DIREITO, DEMOCRACIA & LIBERDADE

Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli

Palácio Garibaldi - Sede do Tribunal de Justiça do Paraná entre 1943 e 1964

COORDENADORES
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Francisco Zanicotti
Gilberto Giacoia
Ramon de Medeiros Nogueira
Eduardo Augusto Salomão Cambi

ORGANIZAÇÃO
Adriane Garcel Chueire Calixto
Júlio César Craveiro Devechi

MINISTÉRIO PÚBLICO do Estado do Paraná

TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Escola Superior do MPPR
Ambiente virtual

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
AMAPAR
FUNDADA 11-8-57

Recta Ratio
Academia Paranaense de Letras Jurídicas

EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

Escola
Superior
do MPPR

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
AMAPAR
FUNDADA 11-8-57

Recta Ratio
Academia Paranaense de Letras Jurídicas

EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

COORDENAÇÃO

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Francisco Zanicotti

Gilberto Giacoia

Ramon de Medeiros Nogueira

Eduardo Augusto Salomão Cambi

ORGANIZAÇÃO

Adriane Garcel Chueire Calixto

Júlio César Craveiro Devechi

Direito, Democracia & Liberdade

Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli

2024 | Curitiba

CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

BIÊNIO 2023/2024

Presidente
Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen

1ª Vice-Presidente
Desa. Joeci Machado Camargo

2º Vice-Presidente
Des. Fernando Antônio Prazeres

Corregedor-Geral da Justiça
Des. Hamilton Mussi Corrêa

Corregedor da Justiça
Des. Roberto Antônio Massaro

AUTORES

Adel El Tasse
Adriane Garcel Chueire Calixto
Adriano Vottri Bellé
Agenor de Lima Bento
Ana Carolina de Faria Silvestre Jeziorowski
Angela Khury
Camila Henning Salmoria
Carolini Guedes Barros da Silveira
Cláudio Smirne Diniz
Demetrius Nichele Macei
Denise Hammerschmidt
Eduardo Augusto Salomão Cambi
Eduardo Henrique Xavier da Silva
Eduardo Villa Coimbra Campos
Fábio Luís Franco
Felipe Guzik
Fernanda Fiori Barvick
Flávio Manoel Coelho Borges Cardoso
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Glaucio Francisco Moura Cruvinel
Gustavo Chueire Calixto Guilherme
Gustavo Swain Kfouri
Hamilton Rafael Marins Schwartz
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz
Jéssica Traguetto Silva
João José Custódio Da Silveira
José Chapoval Cacciacarro
José Ricardo Alvarez Vianna
José Laurindo de Souza Netto
Juliana Silva Menino Alencastro Veiga
Júlio César Craveiro Devechi
Lara Helena Luiza Zambão
Leonardo Maciel Benedete
Lucas Cavini Leonardi
Luciano Benetti Timm
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Luiz Fernando Bandeira de Mello
Luís Mauro Lindenmeyer Eche
Mara Célia Ferreira Ataide
Marco Antônio Venâncio de Melo
Marcos Antonio Nunes da Silva
Marcos De Moraes Sousa
Matheus Moreira
Matheus Tauan Volpi
Murilo Alan Volpi
Morgana de Almeida Richa
Rafaela Mattioli Somma Leonardi
Ramon de Medeiros Nogueira
Richard Pae Kim
Rodrigo Luís Kanayama
Saulo Capelari Junior
Silvana Aparecida Plastina Cardoso
Stephany Vitória Alves Orgino
Valmir César Pozzetti
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Wlademir Junior Lucietti Filho

APRESENTAÇÃO

É com imenso prazer que apresentamos a sexta edição da série de livros jurídicos produzidos pela Corte Paranaense, intitulada "Direito, Democracia e Liberdade". Esta obra, composta por 34 artigos jurídicos e escrita por 55 autores, é uma homenagem ao Ministro José Antonio Dias Toffoli, cuja trajetória e contribuições ao direito e à democracia no Brasil são inestimáveis.

Realizada pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** e pelo **Ministério Público do Paraná** com a atuação de suas **escolas judiciais** e o apoio da **Academia Paranaense de Letras Jurídicas** e da **Associação dos Magistrados do Paraná** a obra reflete o compromisso contínuo com a excelência acadêmica e a promoção do conhecimento jurídico.

José Antonio Dias Toffoli nasceu em 15 de novembro de 1967, em Marília, São Paulo. Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) em 1990. Ao longo de sua carreira, Toffoli acumulou uma vasta experiência no campo jurídico, destacando-se em várias funções de relevância nacional.

Entre 2007 e 2009, atuou como Advogado-Geral da União durante o segundo governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Em 2009, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), onde exerceu a presidência de 2018 a 2020, tornando-se o mais jovem ministro a assumir tal posição. Além disso, foi Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 2014 a 2016.

O Ministro Toffoli também teve uma carreira acadêmica notável, lecionando Direito Constitucional e Direito de Família no Centro de Ensino Unificado de Brasília e colaborando em cursos de pós-graduação na USP. Ao longo de sua trajetória tem contribuído significativamente para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Em tempo, por mais de 3 (três) décadas dedicadas à Justiça, justa e merecida homenagem!

