a 538): da

liquidação e do cumprimento de sentença. cit, p. 285.

⁹⁸⁵ Ibid.

⁹⁸⁶ NEVES, D. A. A. *Manual de Direito Processual Civil*. cit.

*cumprimento, sendo um deles sob pena de prisão, relativo à dívida mais recente, vencida há menos de três meses e todas as demais que se vencerem no curso do processo, e outro, sob pena de penhora, referente à parte mais antiga da dívida alimentar, ou seja, prestações vencidas há mais de três meses*⁹⁸⁷.

O credor pode, desta forma, optar pela execução somente mediante expropriação de bens do devedor, ou pode executar o débito, parte sob a consequência da prisão e, quanto às parcelas vencidas antes dos três meses do ajuizamento da execução, mediante penhora do patrimônio do executado.

Não se trata de discutir se o exequente pode cumular medida coercitiva (prisão) com expropriatória sobre o mesmo débito. A questão que se traz aqui é no sentido de que, na hipótese de inadimplência abrangente de débitos anteriores a três meses do ajuizamento da execução e posteriores, poderia o exequente optar pela execução, *nos mesmos autos*, através dos dois procedimentos distintos, ou seja, as três últimas prestações – e as que se vencerem no curso do processo –

poderão ser executadas através do rito da prisão, enquanto as parcelas anteriores, sob o rito da penhora.

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sustentando que os dois diferentes ritos são “substancialmente distintos, especialmente (mas não apenas) quanto à forma de requerimento da execução, o prazo para cumprimento da obrigação e as consequências do seu inadimplemento”⁹⁸⁸, o que inviabilizaria a cumulação dos ritos, por supostamente causar tumulto processual.

Essa posição tradicional dos tribunais ⁹⁸⁹, no sentido da incompatibilidade de ritos e inviabilidade de criação de um processo híbrido, define o caminho para o credor de alimentos através da cindibilidade dos pedidos e tramitação apartada de duas execuções – ou até da conversão do rito, optando-se apenas pela penhora. Assim, a escolha de uma forma procedimental exclui a utilização da outra no mesmo processo, de modo que a opção pelo rito da penhora afasta a possibilidade da prisão (com base no §8º do art. 528 do CPC) e a eleição do rito da prisão civil adia a execução

⁹⁸⁷ CRUZ E TUCCI, J. R. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Artigos 485 ao 538. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 321.

⁹⁸⁸ DONOSO, D. Da (im) possibilidade de cumulação de execuções de alimentos: rito da penhora e rito da prisão. *Empório do Direito*, ISSN 2446-7405, São Paulo. Data publicação: 06 jun. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/da-im-possibilidade-de-cumulacao-de-execucoes-de->

alimentos-rito-da-penhora-e-rito-da-prisao-por-denis-donoso. Acesso em: 08 jun. 2023.

⁹⁸⁹ TJSP, AI nº 2026620-59.2016.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Percival Nogueira, j. 21/03/2016. TJGO, AI nº 5427842.46.2018.8.09.0000, 1ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível, Relator Des. Ney Teles de Paula, j. 26/02/2019. TJSC, AI nº 4004618-18.2016.8.24.0000, 1ª Câmara de Direito Civil, Relator Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 23/11/2017.

através das medidas expropriatórias⁹⁹⁰.⁹⁹¹⁹⁹²⁹⁹³⁹⁹⁴

No entanto, outra parte da doutrina admite a cumulação, no mesmo processo, dos ritos da prisão e da penhora, seja em cumprimento de sentença ou em execução de título extrajudicial, de alimentos. Neste sentido, Maria Berenice Dias defende que não cabe mais ao juiz cindir a cobrança no caso de execução, sob o rito da coação pessoal, quando são exigidas além das três últimas parcelas. A solução é simples. O credor deve ser cientificado de que o devedor será “citado para pagar, em três dias, as três parcelas recentes, sob pena de prisão. As parcelas antecedentes, serão cobradas pelo rito da expropriação, devendo o exequente indicar bens à penhora.”⁹⁹⁵

⁹⁹⁶Argumenta a autora que tanto a possibilidade de prisão como a ⁹⁹⁷[obj.].

É forte a jurisprudência admitindo a cumulação dos ritos, reconhecendo-se a ampla faculdade do credor de alimentos para a eleição do rito executivo, dentro dos limites do §7º do art. 528 do CPC. Neste sentido, entende-se que inexistente impedimento legal para a cumulação de procedimentos diversos e

o escopo da demanda é a satisfação do crédito alimentar. A opção pelo rito da prisão, pois, não representa impedimento para a persecução do crédito pelo rito da penhora, até porque o cumprimento da pena não exige o executado do pagamento da dívida. Além disso, considerada a urgência na satisfação do crédito alimentar, a lei comina a pena de prisão ao devedor como meio de coerção ao pagamento. Assim, nada obsta que o crédito por inteiro seja perseguido por ambos os ritos, nos mesmos autos – sendo que os três últimos meses e as parcelas vincendas se enquadrem no rito da prisão – sem que isso acarrete tumulto processual, devendo-se apenas adequar os termos da citação ou da intimação. Aliás, uma vez realizada penhora de bem livre, suficiente para o pagamento das três últimas parcelas e as vincendas, a prisão deverá ser preterida⁹⁹⁸, tratando-se, inclusive, de situação mais benéfica ao próprio executado.

⁹⁹⁹¹⁰⁰⁰ Merece destaque o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0004232-43.2018.8.04.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas¹⁰⁰¹,

⁹⁹⁰ Exceção: durante a pandemia do Coronavírus, enquanto perdurou a impossibilidade de prisão civil, admitiu-se a penhora de bens do executado sem a necessidade de se converter o rito processual (STJ. 3ª Turma. REsp 1.914.052-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/06/2021 (Info 702).

⁹⁹⁷ Ibid.

⁹⁹⁸ TJSP, AI nº 2235302-14.2019.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. J.B. Paula Lima, j. 21/11/2019. TJSP, Agravo Regimental nº 0126649-59.2013.8.26.0000/50001, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator designado Des. Carlos Alberto Garbi, j. 09/09/2014.

⁹⁹⁵ DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. cit, p.884.

¹⁰⁰¹ TJAM. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0004232-43.2018.8.04.0000.

suscitante a Defensoria Pública, que, acolhendo o incidente, fixou a tese de que “é possível a cumulação, nos mesmos autos, dos ritos da prisão e da expropriação para o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 531, §2º, do Código de Processo Civil.”

Neste julgado, o TJAM decidiu pela inexistência de impedimento legal para a cumulação dos ritos, afastando-se eventual violação dos arts. 780 e 798, II, do CPC por tratar-se de regramentos distintos: estes artigos estão relacionados ao procedimento autônomo da execução de títulos extrajudiciais e, portanto, não se aplicam ao cumprimento de sentença. Ademais, o art. 531, §2º, do CPC prevê o cumprimento da obrigação nos mesmos autos em que proferida a sentença e, além disso, o art. 327, §2º do CPC permite, desde o processo de conhecimento, a cumulação de pedidos cujos ritos guardam diferenças entre si, observando-se as peculiaridades das técnicas processuais diferenciadas. Assim, considerada a natureza especial do crédito alimentar, não há razão para não se reconhecer a possibilidade de cumulação de ritos no cumprimento de sentença que fixou obrigação alimentar¹⁰⁰².