Curitiba, 15 de novembro de 2024

Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Dr. Francisco Zanicotti
Procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Dr. Gilberto Giacoia
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Des. Ramon de Medeiros Nogueira
Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR

Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi
Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

FICHA CATALOGRÁFICA

D598d Direito, democracia e liberdade: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli / Luiz Fernando Tomasi Keppen, Gilberto Giacoia, Ramon de Medeiros Nogueira, Eduardo Augusto Salomão Cambi (coord.). – Curitiba: Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2024.

ISBN: 978-65-982510-6-2

1.Direito 2. Democracia. 3. Liberdade. I. Toffoli, Dias. II. Keppen, Luiz Fernando Tomasi, III. Cambi, Eduardo Augusto Salomão. IV. Nogueira, Ramon de Medeiros. V. Calixto, Adriane Garcel Chueire. VI. Devechi, Júlio César Craveiro. VII. Título

CDU – 342.7

Denise Antunes Ferreira – Bibliotecária - CRB9/900

Capa: Luiz Fernando Patitucci
Diagramação e revisão: Adriane Garcel Chueire Calixto
Editora: Presidência do TJPR

IMPRESSÃO: 21 cm / 30,5 cm
400 p.

SUMÁRIO

PREFÁCIO 09
Luiz Fernando Tomasi Keppen

A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: MEDIDA URGENTE PARA COMBATER A DESINFORMAÇÃO E PROTEGER O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 11
Luiz Fernando Bandeira de Mello, Juliana Silva Menino Alencastro Veiga

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO ECONÔMICO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA CONFORMAÇÃO E LIMITES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TST E STF 22
Morgana de Almeida Richa

GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA COMO PROVA ILÍCITA NAS AÇÕES CÍVEIS ELEITORAIS: AS TESES DO TEMA 979 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34
Richard Pae Kim

A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: A IMPORTÂNCIA DA RESOLUÇÃO CNJ 296/2019 PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA 50
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

A GESTÃO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 59
Luiz Fernando Tomasi Keppen

JUSTIÇA EM NÚMEROS E METAS NACIONAIS: PUBLICIDADE, EFICIÊNCIA E INDICADORES DE DESEMPENHO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO JUDICIÁRIO 68
Hamilton Rafael Marins Schwartz, Gustavo Chueire Calixto Guilherme

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL À MODA PREVENTIVA 78
João José Custódio Da Silveira

A "ESSÊNCIA" DO ESTADO MODERNO SOB A PERSPECTIVA DE ARISTÓTELES: LIMITES E DIREÇÃO DE REFORMAS NO ESTADO 86
Glaucio Francisco Moura Cruvinel

A PERMANENTE REVISÃO DOS ESPAÇOS DE CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL 93
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, Cláudio Smirne Diniz

JURIMETRIA: A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANAENSE 109
Ramon de Medeiros Nogueira, Rodrigo Luís Kanayama, Adriane Garcel Chueire Calixto

ALÉM DA PRIVACIDADE: PROMOVENDO A JUSTIÇA ALGORÍTMICA PELA CURADORIA DOS DADOS 122
Camila Henning Salmoria

GESTÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA CRISE DOS REFUGIADOS UCRANIANOS DIRETIVA TEMPORÁRIA 2001/55/CE 129
Angela Khury

PROPAGANDA ELEITORAL: BREVES REFLEXÕES SOBRE A PROBLEMÁTICA DA INTERFERÊNCIA NOS ESTADOS MENTAIS E AS FAKE NEWS NA PROPAGANDA ELEITORAL 140
Luís Mauro Lindenmeyer Eche, Marco Antônio Venâncio de Melo

SOLTURAS ARBITRÁRIAS: DA NECESSIDADE DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE SOLTURA 152
Lucas Cavini Leonardi, Rafaela Mattioli Somma Leonardi

DIVÓRCIO LITIGIOSO LIMINAR: TUTELA DA EVIDÊNCIA. IMPRESSÕES SOBRE A INCONSISTÊNCIA TÉCNICA 163
Fábio Luís Franco

CRÍTICA À POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO REGIME DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA 176
José Chapoval Cacciacarro, Luís Mauro Lindenmeyer Eche

DEMOCRACIA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: INTERCONEXÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS 191
José Ricardo Alvarez Vianna

JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROTOCOLO 200
Denise Hammerschmidt, Stephany Vitória Alves Orgino

A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA ERA DIGITAL: A RELEVÂNCIA DA GESTÃO 2018/2020 PARA A TUTELA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 213
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Silvana Aparecida Plastina Cardoso, Saulo Capelari Junior

O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO SOB À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO E DA SEMIÓTICA 220
Marcos Antonio Nunes da Silva, Viviane Coelho de Séllos-Knoerr

O CONTROLE SOCIAL COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER ESTATAL 229
Adriano Vottri Bellé

A TUTELA JURÍDICA BRASILEIRA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS AOS RECURSOS GENÉTICOS 240
Carolini Guedes Barros da Silveira, Valmir César Pozzetti

O ASPECTO DEMOCRÁTICO DO TRIBUNAL DO JÚRI E O SEU PAPEL COMO MEIO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO 252
Fernanda Fiori Barvick

O COMPLIANCE PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS 265
Agenor de Lima Bento, Demetrius Nichele Macei

A PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR COMO ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS: EM HOMENAGEM AO MINISTRO JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI 274
Luciano Benetti Timm, Leonardo Maciel Benedete

O JUIZ DAS GARANTIAS NA VISÃO DO STF 282
Júlio César Craveiro Devechi

A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA POPULAR POR MEIO DAS NOVAS TECNOLOGIAS 292
José Laurindo de Souza Netto, Lara Helena Luiza Zambão

O ASSÉDIO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO E A NOVA PERSPECTIVA À LUZ DA CONVENÇÃO N° 190 DA OIT. 301
Eduardo Henrique Xavier da Silva, Felipe Guzik

COMENTÁRIOS SOBRE O CRIME DE GOLPE DE ESTADO 307
Adel El Tasse, Gustavo Swain Kfouri

BRASIL: DIREITO À SAÚDE E HARD CASES, COMO DEFINIR E COMO SOLUCIONAR? 314
Wlademir Junior Lucietti Filho

PROCESSOS ESTRUTURAIS NA FASE EXECUTÓRIA: CARACTERÍSTICAS E COMPLEXIDADES PARA A REESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS 327
Matheus Moreira

ESPECIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA EMPRESARIAL: LIBERDADE, EFICIÊNCIA E ACESSO À JUSTIÇA 345
Mateus Dambiski Cecy, Pedro Henrique Carvalho da Costa

LIMITES AO EMPREGO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS EM DECISÕES JUDICIAIS 357
Matheus Tauan Volpi, Murilo Alan Volpi

O USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS PELA PERSPECTIVA DOS JUÍZES: RELATÓRIO DE PESQUISA BRASILEIRO 364
Eduardo Villa Coimbra Campos, Marcos de Moraes Sousa, Ana Carolina de Faria Silvestre Jeziorowski, Flávio Manoel Coelho Borges Cardoso, Jéssica Traguetto Silva, Mara Célia Ferreira Ataide

PREFÁCIO

É com grande honra e satisfação que prefacio esta obra, "Direito, Democracia e Liberdade", que se dedica a explorar os pilares fundamentais de nossa sociedade contemporânea. Este livro não apenas aborda questões jurídicas de extrema relevância, mas também celebra a trajetória e as contribuições inestimáveis do Ministro Dias Toffoli ao cenário jurídico e democrático do Brasil. O Ministro Dias Toffoli, ao longo de sua carreira, tem sido um defensor incansável da justiça, da democracia e das liberdades individuais. Sua atuação no Supremo Tribunal Federal é marcada por decisões que reforçam os princípios democráticos e os direitos fundamentais, sempre com um olhar atento às transformações sociais e às necessidades do povo brasileiro. Nesta obra, renomados juristas e acadêmicos se debruçam sobre temas cruciais, como a evolução do direito constitucional, a importância da democracia participativa e os desafios contemporâneos à liberdade. Cada capítulo reflete a profundidade do pensamento jurídico e a paixão pela justiça que caracterizam a carreira do Ministro Toffoli. Ao homenagear o Ministro Dias Toffoli, reconhecemos não apenas suas conquistas profissionais, mas também seu compromisso inabalável com a construção de um Brasil mais justo e democrático. Que esta obra inspire futuras gerações de juristas a seguir seu exemplo de dedicação e integridade. Desejo a todos uma leitura enriquecedora e reflexiva.

Luiz Fernando Tomasi Keppen
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Direito, Democracia & Liberdade

Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli

A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: MEDIDA URGENTE PARA COMBATER A DESINFORMAÇÃO E PROTEGER O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luiz Fernando Bandeira de Mello[1], Juliana Silva Menino Alencastro Veiga[2]

1 UMA HOMENAGEM AO MINISTRO JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI

Este trabalho busca demonstrar que a difusão de conteúdos falsos, notadamente por meio do uso de redes sociais no Brasil, não significa pleno exercício de liberdade de expressão, mas exercício abusivo de um direito fundamental, considerado um dos maiores legados da Carta Cidadã.

O foco do estudo reside na importância da regulamentação do uso de inteligência artificial para o combate à desinformação, tendo em vista que a contínua difusão de notícias falsas causa a um descrédito das instituições democráticas, essenciais para manutenção do Estado Democrático de Direito.

Este artigo é parte integrante de obra em homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, por sua relevante contribuição na luta contra o fenômeno da desinformação no Brasil, através de ações que buscaram preservar o regime democrático e a ordem pública frente às fraturas sociais causadas pela propagação de informações falsas.

Diante das nefastas consequências da disseminação em massa de notícias falsas no Brasil, que representavam, em 2019, graves riscos à democracia, merece honrosa menção a instauração do Inquérito n. 4781, conhecido como Inquérito das *Fake News*, por parte do Ministro Dias Toffoli, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, como medida de combate ao fenômeno da desinformação que assombrava o país.

Apesar das críticas sofridas em relação à instauração do inquérito, o tempo comprovou que a medida tomada por Dias Toffoli foi essencial para o enfrentamento à desinformação, que cresceu de forma vertiginosa no país durante as eleições presidenciais.