¹⁰⁰³Corolário deste entendimento jurisprudencial, a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça [STJ], admitindo-se, como *regra*, a cumulação

das medidas executivas de coerção pessoal e expropriação de bens no mesmo processo de execução de alimentos, com a *ressalva* de que não haja prejuízo ao devedor e que não ocorra tumulto processual em detrimento da prestação jurisdicional. Assim, com base na flexibilidade procedimental e na relevância do bem jurídico tutelado, levando-se em consideração também eventuais dificuldades práticas e prejuízos comprovados pelo executado, o reconhecimento da possibilidade de cumulação de ritos traz “(...) adequação e efetividade à tutela jurisdicional, tendo sempre como norte a dignidade da pessoa do credor necessitado.”¹⁰⁰⁴

*Tal solução atende a um só tempo os princípios da celeridade, da economia, da eficiência e da proporcionalidade, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, nos termos exigidos pelo art. 8º do CPC/2015, prestigiando o alimentando na busca do recebimento do seu crédito alimentar (indispensável à sua sobrevivência), exatamente o ser vulnerável a quem o procedimento executivo visa socorrer.*¹⁰⁰⁵

Desembargador Relator Aristóteles Lima Thury.
Julgamento: 15 out. 2019. Publicação: 15 out. 2019.

¹⁰⁰² Ibid.

¹⁰⁰⁴ Processo sob segredo judicial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 09/08/2022 (Informativo nº 744).

¹⁰⁰⁵ Ibid.

Em outubro de 2022, no julgamento do Recurso Especial 2004516-RO, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi fixada a seguinte tese jurídica: “É admissível a cumulação, em um mesmo processo, de cumprimento de sentença de obrigação de pagar alimentos atuais, sob a técnica da prisão civil, e alimentos pretéritos, sob a técnica da penhora e da expropriação.”¹⁰⁰⁶

1007100810091010 O Código de Processo Civil admite a cumulação de pedidos distintos, observando-se as técnicas processuais pertinentes a cada rito e que não importem em incompatibilidade procedimental. A regra é a possibilidade de cumulação, ainda que não haja conexão entre os diversos pedidos no mesmo processo. “Trata-se de normativa importante, firmada no princípio da economia processual, e que evita a proliferação de processos quando diversas demandas possam ser resolvidas em um só deles.”¹⁰¹¹

Para que a cumulação seja admitida, o art. 327 do CPC traz algumas exigências lógicas:

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

¹⁰⁰⁶ STJ, REsp 2004516-RO, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 18/10/2022, DJe 21/10/2022.

¹⁰¹¹ GAJARDONI, F. F.; ZUFELATO, C. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ISSN

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum. (...)

As hipóteses do art. 327, § 2º, do CPC representam autorização para que o juiz flexibilize o procedimento através da combinação de ritos ou técnicas processuais, com base nos princípios da *adequação* e da *adaptabilidade*, com o fim de melhor atendimento das peculiaridades da causa, resguardadas condições que garantem a previsibilidade e a segurança jurídica¹⁰¹².

1982-7636. Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set/dez 2020. pp. 135-163. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54201/34875>. Acesso em: 08 jun. 2023, p. 150. ¹⁰¹² GAJARDONI, F. F.; ZUFELATO, C. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. cit.

A possibilidade de cumulação de execuções está prevista no art. 780 do CPC: “O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.”

Tal regra se aplica, subsidiariamente, ao cumprimento de sentença (art. 513, caput)¹⁰¹³.

A identidade de procedimentos deve ser analisada sob a ótica da adequação e compatibilidade, permitindo que ritos diferentes, mas compatíveis, possam ser cumulados em única execução, pertinentes as citadas diretrizes do art. 327, §2º, próprias da fase de conhecimento, também ao cumprimento de sentença e à execução de título extrajudicial¹⁰¹⁴.

A cumulação dos ritos não enseja incompatibilidade entre os procedimentos, sendo possível que o executado seja integrado à execução pelo rito da prisão – definido o prazo de 3 (três) dias para pagar –, mas o mandado de intimação contenha todas as diferentes consequências relacionadas às diferentes prestações¹⁰¹⁵.

Cabe citar importante trecho do mencionado acórdão do TJAM em sede de IRDR:

O processamento em cumulação dos pedidos de cumprimento, que em linhas gerais seguem os mesmos procedimentos, diferenciando-se, por óbvio, em razão da possibilidade de encarceramento civil no procedimento disciplinado pelo art. 528, §7º, do CPC, devendo-se atentar as especificidades postas em lei no que importa, especialmente, a defesa a ser apresentada, não sendo este, todavia, motivo suficiente, no meu sentir, a sustentar a alegada confusão processual que possa decorrer da autorização para concentração dos ritos.

Quanto à similitude dos procedimentos, que, como já destacado, se diferenciam em razão de determinadas ferramentas processuais, esta salta aos olhos ao se cotejar a disciplina do §5º do art. 528 e que se insere no procedimento que possibilita a prisão do devedor de alimentos, não eximindo este do pagamento da quantia devida, ainda que efetivada a segregação autorizada, cuja cobrança se dará, ora se não, pelo rito comum da expropriação.¹⁰¹⁶

¹⁰¹³ ROQUE, A. V. In: GAJARDONI, F. F. ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015: volume 2*. cit.

¹⁰¹⁴ Neste ponto, *data venia*, divergimos em parte da jurisprudência citada, ampliando a concepção da possibilidade de cumulação de ritos não apenas ao cumprimento de sentença, mas também à execução de título extrajudicial.

¹⁰¹⁵ TARTUCE, F.; DELLORE, L. Do CPC/73 ao novo CPC. In TARTUCE, F.; MAZZEI, R.; CARNEIRO, S. B. (coord.). *Famílias e Sucessões*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 477-498.

¹⁰¹⁶ TJAM, IRDR nº 0004232-43.2018.8.04.0000, Tribunal Pleno, Relator Des. Aristóteles Lima Thury, j. 15/10/2019

Merecem destaque, ademais, alguns dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, que expressamente constam do atual Código de Processo Civil, como a razoabilidade (art. 8º), decorrente do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF); a primazia do mérito (arts. 4º, 6º, 317 e 488, CPC), que está ligado à razoável duração do processo; a dignidade da pessoa humana (art. 8º, CPC e art. 1º, inc. III, CF); o contraditório efetivo (arts. 7º, 9º e 10º do CPC; e art. 5º, inc. LV, CF); a eficiência ou efetividade (art. 8º CPC e art. 37 da CF).

Por fim, insta ressaltar importante entendimento doutrinário acerca da flexibilização procedimental no ordenamento jurídico, como parte de um contexto de tendências mundiais, que abrangem: “(a) desjudicialização dos conflitos; (b) racionalização dos processos; (c) reestruturação da organização judiciária. E é na racionalização do processo que se insere a necessidade de flexibilização procedimental, com simplificação dos atos, especialmente em sua forma”¹⁰¹⁷.¹⁰¹⁸

Destarte, com base em citados princípios, especialmente da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se, ainda, a peculiar natureza do crédito, além da inexistência de qualquer imposição legal ao credor alimentício para que busque a satisfação do crédito através de procedimentos autônomos, e a importante ideia da racionalização do

processo judicial, é imperativo que o juiz privilegie o recebimento, a tempo e modo, da prestação alimentar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de algumas divergências apontadas no transcorrer deste artigo, reconhece-se – diante da especial natureza, bem como, da urgência na satisfação do crédito alimentar, além da inexistência de impedimento legal -, numa visão sistemática do ordenamento, a possibilidade de cumulação dos ritos da penhora e da prisão na cobrança judicial dos alimentos.