A polarização da população entre as forças políticas que disputavam o cargo de Presidente da República e a desenfreada propagação de notícias falsas sobre a ocorrência de fraude no resultado eleitoral, culminaram em manifestações antidemocráticas por parte da população em 8 de janeiro de 2023, tendo ocorrido a invasão e depredação de sedes de instituições democráticas, inclusive com a destruição de patrimônio público tombado.

Como exaustivamente defendido pelo Ministro Toffoli em diversos julgamentos e manifestações públicas em sua trajetória, particularmente, como ministro do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão, direito correlato à liberdade de informação, deve ser exercida em harmonia com os direitos e valores constitucionais, como forma de resguardar a democracia no país.

Por isso, hoje, como será demonstrado neste estudo, a regulamentação do uso da inteligência artificial é medida que se impõe como novo instrumento para o enfrentamento da desinformação.

---

[1] Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, onde preside a Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Inovação e responde como encarregado pelo tratamento dos dados pessoais (DPO). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-conselheiro Nacional do Ministério Público. Ex-secretário-geral da Mesa do Senado Federal. Servidor do Senado da carreira de consultor legislativo. Lecionou em várias universidades do Brasil em cursos de graduação e pós-graduação. Anteriormente exerceu os cargos de advogado-geral do Senado, diretor-geral do Senado, chefe de gabinete da Presidência do Senado e do ministro da Previdência Social. Foi também consultor jurídico do Ministério da Previdência Social.

[2] Assessora de Gabinete no Conselho Nacional de Justiça. Especializada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (UFG) e Direito Constitucional (UNIDERP). Anteriormente exerceu os cargos de Chefe de Gabinete da Secretaria Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, Assessora-Chefe do Gabinete do Conselho Nacional do Ministério Público, Assessora-Chefe de Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás.

2 A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE AO FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO

As novas tecnologias permitem uma difusão rápida e ampla das informações, revolucionando o modo com referidos dados são disseminados e consumidos em plataformas digitais, aplicativos de mensagens e redes sociais, sem qualquer moderação ou verificação humana da veracidade dos conteúdos, e muitas vezes sequer por verificação automatizada.

Nesse contexto, ferramentas de inteligência artificial e a expansão do uso da Internet, permitem uma propagação rápida e massiva dos conteúdos, fidedignos ou falsos, potencializando os efeitos positivos e nocivos derivados do compartilhamento de informações.

Como alertado por Barroso e Mello[3], a nova era da informação provocou mudanças nas relações sociais e jurídicas, trazendo benefícios, por meio da democratização do conhecimento, como a ampliação da capacidade decisória humana, automação, avanços, pesquisa e inovação em diversas áreas (medicina, educação, meio ambiente, justiça).

Por outro lado, também nos foram apresentados novos desafios, em especial, a massificação da desinformação, descrita por Toffoli[4], como fenômeno abrangente e complexo, uma vez que coloca em risco processos e valores democráticos, ao retirar a capacidade do indivíduo de discernir o real do imaginário.

Dora Kaufman[5] já afirmava que estamos num ponto de inflexão em que ainda é possível balancear os efeitos negativos e positivos, promovendo progresso com menos desigualdade, comportando-se como desafio a construção de uma parceria homem-máquina inclusiva para toda a sociedade.

Popularmente conhecido como *fake news*, a difusão de conteúdos falsos não é algo novo, já tendo sido utilizada na história em diversos períodos, especialmente, em para fins políticos, como forma de controle e alienação da massa. Disseminar falsos boatos de que tal candidato extinguiria determinado benefício social ou adotaria medida impopular é conduta de que se tem registro desde que a democracia se consolidou no Ocidente.

A inovação reside na forma rápida de propagação dos conteúdos falsos por meio do uso da inteligência artificial, por grupos articulados, de modo malicioso, com a intenção de proteger seus interesses ou prejudicar algo ou alguém. Como já advertia Margaret Boden[6], qualquer tecnologia pode ser usada para o bem ou para o mal, sendo que pessoas mal-intencionadas utilizam todos os instrumentos disponíveis - e às vezes financiam o desenvolvimento de novos instrumentos - para agir de má-fé.

Na oportunidade, importante distinguir que embora o termo *fake news* seja amplamente utilizado para definir notícias fraudulentas, relatório produzido pelo Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Notícias Falsas e Desinformação[7] instaurado pela Comissão Europeia, em 2018, recomendou o uso da expressão desinformação para definir o fenômeno que se refere à difusão de informações falsas, inexatas ou deturpadas, ou ainda concebidas, apresentadas e promovidas para obter lucro ou causar prejuízo público intencional.

Para Pansieri, Kraus e Pavan[8], o fenômeno da desinformação apresenta diversas nuances, particularmente relacionadas ao desenvolvimento da internet, a qual possibilita a qualquer indivíduo, desde que incluído digitalmente, consumir e produzir conteúdo, recebendo-o e divulgando-o para qualquer lugar do planeta, sem necessitar de intermediários.

---

[3] BARROSO, L. R., & Perrone Campos Mello, P. (2024). "Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol". **Revista Direito e Práxis.** Disponível em: https://www.e publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479. Acesso em: 18 jun. 2024.

[4] TOFFOLI, Dias. "**Fake news, desinformação e liberdade de expressão". Interesse Nacional**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019.

[5] KAUFMAN, Dora. **"A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?".** Barueri, SP: Estação das Letras, 2019, p. 68.

[6] BODEN, Margaret. **"A Inteligência artificial: uma brevíssima introdução"** - São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 249.

[7] Idem, p. 10.

[8] PANSIERI, Flávio; Kraus, Mariella; PAVAN, Stefano. "Desinformação, pós-verdade e democracia: uma análise no contexto democrático de direito". **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba.V.04, n.66, p.163-196, Julho 23, 2021. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5502/371373497/. Acesso em: 9 jul. 2024.

Nessa conjuntura, é pertinente salientar que os agentes de inteligência artificial têm sido empregados, com má-fé, para a propagação de notícias fraudulentas, independentemente de qualquer moderação, manipulando a opinião das pessoas, comprometendo a democracia e a ordem pública.

Sob o viés político, especialmente em períodos eleitorais, a desinformação causa grave comprometimento da democracia e do regular funcionamento das instituições estruturantes, comportando-se como arma de manipulação da massa, que se divide em grupos e passam a ver o outro como inimigo, provocando um clima de disruptura social[9]. Hannah Arendt[10], filósofa alemã, estudiosa de regimes totalitários, advertia que:

> O súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios de pensamento).

Observa-se que a massificação da desinformação, em qualquer contexto, causa uma atmosfera de desconfiança, preocupação e medo na sociedade, polarização de opiniões, enfraquecimento do debate, proliferação de discursos de preconceito e ódio e, como principal consequência, o enfraquecimento da democracia.

Schmidt, Huttenlocher e Kissinger[11] fizeram contemporânea reflexão sobre a indevida utilização de agentes de inteligência artificial como arma de desinformação no aspecto político:

> A IA abre novos horizontes de recursos no espaço da informação, inclusive na esfera da desinformação. A IA generativa é capaz de criar grandes quantidades de informações falsas, porém plausíveis. A desinformação facilitada pela IA e a guerra psicológica, incluindo o uso de postagens, fotos, vídeos e discursos elaborados artificialmente, estão prestes a produzir novas vulnerabilidades inquietantes, particularmente para sociedades livres. Demonstrações amplamente compartilhadas produziram fotos e vídeos aparentemente realistas de figuras públicas dizendo coisas que nunca disseram. Em teoria, a IA poderia ser usada para determinar as formas mais eficazes de distribuir esse conteúdo falso gerado por IA adaptando-o de acordo com preconceitos e expectativas. Se a imagem falsa de um líder nacional for manipulada por um adversário para fomentar a discórdia ou emitir diretivas enganosas, será que o público (ou mesmo outros governos e autoridades) conseguirá perceber esse engano a tempo?

Percebe-se que os referidos autores têm razão quando prelecionam que a inteligência artificial implora por uma ética própria, que reflita não só a natureza da tecnologia, mas também os desafios colocados por ela.

Nessas circunstâncias, recentes episódios comprovaram os riscos que o uso inadequado da inteligência artificial para disseminação de notícias falsas pode causar à democracia e à liberdade de expressão, e por isso mesmo sua regulamentação mostra-se como medida indispensável para o combate do negativo fenômeno em análise.

Primeiro, a postura de Donald Trump, político à época presidente dos Estados Unidos, que se utilizou de desinformação para mobilizar os eleitores em seu favor, denunciando uma suposta ocorrência de fraude nos resultados das eleições americanas, o que chegou a provocar a invasão do Congresso por seus apoiadores[12] em 6 de janeiro de 2022.

---

9 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska e VALIM, Rafael. 2023. **Lawfare – uma introdução**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2023.

10 ARENDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

11 SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel; KISSINGER, Henry. **A era da IA e nosso futuro como humanos**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023, p. 153.

12 SPRING, Marianna**. "Eleições nos EUA: as origens da estratégia de Trump de alegar fraude".** BBC News Brasil, 23 nov. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55046202. Acesso em: 10 jul. 2024.

E Stuart Russel[13] sintetiza muito bem o grande desafio a ser enfrentado por países democráticos, a partir do fenômeno da desinformação na experiência norte-americana:

> E aí está a dificuldade: países democráticos, em particular os Estados Unidos, têm relutado muito em - ou sido constitucionalmente incapazes de - impedir a difusão de informações falsas em questões de interesse público, devido a temores justificados sobre controle governamental da expressão. Em vez de acreditarem na ideia de que não há liberdade de pensamento sem acesso a informações verdadeiras, as democracias parecem ter depositado uma ingênua confiança na ideia de que a verdade acabará triunfando, essa confiança nos deixa desprotegidos.

Um outro exemplo que pode ser apontado é a saída do Reino Unido da União Europeia *(Brexit), motivado, especialmente, pela propagação de informações falsas por meio de redes sociais, impulsionadas por bots, que noticiavam a possibilidade de ataque à soberania do país, situações de xenofobia e bloqueios econômicos, entre outras inverdades.*

O uso malicioso da inteligência artificial causou efeitos tão nefastos para a democracia do país, que vivemos um dos momentos mais delicados da história recente, marcados por eventos de violência contra as instituições democráticas e seus representantes e um clima de desconfiança da população que tinha dificuldades de discernir o real do falso enredo criado por determinado grupo político. Tais fatos confirmam a ideia de Kissinger de que geradores enriqueceriam o espaço de informação, mas, se não forem supervisionados, provavelmente, também borraram a linha entre a realidade e a fantasia.