O formalismo processual é importante instrumento de garantia dos litigantes, em proteção à segurança jurídica. Não pode, todavia, o extremo apego à forma dificultar ou comprometer a satisfação do direito.

Resguardadas as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, – adequando-se, especialmente, o mandado de citação ou intimação do devedor, com delimitação dos diferentes ritos e suas correspondentes cobranças e consequências no inadimplemento – é certo que a possibilidade de cumulação de ritos processuais na cobrança judicial dos alimentos, não representa diminuição da segurança jurídica, tanto para o exequente como para o executado.

Os aplicadores do Direito devem sempre buscar os melhores meios para a garantia e efetivação dos Direitos

¹⁰¹⁷ DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P.; CUNHA, L. C. Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 81.

Fundamentais, com ampliação do acesso à Justiça e facilitação da obtenção do crédito pelo alimentado.

Entende-se, portanto, pela viabilidade de se facultar ao credor dos alimentos a opção pelo melhor meio executivo de seu crédito, possibilitada a cumulação dos ritos da prisão e da penhora nos mesmos autos, desde que observados os critérios do art. 528, §7º, CPC, segundo a conveniência e as peculiaridades do caso concreto, para que questões meramente formais não procrastinem a satisfação da obrigação, considerando-se a especial natureza do crédito executado.

Em complemento, entende-se importante respeitar a vontade do exequente, seja optando pela cindibilidade dos ritos ou pela cumulação deles, evitando-se os atrasos e consequentes prejuízos decorrentes de decisões judiciais impondo a mudança de ritos.

Portanto, a interpretação da problemática à luz da eficácia do exercício do direito à percepção de alimentos, converge no sentido de que, como regra, deve prevalecer a opção do exequente, observando-se, também, a possibilidade de cumulação dos ritos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. F.; FONSECA, C. R. A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21440/a-influencia-da-declaracao->

universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro. Acesso em: 08 jun. 2023.

BUENO, C. S. *Comentários ao Código de Processo Civil - volume X* (arts. 509 a 538): da liquidação e do cumprimento de sentença. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ E TUCCI, J. R. *Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 485 ao 538*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, M. B. A cobrança dos alimentos no novo CPC. *Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*. Data publicação: 05 nov. 2015. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1078/A+cobran%C3%A7a+dos+alimentos+no+novo+CPC>. Acesso em: 08 jun. 2023 .

DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 13.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P.; CUNHA, L. C. *Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, E. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DONOSO, D. Da (im) possibilidade de cumulação de execuções de alimentos: rito da penhora e rito da prisão. *Empório do Direito*, ISSN 2446-7405, São Paulo. Data

- publicação: 06 jun. 2017.
Disponível em:
<https://emporiiodireito.com.br/leitura/da-im-possibilidade-de-cumulacao-de-execucoes-de-alimentos-rito-da-penhora-e-rito-da-prisao-por-denis-donoso>.
Acesso em: 08 jun. 2023.
- FISCHMANN, R. Constituição brasileira, direitos humanos e educação. *Revista Brasileira de Educação*. v.14 n.40 jan./abr. 2009. Disponível em:
<https://www.scielo.br/pdf/rbedu/v14n40/v14n40a13.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.
- GAJARDONI, F. F.; ZUFELATO, C. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ISSN 1982-7636. Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set/dez 2020. pp. 135-163. Disponível em:
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54201/34875>.
Acesso em: 08 jun. 2023.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HARTMANN, R. K. In: CABRAL, A. P.; CRAMER, R. (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- IMHOF, C. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: BookLaw, 2016.
- NEVES, D. A. A. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- OLIVEIRA NETO, O. de; MEDEIROS NETO, E. M. de; OLIVEIRA, P. E. C. *Curso de direito processual civil: volume 3: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.
- RODOVALHO, T.. Das Rechtsstaatsprinzip (O Princípio do Estado Democrático de Direito) e a Segurança Jurídica, *in* José Manoel de Arruda Alvim Netto *et alii* (dirs.). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 108, vol. 415, jan./jun. de 2012.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil: Direito de Família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 6.
- ROQUE, A. V. In: GAJARDONI, F. F. ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015: volume 2*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-156, ago. 1998. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000200011&lng=en&nr_m=iso. Acesso em: 08 jun. 2023.
- TARTUCE, F.; DELLORE, L. Do CPC/73 ao novo CPC. In TARTUCE, F.; MAZZEI, R.; CARNEIRO, S. B. (coord.). *Famílias e Sucessões*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 477-498.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil Volume III*. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCCI, J. R. C. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII* (arts. 485 ao 538). 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WAMBIER, T. A. A. ... [et. al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

OS REFLEXOS DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O PROBLEMA NAS INTERVENÇÕES DELITIVAS CONJUNTAS¹⁰¹⁹

THE CONSEQUENCES OF CONFESSION IN THE AGREEMENT NOT TO PROSECUTE: THE PROBLEM IN COAUTHORSHIP

Victor Américo Alves de Freitas

Doutorando em Direito Penal – UERJ. Mestre em Direito Penal – UERJ. Pós-graduado em Direito – FEMPERJ. Graduado em Direito – UFRRJ. Advogado Criminalista. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. vtrfrts@gmail.com.

RESUMO: Já com a edição do acordo de não persecução penal pela via da resolução do Ministério Público se discutia sobre sua incidência no processo penal brasileiro. Com a lei 13.964/2019 os debates sobre os contornos e origem do instituto passaram a se intensificar. O artigo busca somar esforços para questionar a compatibilização do ANPP com o *plea bargaining*, de modo a verificar se o Brasil adotou o modelo estado-unidense ou não e, em seguida, verificar se deve a confissão ser evidentemente um requisito para que um potencial celebrante pactue ANPP com o Ministério Público; se o que se exige como confissão nos termos do artigo 28-A do CPP é, de fato, uma confissão ou se deve ser entendida em outro *status* e a extensão da valoração dessa confissão no processo do coautor do suposto crime. A pesquisa se inicia pela apresentação dos fundamentos do voto decisivo do *habeas corpus* 756.907/SP, impetrado no Superior Tribunal de Justiça para, em seguida, fazer uma avaliação dos reflexos possíveis. As críticas foram construídas para responder às questões postas. Assim,

ficou assentado que, há sensíveis diferenças entre o *plea bargaining* e o ANPP instituído no Brasil, sobretudo em razão das seguintes peculiaridades: discricionariedade irrestrita da promotoria estado-unidense, o fato de o *plea bargaining* ser uma medida penalizadora e a possibilidade de discussão sobre pena e fatos da acusação. No Brasil, ao reverso, nenhuma dessas características é encontrada no ANPP. Também ficou posto que dada a irrelevância dos efeitos de uma admissão de responsabilidade circunstancial – porque condicionada ao gozo da vantagem do ANPP –, sequer faria sentido se exigir esse requisito; que somente existe confissão em processo judicial e que em ANPP há admissão de responsabilidade circunstancial de fato definido como crime, sem que tenha havido decisão judicial. Em relação à extensão da valoração da confissão do celebrante no processo do coautor, ficou estabelecido que não pode o celebrante ser intimado na posição de testemunha ou outra qualquer para confirmar os termos da admissão de responsabilidade sob pena de ofensa ao *nemo tenetur se detegere*.