Nesse contexto, em 2019, após o Supremo Tribunal Federal ser alvo de constantes ataques de milícias digitais, que ameaçavam a integridade dos ministros e seus familiares, buscando atingir a instituição e o Estado democrático de direito, o então presidente da Corte[14], decidiu por uma reação institucional contra a orquestração antidemocrática[15].

O Ministro justificou que, diante da inércia ou complacência daqueles que deveriam adotar medidas para mitigar o aumento do número e da intensidade dos ataques antidemocráticos[16], a instauração do inquérito consistiu em uma resposta institucional aos sucessivos ataques sofridos pela corte e seus Ministros, por meio da disseminação maciça de informações falsas ou enganosas com o uso de ferramentas de inteligência artificial em redes sociais.

Após a instauração do Inquérito 4781, que objetivava investigar a existência de notícias fraudulentas *(fake news)*, denunciações caluniosas e ameaças contra o Supremo, seus ministros e familiares, como "incitamento" ao fechamento do Supremo, ameaça de morte ou prisão de seus membros de apregoada desobediência às decisões judiciais, ocorreu queda de 80% nas investidas contra a corte. Todavia, como advertiu o Ministro homenageado, os "inimigos contemporâneos do Estado Democrático de Direito não descansam e a corte deve se manter alerta contra as ameaças"[17].

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, após discussões acerca da constitucionalidade do Inquérito n. 4781, concluiu pela validade do inquérito sobre *fake news*, prevalecendo o voto do Ministro Relator Edson Fachin, no sentido de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572, cujo objeto era a Portaria n. 69/2019 da Presidência da corte, que determinou a instauração do inquérito era improcedente, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio.

Existem outros episódios derivados do uso malicioso de inteligência artificial, como a difusão de notícias fraudulentas e ameaças contra o Supremo Tribunal Federal, seus ministros e

---

[13] RUSSEL, Stuart. **Inteligência artificial a nosso favor: Como manter o controle sobre a tecnologia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 107.

14 À época, Toffoli tomou relevante medida, adotada para a proteção da democracia e das instituições no país, ao determinar, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, por meio da Portaria n. 69/2019, a instauração do Inquérito n. 4781.

[15]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito 4781. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823. Acesso em: 10 jul. 2024.

[16] Supremo Tribunal Federal. (2020, 18 de junho). "Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre f*ake news* e ataques ao STF". Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860. Acesso em: 10 jul. de 2024.

[17] CONJUR. "Toffoli defende a transparência contra a desinformação na defesa da democracia". 17 maio 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-17/toffoli-defende-papel-transparencia-desinformacao/Acesso em: 11 jun. 2024.

familiares[18], bloqueios de rodovias[19], vandalismo contra instituições estruturantes, fogos de artifícios lançados contra a Corte Suprema[20], manifestações também na porta da sua sede com indivíduos segurando tochas e gritando palavras de ordem contra Ministros, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal, em 21 de abril de 2020, por determinação do Ministro Alexandre de Moraes, após pedido de abertura de investigação formulado pela Procuradoria-Geral da República, instaurou inquérito para apurar a organização de atos contra a democracia no país e esquemas de financiamento.

Em 2021, o Ministro Fux[21] ao participar da abertura do III Encontro Virtual sobre Liberdade de Expressão, que teve como foco a desinformação como ameaça aos direitos humanos e à democracia, alertou que:

> Sociedades polarizadas e com baixos níveis de confiança são terreno fértil para a produção e circulação de desinformação com motivação ideológica. A polarização extrema leva ao discurso do ódio. Esses discursos estimulam a divisão social a partir da dicotomia 'nós' e 'eles', o que remete ao fantasma das ideologias fascistas. A desinformação pode, portanto, colocar em risco a delicada e fundamental relação entre democracia e liberdade de expressão.

Todavia, o ápice dos atos antidemocráticos ocorreu após o resultado das eleições presidenciais de 2022, quando parte da população e grupos organizados, acreditando no enredo criado por notícias falaciosas da ocorrência de fraude nas urnas, invadiu e depredou instituições democráticas do país, situação que expôs a urgente necessidade de regulamentação do uso da inteligência artificial no Brasil.

Após atos de vandalismo ocorridos em 8 de janeiro de 2023[22], foram instaurados 7 novos inquéritos perante o Supremo Tribunal Federal, que investigam crimes de terrorismo, associação criminosa, tentativa de abolição violenta do Estado Democrático de Direito, tentativa de golpe de Estado, ameaça, perseguição e incitação ao crime.

3 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO MEDIDA URGENTE PARA O COMBATE À DESINFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA

A regulamentação do uso de inteligência artificial é medida fundamental para enfrentar o fenômeno da desinformação e salvaguardar o regime democrático no Brasil, considerando os impactos positivos e negativos decorrentes de sua aplicação inadequada na difusão de notícias falsas e discursos de ódios.

Embora seja difícil regulamentar a inteligência artificial de modo que impeça a promoção de informações pela metade e a desinformação – falsas e inventadas deliberadamente -, ela será fundamental exatamente para conter a disseminação de IA que produz desinformação, tratando-se, portanto, de forma que ajudaria a preservar o discurso que é essencial para nosso processo deliberativo.

A desinformação, como se extrai do presente estudo, não é um problema exclusivamente do Brasil. Ao contrário, é um desafio provocado pela democratização da tecnologia da informação, posto que a ascensão das redes sociais e plataformas digitais permitiu a

---

[18] Supremo Tribunal Federal. "Presidente do STF abre inquérito para apurar ameaças e *fake news* que têm a Corte como alvo". Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790. Acesso em: 10 jul. 2024.

[19] VEJA. "Atos bolsonaristas bloqueiam estradas em 7 estados do país". Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/atos-bolsonaristas-bloqueiam-estradas-em-17-estados. Acesso em: 10 jul. 2024.

[20] Migalhas. "Manifestantes soltam fogos em direção ao STF e ameaçam Ministros". 14 de junho de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/328841/manifestantes-soltam-fogos-em-direcao-ao-stf-e-ameacam-ministros. Acesso em: 6 jul. 2024.

[21] CNJ. "Desinformação coloca em risco a democracia e a liberdade de expressão". Disponível em: https://www.cnj.jus.br/desinformacao-coloca-em-risco-a-democracia-e-a-liberdade-de-expressao/Acesso em: 10 jul. 2024.

[22] JOTA. STF já soma 7 novos inquéritos sobre atos antidemocráticos. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-ja-soma-7-novos-inqueritos-sobre-atos-antidemocraticos-23012023. Acesso em: 20 jul. 2024.

disseminação rápida de conteúdos falsos por meio de diversos mecanismos, inclusive, do uso de inteligência artificial.

Schmidt, Huttenlocher e Kissinger[23] ponderam, de modo reflexo, sobre a mudança das perspectivas do livre-arbítrio diante da disseminação da desinformação:

> Na esfera política, o mundo está entrando em uma era na qual os sistemas de Ia baseados em big data estão informando aspectos crescentes: o estilo de mensagem políticas; a adaptação e a distribuição dessas mensagens a diversos grupos demográficos; elaboração e a utilização de desinformação por agentes mal-intencionados, com o objetivo de semear a discórdia social; e o projeto e a implementação de algoritmos para detectar, identificar e combater a desinformação e outros tipos de dados prejudiciais. À medida que o papel da IA na definição e na moldagem do "espaço de informação" aumenta, ele se torna mais difícil de prever. Nesse espaço, assim como em outros, às vezes a IA opera de maneiras que até mesmo seus designers só conseguem detalhar em termos gerais. O resultado disso é a mudança das perspectivas de uma sociedade livre e, também, do livre-arbítrio. Mesmo que essas evoluções se mostrem benignas ou reversíveis, cabe às sociedades de todo o mundo entender essas mudanças a fim de que possam conciliá-las com seus valores, suas estruturas e seus contratos sociais.

Ademais, é preciso ponderar que o princípio fundamental da liberdade de expressão não pode ser considerado como absoluto diante de ataques à democracia praticados por milícias digitais, utilizando-se inclusive de ferramentas de inteligência artificial, sendo justificada sua limitação diante da disseminação deliberada de informações falsas ou enganosas que possam manipular opiniões e decisões.

Segundo Klaus Schwab[24], em um mundo onde as funções públicas essenciais, a comunicação social e as informações pessoais migram para plataformas digitais, os governos - em colaboração com a sociedade civil e empresarial - precisam criar regras, pesos e contrapesos para manter a justiça, a competitividade, a equidade, a propriedade intelectual inclusiva, a segurança e a confiabilidade.

O Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco[25] descreve sua preocupação com o crescimento do radicalismo diante do uso inadequado de inteligência artificial para a desinformação da sociedade:

> O otimismo inicial de que as novas tecnologias abririam caminho para a democracia direta, para uma participação popular maior e mais efetiva no processo de deliberação nacional para a constituição de uma verdadeira ágora digital, foi substituído pela preocupação com a radicalização de toda a natureza. (...) as divisões se manifestam nas redes sociais, que contribuem para isolar os usuários em "bolhas informacionais" e restringem o diálogo. Como impactos negativos, há a disseminação de desinformação e de discursos de ódio.

Acerca da regulamentação da inteligência artificial, no espectro internacional, o Parlamento Europeu, em março de 2024, aprovou o *AI Act*, que define regras sobre o fornecimento e uso de inteligência artificial na União Europeia, regulamentando sua aplicabilidade[26].

Renato Janine Ribeiro[27], presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, fez interessante recapitulação do atual grau de regulamentação de inteligência artificial no cenário internacional:

---

[23] SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel; KISSINGER, Henry, op. cit., p. 15

[24] SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: editora Edipro, 2016, p. 75.