¹⁰¹⁹ Artigo recebido em 18/05/2023 e aprovado em 17/01/2024.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal; Confissão; *Habeas Corpus*; Barganha; Coautoria.

ABSTRACT: With the edition of the agreement not to prosecute through the resolution of the Public Prosecutor's Office, there was already a discussion about its incidence in the Brazilian criminal procedure. With the law 13.964/2019 the debates about the contours and origin of the institute have intensified. The article seeks to join efforts to question the compatibility of ANPP with plea bargaining, in order to verify whether Brazil has adopted the U.S. model or not and, then, to verify if confession should be evidently a requirement for a potential celebrant to pact ANPP with the Public Prosecutor's Office; whether what is required as a confession under Article 28-A of the CPP is, in fact, a confession or whether it should be understood in another status and the extent of the valuation of this confession in the process of the co-author of the alleged crime. The research begins with the presentation of the fundamentals of the decisive vote of the writ 756.907/SP, filed in the Superior Court of Justice to then make an assessment of the possible consequences. The criticisms were built to answer the questions posed. Thus, it was established that there are appreciable differences between plea bargaining and the ANPP instituted in Brazil, especially due to the following

peculiarities: the unrestricted discretion of the U.S. prosecutor, the fact that plea bargaining is a penalizing measure and the possibility of discussion on punishment and facts of the prosecution. In Brazil, on the opposite, none of these characteristics is observed in the ANPP. It was also stated that given the irrelevance of the effects of an admission of circumstantial responsibility - because it is conditional to the advantage of the ANPP - it would not even make sense to demand this requirement; that there is only a confession in a judicial proceeding and that in ANPP there is an admission of circumstantial responsibility for a fact defined as a crime, without there having been a judicial decision. Regarding the extent to which the confession of the celebrant is valued in the co-author's case, it was established that the celebrant cannot be called as a witness or any other person to confirm the terms of the admission of responsibility under penalty of offending *nemo tenetur se detegere*.

KEYWORDS: Non-prosecution Agreement; Confession; Writ; Plea Bargaining; Coauthorship.

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal – diante ANPP –, antes instituído de forma inconstitucional¹⁰²⁰ através da resolução 181/2017 do CNMP, ingressa

Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17 do CNMP) *In*: SANCHES CUNHA, Rogério *et al.* *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21-48.

¹⁰²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, posição 314. Defendendo a constitucionalidade do ANPP instituído por resolução do CNMP, ver CABRAL, Rodrigo Leite

através da alteração legislativa no ordenamento jurídico brasileiro com vistas a ampliar o espaço de negociação¹⁰²¹ entre as partes – investigado e ministério público.

Assim como o artigo 18 da resolução 181 do CNMP, o artigo 28-A, do CPP, que instituiu o ANPP trouxe diversas condicionantes tanto no *caput* quanto em seus incisos. É verdade que alguns deles sofreram modificação em relação ao que determinava a resolução. Não é válido aqui elaborar um quadro comparativo ou pontuar cada diferença. O relevante é estabelecer, de maneira introdutória, um lineamento rápido e competente do instituto para que o leitor tenha as premissas do cenário onde o instituto é aplicável.

É comum se deparar sempre com a questão se o *plea bargaining* é compatível com o ANPP – e, conseqüentemente, com a sistemática processual penal brasileira. Para isso, é feito uma análise comparativa, a partir das pesquisas realizadas nos Estados Unidos, de modo a verificar sobre a (in)compatibilidade entre os institutos.

Para que o ANPP possa ser aplicado é preciso que o *parquet* tenha condições de, já naquele momento, denunciar o investigado – tornando-o réu caso haja o recebimento da denúncia¹⁰²². Ou seja, é preciso que as condições da ação segundo as categorias próprias do processo penal¹⁰²³ estejam presentes.

Mas, diante do cumprimento de determinadas condicionantes, pode o ministério público optar por, antes de oferecer a denúncia, ofertar o ANPP. Para isso, é preciso a) que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça; b) que a pena mínima seja menor do que quatro anos e c) que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a conduta. Tudo isso sob a já desgastada teoria unificada da pena – já tão criticada seja pela perspectiva materialista/dialética da pena¹⁰²⁴, seja pela perspectiva negativa da pena¹⁰²⁵ – que exige que o ANPP seja suficiente tanto para a prevenção como para a reprovação do crime.

O ANPP, como negócio jurídico pré-processual¹⁰²⁶, se soma a outros

¹⁰²¹ ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANNA, Raquel Mazuco. *Delação premiada como negócio jurídico processual: a ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 19

¹⁰²² MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 304

¹⁰²³ A partir do processo penal – e não de uma indevida utilização de conceitos da processualística civil – as condições da ação são o *fumus commissi delicti* – que o fato tenha, *prima facie*, aparência de criminoso, que haja punibilidade concreta, legitimidade da parte e

justa causa. Cf. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição 155-163.

¹⁰²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2012, p. 435-455.

¹⁰²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 97-113

¹⁰²⁶ VALENTE, V.A.E. Reparação do dano e os reflexões da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 328

mecanismos – como colaboração premiada e transação penal, por exemplo – no sentido de ampliação do espaço de negociação¹⁰²⁷. É um cenário onde a postura adversarial dá espaço, de maneira mitigada, é verdade, a uma cooperação¹⁰²⁸.

Embora a aplicação seja interessante e em alguns momentos até simples, há implicações práticas quando existe uma intervenção delitiva conjunta – o que se convencionou chamar de coautoria delitiva¹⁰²⁹. Isso pode ser visto a partir do *habeas corpus* 756.907/SP, de rel. do Min. Rogério Schietti Cruz¹⁰³⁰. Não se vai aqui antecipar os fundamentos do *writ* – que se fará no item seguinte. A proposta é verificar como o Tribunal brasileiro se posicionou sobre os reflexos da confissão de um investigado que celebrou ANPP em relação ao coautor¹⁰³¹ da infração e avaliar se os contornos da decisão são dogmaticamente os mais ajustados. Especificamente a questão é verificar a se a confissão para ANPP é verdadeiramente uma confissão; se deve existir uma tal confissão como

requisito de ANPP e a extensão da valoração da confissão do coautor para o processo do réu.

1. OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO *HABEAS CORPUS* 756.907/SP

O *habeas corpus* foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça – adiante STJ – contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – adiante TJSP. O processo foi distribuído por dependência ao Min. Rogério Schietti Cruz. A impetração buscava alterar a condenação do paciente cuja pena foi de dois anos, três meses e seis dias de reclusão em regime aberto – além de pagamento de multa – em razão do crime, em tese, de falsidade ideológica em continuidade delitiva¹⁰³². Mas, a liminar foi apreciada pelo vice-presidente da corte, Min. Jorge Mussi, em razão da impetração ter sido feita no período das férias de julho dos magistrados. O resultado da liminar foi o indeferimento em razão de ter entendido o Presidente da corte que havia confusão do pedido liminar com o

¹⁰²⁷ Como bem pontua Nereu Giacomolli, a Constituição instituiu, no artigo 98, I, a possibilidade de uma solução consensual no processo penal. Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 268

¹⁰²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, posição 315 e 320-321.

¹⁰²⁹ Optou-se por, nesse aspecto, seguir um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autoria nos moldes de Claus Roxin. Cf. GRECO, Luís *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no*

direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 13-14. Sobre os critérios da coautoria, ver ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 305-336.

¹⁰³⁰ Ministro do Superior Tribunal de Justiça, integrante da sexta turma do Tribunal.

¹⁰³¹ Não se utilizou a palavra *corrêu* pois aquele que firma ANPP não pode ser considerado réu.

¹⁰³² Conforme decisão de indeferimento de liminar do *habeas corpus* proferida pelo Min. Jorge Mussi.

mérito. Originariamente, é atribuição da presidência do tribunal decidir os pedidos nesses períodos, mas pode a vice-presidência substituí-la no que for cabível¹⁰³³.

Da leitura do voto do Min. Relator é possível verificar que o *writ*, inicialmente, continha as seguintes teses: a) incompetência do juízo para proferir decisão – gerando nulidade da condenação; b) ausência de observância do princípio da correlação; c) a condenação era baseada em provas ilícitas e d) que a condenação foi baseada em confissões de ANPP de outros investigados, violando o artigo 155 do CPP¹⁰³⁴, por serem insuficientes.

Sobre as três primeiras teses, para não suprimir instâncias, já que elas não foram postas em discussão no TJSP, o voto do relator entendeu por bem não as avaliar. Mas, no que importa a este *paper*, é justamente o último fundamento que interessa – e que foi avaliado. As orientações do Min. Rel. quando decidiu foram as de que houve violação do artigo 155¹⁰³⁵, do CPP, já que não seria possível ao juízo formar a sua convicção somente com elementos extrajudiciais¹⁰³⁶ – as confissões prestadas nos ANPP de outros investigados e que indicavam o paciente como autor da infração.

Afirmou o voto que, diferentemente da colaboração premiada¹⁰³⁷, o ANPP não exige que o investigado indique os intervenientes delitivos, os crimes praticados e não auxilie na obtenção de provas, não sendo exigência do negócio jurídico delatar o coautor do delito. O que se exige é a “confissão formal e *circunstanciada* da infração penal pelos próprios anuentes para a oferta do acordo [...]” (grifo nosso). Ainda, que a assunção extrajudicial de uma culpa seria semelhante a confessar a prática de uma infração à autoridade policial ou ao ministério público e que

somente tem valor probatório (como dado extrajudicial) e pode ser utilizada para subsidiar a denúncia ‘caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer a denúncia’ (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 113).” (grifo do original).

Em seguida, afirma que como a confissão foi realizada na fase pré processual, seria cabível sua retratação

¹⁰³³ É atribuição da presidência do STJ, conforme artigo 21, XIII, c, do regimento interno do STJ. A atribuição do vice-presidente se encontra no artigo 22 e ss. do regimento interno do STJ.

¹⁰³⁴ Conforme voto do Min. Relator Rogério Schietti Cruz, na página 4.

¹⁰³⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹⁰³⁶ Conforme voto do Min. Rel., p. 4-5.

¹⁰³⁷ Sobre interessantes contornos da colaboração premiada a partir da teoria dos jogos, ver ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, *passim*.

em juízo e que não teria *standard* probatório suficiente para, sem elementos de apoio dentro dos autos, permitir a condenação. Além disso, afirmou o voto que se a confissão do celebrante do ANPP não pode ser contra ele utilizada até, pelo menos, o seu descumprimento, menos sentido faria utilizar essa confissão para permitir a condenação de um coautor que foi acusado via ANPP. A solução para o voto seria a intimação do celebrante do ANPP para confirmar os termos da sua confissão em juízo, de modo a permitir ao juiz utilizá-la como subsídio para sentença penal condenatória¹⁰³⁸. Dessa forma, afirma o voto que

[...] para que a declaração do celebrante do ANPP possa respaldar o decreto condenatório é imprescindível sua reprodução em juízo, durante a ação penal, e a constatação de sua coerência com provas judicializadas, submetidas ao contraditório, de forma a conferir ao réu o direito fundamental de efetiva participação na formação da decisão judicial, em dualidade com o Ministério Público.

A implicação inadmissível para o voto foi a impossibilidade do exercício do contraditório determinado no artigo

5º, LV¹⁰³⁹, da Constituição da República de 1988.

Ainda, afirma o voto decisivo que a alegação de inconstitucionalidade da confissão do ANPP não deve prosperar, em razão das conclusões da jurisprudência firmada pelas cortes superiores e, portanto, não conheceu sobre a questão por supressão de instância.

Esses são os pontos principais do voto decisivo e vencedor do *habeas corpus* e que, a partir do item seguinte, se irá avaliar com a deferência que se exige uma decisão de Tribunal Superior.

2. OS ELEMENTOS SENSÍVEIS DO PROBLEMA

A primeira questão que se quer colocar é: há compatibilidade entre o *plea bargaining* estado-unidense e o ANPP brasileiro? A sistemática brasileira e estado-unidense são diversas na origem – *civil law* e *common law* respectivamente. Uma importação *a la carte* das propostas de ampliação dos espaços de negociação, sobretudo do *plea bargaining*, não pode ser feita. No modelo estado-unidense os promotores possuem uma irrestrita discricção sobre quais casos vão propor e quais casos vão desistir dada a robustez ou não da prova¹⁰⁴⁰. Há um consenso de que o *plea bargaining* se tornou a principal forma de

¹⁰³⁸ Conforme voto do Min. Rel., p. 7-8.

¹⁰³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰⁴⁰ REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecutorial discretion. *The american economic review*, v. 78, nº 4, 1988, p. 715

garantir a condenação do acusado¹⁰⁴¹ e já em 1979 mais de 90% dos casos eram resolvidos pela via do acordo¹⁰⁴². Em números mais recentes, chega-se a mais de 95%¹⁰⁴³. A sistemática permite que a) o acusado não assuma a responsabilidade – *not guilty* – e, assim, exerça o direito conferido pela sexta emenda; b) o acusado decida não responder às acusações – *no contest* – e c) assumir a responsabilidade de um fato descrito como crime – *guilty plea*¹⁰⁴⁴. A partir do *no contest* e do *guilty plea*, abre-se a possibilidade do acusado e da promotoria acordarem sobre a substituição ou retirada de tipos penais – *charge bargaining* –, sobre os fatos, podendo haver supressão de fatos para que a dinâmica delitiva se amolde a outro tipo penal mais brando – *fact bargaining* – e sobre a própria sentença, na qual a promotoria recomenda ao juiz uma sentença mais branda – *sentence bargaining*¹⁰⁴⁵.

O modelo estado-unidense é compreendido como um procedimento sem julgamento que acaba por subverter a VI *U.S Constitutional*

Amendment – que garante o direito a ser julgado por um júri imparcial. Com objetivo de superar esse problema, a sistemática estado-unidense torna severamente custoso em termos financeiros aquele que pretende exercer o direito conferido pela sexta emenda da constituição estado-unidense. Quando o acusado exerce esse direito, os Estados Unidos o punem duas vezes: a primeira pela prática do crime e a segunda por ter exercido esse direito de ser julgado¹⁰⁴⁶. É a aplicação clara de uma prevenção geral negativa, cujo objetivo é dissuadir outros acusados de exercer o direito constitucional de julgamento para evitar a dupla punição.

As diferenças com o Brasil já começam, como se disse, no sistema. Mas, especificamente em relação aos contornos do acordo, é preciso pontuar que o Ministério Público no Brasil não é dotado da discricionariedade irrestrita¹⁰⁴⁷ como acontece nos Estados Unidos. Além disso, não existem dados sobre acordos passíveis de sindicabilidade no Brasil. Mas, com o acordo de não persecução penal, boa

¹⁰⁴¹ FEELEY, Malcom M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. *The justice system journal*, v. 7, n. 3, 1982, p. 340.

¹⁰⁴² ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and its history. *Columbia law review*, v. 79, nº 1, 1979. Já Stephen J. Schulhofer afirmava, na mesma época, que havia uma porcentagem de 80 a 90% de acordos. Cf. SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargainin as disaster. *The yale law jornal*, v. 101, 1979, p. 1993.

¹⁰⁴³ TURNER, Jenia I. Plea bargaining. In: LUNA, Erik (org). *Reforming criminal justice: trial and pre-trial processes*. Arizona: The academy for justice, 2017, p. 73

¹⁰⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das*

tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 62.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 93-94.

¹⁰⁴⁶ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, V. 13, 1979, p. 261-262. Demonstrando a coerção que se aplica através do encarcimento do direito constitucional de se submeter a um julgamento, ver LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The university of chicago law review*, v. 46, n. 3, 1978-1979, p. 12-13.

¹⁰⁴⁷ Basta ver os artigos 24, 42, ambos do CPP.

parte dos crimes passa a ser objeto de possível acordo entre o acusado e o Ministério Público¹⁰⁴⁸. Acontece que, no Brasil, todas as medidas de ampliação dos espaços de negociação são medidas despenalizadoras e, por isso, impõem medidas alternativas, sem a mesma robustez da pena criminal – embora majoritariamente as sanções dos acordos sejam similares às penas alternativas de direito. Já o *plea bargaining* se revela uma medida penalizadora. Lá se negocia, dentre outras questões, a própria pena e os termos da imputação. No Brasil não há negociação sobre a pena – que é um instrumento processual – e não há negociação sobre os fatos ou a imputação. Inclusive porque, aqui, é uma exigência legal que o Ministério Público já tenha reunido as condições da ação e, portanto, já possui o lastro suficiente para propor a denúncia. Ou seja, embora os institutos, *prima facie*, possam indicar serem os mesmos, possuem sensíveis diferenças, o que permite concluir que o Brasil não adotou um sistema de *plea bargaining*.

A segunda questão que se quer colocar é: a confissão deve mesmo ser um requisito para fixação do ANPP? Isso está intimamente ligado com o uso constante, seja pela literatura nacional em boa parte, seja pela jurisprudência,

do termo confissão em negócio jurídico pré-processual. Como ensina Fauzi Hassan Choukr, não faz sentido diferenciar entre confissão judicial e extrajudicial, já que uma confissão em termos extrajudiciais sequer faria sentido. Somente uma confissão que foi feita em juízo, com observância da ampla defesa e orientação ao réu sobre o alcance do instituto deveria ser compreendida verdadeiramente como confissão¹⁰⁴⁹. É bastante comum que em espaços de negociação entre as partes, se invoque a origem estado-unidense do instituto. Mas, sequer nos Estados Unidos – conhecido majoritariamente pelos acordos jurídicos irrestritos sobre crime e pena – se aceita uma confissão – ou, mais precisamente, uma declaração de culpa – que não seja feita em um tribunal¹⁰⁵⁰. Se fosse levada a sério a sistemática processual penal, sequer o juiz sentenciante teria conhecimento sobre uma tal confissão extrajudicial¹⁰⁵¹ em razão do juiz de garantias¹⁰⁵². Martinelli defende que a confissão no acordo de não persecução penal é irrelevante – posicionamento que se adere neste *paper* – pois, se há justa causa para o oferecimento da denúncia, a confissão funcionaria mais como um castigo para o acusado do que um requisito de política criminal válido¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, posição 315.

¹⁰⁴⁹ HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 368.

¹⁰⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição*

Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 269-270.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, posição 724.

¹⁰⁵² Suspenso *sine die* por decisão cautelar do Min. Luiz Fux nas ADIs 6298, 6922, 6300 e 6305.

¹⁰⁵³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs).

Ultrapassando o argumento do voto em relação à supressão de instância, do que se tratou aqui a partir da literatura especializada é possível chegar à conclusão de que o tratamento dado no artigo 28-A ao termo “confissão” não deve ser lido no mesmo *status* da confissão (judicial), mas sim como admissão da responsabilidade circunstancial de prática de fato definido como crime sem que tenha havido decisão judicial – ou seja, uma admissão de responsabilidade em termo meramente moral. Inclusive, eventuais cláusulas que determinem que a “confissão” poderá ser utilizada em outros processos é abusiva¹⁰⁵⁴, como ensina Alexandre Morais da Rosa. Não há reconhecimento de culpa – que só se institui com o processo penal

democrático¹⁰⁵⁵. A compreensão de que a “confissão extrajudicial” não é confissão implica em inadmitir a sua utilização na fase judicial¹⁰⁵⁶ – para quaisquer fins –, sobretudo pois com o juiz de garantias as questões atinentes à investigação não fariam parte dos autos processuais¹⁰⁵⁷. A própria sistemática da reforma orienta esse propósito; além disso, implica em inadmitir sua utilização em outras áreas do Direito, como numa ação civil pública ou processo administrativo¹⁰⁵⁸. Tratando comparativamente, a transação penal – outro instituto despenalizador –, não é apta a embasar pedido de condenação por danos morais, por exemplo, em razão justamente de não haver assunção de culpa¹⁰⁵⁹. Se no ANPP é um

Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, 314.

¹⁰⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. 1ª. Florianópolis: EMais, 2021, p. 61.

¹⁰⁵⁵ SANCHES CUNHA, Rogério. *Pacote Anticrime: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 129.

¹⁰⁵⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 20. No mesmo sentido, ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. 1ª. Florianópolis: EMais, 2021, p. 60.

¹⁰⁵⁷ Em artigo de 1976, nos Estados Unidos, já se tratava como consenso houvesse diferentes juízes entre a negociação do acordo e o julgamento. Além disso, a função do juiz seria a de avaliar a ausência de coação. Cf. ALSCHULER, Albert. The trial judge’s role in plea

bargaining: parte I. *Columbia Law Review*, v. 76, n. 7, 1976, p. 1059.

¹⁰⁵⁸ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, 2020, p. 220-223.

¹⁰⁵⁹ Basta ver o teor do REsp 1.327.897/MA, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, conforme ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSAÇÃO PENAL. REALIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DE CULPA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 535 DO CPC/1973. SÚMULA Nº 284/STF. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA Nº 283/STF.

DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a transação penal disposta na Lei nº 9.900/1995 importa reconhecimento de culpabilidade do réu a ensejar a pleiteada indenização por danos morais. 2. O instituto pré-processual da transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins

instituto despenalizador¹⁰⁶⁰, instrumento pré-processual e não implica em admissão de culpa, não há razão dogmática ou político-criminal para impor tratamento prejudicial¹⁰⁶¹.

Rodrigo Leite Cabral afirma que a lei exige a confissão por duas importantes razões: a) devido a função de garantia e b) para viabilizar uma função processual para essa confissão. Afirma o autor que a função de garantia tem o objetivo de permitir que o Ministério Público chegue à conclusão que não está a praticar algum tipo de injustiça contra um inocente e que a confissão reforçaria a justa causa que já existiria para o oferecimento da denúncia e que daria ao advogado “a devida tranquilidade de que, ao assentir que o seu cliente ou assistido realize o acordo, não está fazendo uma má orientação.”. A função processual seria importante para oferecer ao Ministério

Público uma vantagem processual caso o celebrante descumpra o acordo. Isso porque, argumenta, o descumprimento não implica em nenhuma consequência para o investigado¹⁰⁶².

Entretanto, parece ter razão as críticas de João Paulo Martinelli, que afirma que essa função de garantia não seria convincente, já que é uma exigência processual que, para o oferecimento do ANPP, deve haver prévia justa causa e ela independeria da confissão¹⁰⁶³. Ou seja, ou há justa causa para oferecimento da denúncia e o Ministério Público oferece o acordo ou não há condições da ação penal e o Ministério Público não pode oferecer denúncia – o que, por consequência lógica, impede o oferecimento do acordo. Sobre a função de garantia, João Paulo Martinelli afirma que a vantagem violaria a paridade de armas entre defesa e acusação e que o

de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil. Precedentes. 3. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas não especifica a omissão, contradição ou obscuridade a que teria incorrido o aresto impugnado e qual sua importância no desate da controvérsia, é deficiente em sua fundamentação, atraindo o óbice da Súmula nº 284/STF. 4. Não havendo impugnação dos fundamentos da decisão atacada, incide na espécie a Súmula nº 283/STF. 5. O Tribunal estadual concluiu pela ausência de comprovação do nexo causal e de culpa do recorrido, não sendo possível a esta Corte rever tal entendimento, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula nº 7/STJ. 6. Recurso especial não provido.

¹⁰⁶⁰ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao pacote anticrime*. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 105.

¹⁰⁶¹ A doutrina, por exemplo, chega a afirmar que o ANPP não seria uma inovação no sistema processual penal brasileiro, se constituindo, na verdade, como uma nova roupagem à transação penal. Cf. MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à lei 13.964/2019*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 68.

¹⁰⁶² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 275.

¹⁰⁶³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, 314.

descumprimento injustificado permitiria que o processo fosse iniciado – mas, em igualdade de condições –, com a retirada da confissão dos autos e a alteração do juiz ¹⁰⁶⁴. Há ainda outro argumento contrário ao posicionamento de Rodrigo: não é verdade que não haja consequência para o investigado. Além do que afirmou João Paulo Martinelli, o descumprimento injustificado do ANPP pode ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para eventual não oferecimento de *sursis* processual, conforme consta no artigo 28-A, §11¹⁰⁶⁵, do CPP. Assim, alinha-se ao posicionamento crítico de Martinelli, com o acréscimo argumentativo exposto.

¹⁰⁶⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, 314.

¹⁰⁶⁵ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

¹⁰⁶⁶ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e *circunstancialmente* a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e

Colocada a objeção sobre o tratamento de uma confissão “extrajudicial”, se quer abordar ainda sobre o tipo de “confissão” que o artigo 28-A¹⁰⁶⁶, do CPP, exige. O voto decisivo indica que a confissão deve ser circunstanciada, enquanto o próprio artigo do CPP indica a exigência de uma confissão apenas circunstancial. Uma confissão circunstanciada – como exigia, por exemplo, o artigo 18¹⁰⁶⁷ da resolução 181 do CNMP – impõe que o investigado deve confessar detalhadamente a dinâmica delitiva, de forma pormenorizada ¹⁰⁶⁸. Uma “confissão” nos termos do que exige o art. 28-A, do CPP – circunstancial¹⁰⁶⁹ – não admite detalhamento¹⁰⁷⁰, mas tão-

suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (grifo nosso)

¹⁰⁶⁷ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e *circunstancialmente* a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...] (grifo nosso).

¹⁰⁶⁸ Basta a leitura do verbete em um dicionário, Cf. “circunstanciado” in *Dicionário Priberam de Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2023, <https://dicionario.priberam.org/circunstanciado> consultado em 29.04.2023.

¹⁰⁶⁹ Basta a leitura do verbete em um dicionário, Cf. “circunstancial” in *Dicionário Priberam de Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2023, <https://dicionario.priberam.org/circunstancial> consultado em 29.04.2023.

¹⁰⁷⁰ LIMA, Camile Eltz de; RAMOS, Marcelo Buttelli. Confissão – forma e circunstancial. In: WUNDERLICH et al (orgs). *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada*: após

somente a simples “confissão”, admissão de responsabilidade circunstancial de prática de fato definido como infração penal, condicionada a uma vantagem. Ou seja, a “confissão” é circunstancial¹⁰⁷¹ justamente em razão de estar submetida a uma condição – o gozo das vantagens de uma não persecução penal. Em resumo: não é verdadeiramente uma confissão.

O detalhamento da prática da infração no ANPP com indicação de coautores, partícipes e provas deve ser, inclusive, vedado. E isso por dois motivos: primeiro que não há exigência legal de detalhamento de qualquer natureza e exigir esse detalhamento seria exigir requisito não previsto em lei; segundo que esse tipo de procedimento é próprio da colaboração premiada – que reserva ao colaborador uma particular participação no processo penal, tratamento esse não dispensado ao celebrante do ANPP.

O segundo motivo acima, inclusive, traz outro ponto sensível que se deve discutir: o papel do celebrante –

se é que há algum – no processo penal em que o coautor é corréu. O colaborador da justiça, conforme decidiu inclusive o Supremo Tribunal Federal – adiante STF – nos autos do *habeas corpus* 157.627/SP¹⁰⁷², se manifesta no processo logo após o Ministério Público e antes do réu delatado, de modo a permitir a observância do contraditório instituído no art. 5º, LV, da Constituição da República. Não é esse o papel do celebrante do ANPP.

Quando o voto decisivo do Min. Rel. do *habeas corpus* 756.907/SP admite a possibilidade do celebrante ser intimado a comparecer em juízo para confirmar o conteúdo da confissão do ANPP – sob pretexto de permitir a formação da convicção do juízo e contraditório –, parece indicar que a posição do celebrante seria a de testemunha – o que levaria à imediata conclusão de obrigação de verdade no processo. O coautor, entretanto, sequer pode ser assistente de acusação – exceção, mais uma vez, feita a posição

a lei anticrime. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 56. Em sentido contrário, afirmando que a confissão circunstancial exige detalhamento, ver MORAIS, Hermes Duarte. “Pacote anticrime”: a nova configuração do acordo de não persecução penal. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et al (orgs). *Pacote anticrime: comentários à lei n. 13.964/2019*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 80.

¹⁰⁷¹ ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. 1ª. Florianópolis: EMais, 2021, p. 57.

¹⁰⁷² Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do *habeas corpus*, vencido, no ponto, o Ministro Relator e, no mérito, também por maioria, deu provimento ao agravo regimental e concedeu a

ordem em favor do paciente, anulando o julgamento proferido na ação penal 5035263-15.2017.404.7000/PR, bem como os atos processuais subsequentes ao encerramento da instrução processual, assegurando ao paciente, por consequência, o direito de oferecer novamente seus memoriais escritos após o decurso do prazo oferecido aos demais réus colaboradores, nos termos do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, redator para o acórdão, vencido o Ministro Edson Fachin (Relator). Falaram: pelo agravante, o Dr. Alberto Zacharias Toron e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, Subprocurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. 2ª Turma, 27.8.2019.

do colaborador premiado – já que usualmente figura como corréu do processo penal. Sistemáticamente, é também vedado ao coautor e usual corréu a atuação como testemunha, justamente porque a ele é conferido o *nemo tenetur se detegere*¹⁰⁷³ – direito de não produzir prova contra si, do qual decorre o direito ao silêncio.

Pode-se até questionar que, nesse aspecto específico, o celebrante do ANPP não é corréu. É verdade. Mas, não impede que ele tenha supostamente praticado um tipo penal incriminador e que isso possa gerar autoincriminação. A “confissão” foi feita extrajudicialmente e com um único propósito: como moeda de troca das vantagens do ANPP. É, assim, a adesão ao discurso da prática de um crime, sem qualquer implicação judicial negativa. Embora não seja, portanto, corréu, só não o é em razão justamente da celebração do acordo. Mantém, assim, o direto interesse no processo – tal qual se fosse corréu –, razão pela qual não parece ser correta a colocação do celebrante do ANPP como testemunha. Com isso, fica esvaziada a abertura a) para que o celebrante seja intimado, já que não há papel a cumprir no processo penal e b) há clara ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, já que a oitiva implicaria em produção de provas contra si e com efeitos danosos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *paper* teve como principais questões investigar se a exigência de uma “confissão” no ANPP é verdadeiramente uma confissão (em termos judiciais); se ela deve ser um requisito para a pactuação do acordo e a extensão do valor da dita confissão do coautor ao processo do réu. A análise foi feita a partir dos fundamentos postos no voto decisivo nos autos do *habeas corpus* 756.907/SP, já que há sensíveis tanto à literatura processual penal, quanto à prática.

Tudo visto, com fundamento na literatura especializada, posicionou-se no sentido de que não há compatibilidade entre o acordo de não persecução penal e o *plea bargaining* – o que se chegou à conclusão a partir da consulta às pesquisas realizadas nos Estados Unidos em comparação ao instituto do acordo de não persecução penal brasileiro. Além disso, chegou-se à conclusão que somente pode-se entender confissão aquela que é feita em um processo penal democrático. Fora dessa hipótese, não há como se compreender qualquer declaração como se confissão fosse. Como decorrência lógica, ficou estabelecido que não há reconhecimento de culpa, mas uma admissão de responsabilidade circunstancial de prática de fato definido como crime sem que tenha havido decisão judicial, mas apenas com repercussões morais.

¹⁰⁷³ Sobre o conteúdo do *nemo tenetur se detegere*, ver GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a*

Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193-196.

Além disso, com a sistemática do juiz de garantias – suspensa *sine die* por decisão cautelar do Min. Luiz Fux –, qualquer declaração em investigações presididas por autoridade policial ou pelo ministério público seriam apartadas do processo judicial, não emanando efeitos nele. Ou seja, a própria lógica da reforma organiza a questão como elemento pré-processual e sem relevância judicial – para o processo de coautor ou para procedimentos outros do próprio celebrante, como ações civis públicas ou procedimentos administrativos. Para a impossibilidade de repercussão em outros procedimentos, utilizou-se comparativamente o tratamento à transação penal, cujas semelhanças com o ANPP são a) ser um instituto despenalizador; b) tem natureza pré-processual e c) não implica em admissão de culpa. Se na transação penal não é apta a embasar pedido de condenação por danos morais e o ANPP tem semelhança com a transação penal nesses termos, não é razoável permitir que seja o acordo utilizado para embasar ações em outras áreas do direito.

Também outro ponto que se buscou expor é justamente a diferença relevante entre uma “confissão” circunstanciada e circunstancial. Essa última é a modalidade que se exige. Ela mesmo impõe que a admissão de responsabilidade é condicionada – justamente à vantagem do ANPP. Não se exige, assim, uma admissão de responsabilidade detalhada. Posicionou-se, inclusive, contrariamente a possibilidade de detalhamento de uma dinâmica fática

por dois motivos: a) ausência de exigência legal de detalhamento de qualquer natureza e b) que o detalhamento é próprio da colaboração premiada, cuja posição do colaborador tem especial relevância no processo penal.

Afastou-se, também, a possibilidade aberta pelo voto decisivo de que seria possível intimar o celebrante do ANPP para confirmar o seu conteúdo em juízo, já que não pode assumir o papel de testemunha e haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, já que nesse caso sim haveria uma verdadeira produção de provas em prejuízo próprio – com severos e prejudiciais efeitos.

REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and its history. *Columbia law review*, v. 79, nº 1, 1979.
- ALSCHULER, Albert. The trial judge’s role in plea bargaining: parte I. *Columbia Law Review*, v. 76, n. 7, 1976.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* 756.907/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 13 de setembro de 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.327.897/MA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 06 de dezembro de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 157.627/SP. Rel. Min Edson Fachin. Red. p. acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de agosto de 2019.

- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.*
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17 do CNMP) *In: SANCHES CUNHA, Rogério et al. Acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2017.*
- Dicionário Priberam de Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2023, <https://dicionario.priberam.org/circunstancial> consultado em 29.04.2023.
- Dicionário Priberam de Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2023, <https://dicionario.priberam.org/circunstanciado> consultado em 29.04.2023.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao pacote anticrime. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2021.*
- FEELEY, Malcom M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. *The justice system journal*, v. 7, n. 3, 1982.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.*
- GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.*
- HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.*
- LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, V. 13, 1979.
- LIMA, Camile Eltz de; RAMOS, Marcelo Buttelli. Confissão – forma e circunstancial. *In: WUNDERLICH et al (orgs). Acordo de não persecução penal e colaboração premiada: após a lei anticrime. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.*
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.*
- LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.*
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. *In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs). Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.*
- MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.*
- MORAIS, Hermes Duarte. “Pacote anticrime”: a nova configuração do acordo de não persecução penal. *In: SALVADOR NETTO, Alamiro*

- Velludo *et al* (orgs). *Pacote anticrime: comentários à lei n. 13.964/2019*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. *In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini* (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecutorial discretion. *The american economic review*, v. 78, nº 4, 1988.
- ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. 1ª. Florianópolis: EMais, 2021.
- ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANNA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico processual: a ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: EMais, 2019.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SANCHES CUNHA, Rogério. *Pacote Anticrime: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2012.
- SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargainin as disaster. *The yale law journal*, v. 101, 1979.
- SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, 2020.
- TURNER, Jenia I. Plea bargaining. *In: LUNA, Erik* (org). *Reforming criminal justice: trial and pre-trial processes*. Arizona: The academy for justice, 2017.
- VALENTE, V.A.E. Reparação do dano e os reflexos da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal. *In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini* (orgs). *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.