[25] Agência Senado. "**Democracia e novas tecnologias: Pacheco abriu seminário com Manuel Castells".** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/25/democracia-e-novas-tecnologias-pacheco-abriu-seminario-com-manuel-castells. Acesso em: 10 jul. 2024.

[26] CONJUR. **Regulamentação de IA na União Europeia e o Marco Legal no Brasil**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-08/regulamentacao-de-ia-na-uniao-europeia-e-o-marco-legal-no-brasil/.

[27] RIBEIRO, Renato Janine. **Regulação da inteligência artificial no Brasil e no mundo**. Portal SBPC. Disponível em: https://portal.sbpcnet.org.br/noticias/editorial-regulacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil-e-no-mundo/. Acesso em: 10 jul. 2024.

> Países ao redor do mundo têm tomado medidas proativas para regular o uso da IA reconhecendo tanto suas potencialidades quanto seus riscos. A União Europeia, por exemplo, tem liderado com o *AI Act*, uma regulamentação abrangente que estabelece padrões rigorosos de proteção de dados e categorizações de risco. A China também já implementou diversas normativas, enquanto os Estados Unidos optaram por princípios gerais através do *AI Blueprint*. O Reino Unido e países como o Peru, por outro lado, têm buscado harmonizar a inovação com regulamentações setoriais já existentes.

No Brasil, recentemente, a CNN Brasil[28] divulgou que estão em tramitação cerca de 46 projetos de lei, que buscam regulamentar o uso da inteligência artificial (IA), na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. As proposições abordam múltiplas temáticas, como: uso de "*deepfake*" — recursos que alteram rostos e vozes de pessoas com resultados verossímeis, por meio de IA — para criar imagens e áudios falsos de pessoas para uso político, publicitário ou em pornografia; reprodução e manipulação de voz e imagem de pessoas que já morreram; direitos autorais e plágio em obras criadas por IA; uso do reconhecimento facial; sanções específicas para crimes cometidos com uso de IA; aplicação da IA nos sistemas da administração pública federal, estadual e municipal; regulamentação do uso de veículos autônomos terrestres.

Entre as iniciativas mais recentes, pode-se citar o PL 2338/23, de autoria do senador Rodrigo Pacheco, aprovado no Senado no final do primeiro semestre de 2024, que substituiu os PL's 5.051/2019, 21/2020 e 872/2021, contando com uma maior colaboração técnica que todos os outros, inclusive em relação ao PL 759/23[29].O PL 2.338/202330, que adota modelo semelhante ao *AI Act* europeu, dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial, estabelecendo "normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial (IA) no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico".

O citado projeto de lei, relatado pelo Senador Eduardo Gomes (PL-TO), aborda classificações de risco excessivo e risco alto, delimita a regulação consoante os desdobramentos de risco da tecnologia e considera que diferentes níveis de risco justificam diferentes níveis de restrições, garantias e salvaguardas proporcionais. Ainda, apresenta um rol de finalidades de uso categorizadas como de alto risco, delegando o processo contínuo de atualização desse rol por meio de critérios específicos direcionados à autoridade competente[31].

É notório que o projeto de lei n. 2.338/2023 tem enfrentado oposição por parte de alguns setores, como a Confederação Nacional da Indústria e plataformas digitais, como Google e Meta, proprietária do Facebook, do Instagram e do Whatsapp, que defendem que o atual texto poderá inibir a inovação no país[32].

O Senado Federal promoveu, entre os dias 25 e 27 de março de 2024, o Seminário Internacional Democracia e Novas Tecnologias, contando com palestra proferida pelo sociólogo e professor espanhol Manuel Castells, que defendeu ativamente a ideia de que a regulação das redes sociais e do uso da inteligência artificial consiste em possível saída para a origem da crise

---

[28] CNN Brail. "Congresso tem pelo menos 46 projetos de lei para regulamentar uso de inteligência artificial". Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/congresso-tem-pelo-menos-46-projetos-de-lei-para-regulamentar-do-uso-de-inteligencia-artificial/Acesso em 10 jul. 2024.

[29] Conjur. "Desafios para a regulação da inteligência artificial no Brasil". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/desafios-para-a-regulacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil/. Acesso em: 10 jul. 2024.

[30]Senado Federal. PL 2338/2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1720545987618&disposition=inline. Acesso em: 9 jul. 2024.

[31] ANPD. Análise Preliminar do PL 2.338/2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

[32]Folha de São Paulo. Big *techs* atuam contra a regulação de IA no Senado. Disponível em: https://www.google.com/search?q=big-techs-fazem-lobby-contra-regulacao-de-inteligencia-artificial-no-senado&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR1080BR1080&oq=big-techs-fazem-lobby-contra-regulacao-de-inteligencia-artificialnosenado&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRg80gEIODQxajBqMTWoAgiwAgE&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 10 jul. 2024.

democrática, causada pela falta de confiança nos políticos e nas instituições políticas[33]. E complementou:

> O problema é que as redes sociais estão controladas por oligopólios e, por conseguinte, teria que se impor por lei a essas empresas essa regulação. Em particular, hoje em dia, o mais importante é começar a regular seriamente a inteligência artificial. A questão aqui é a capacidade que tem a inteligência artificial de criar em nossas mentes um mundo totalmente artificial — afirmou.

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, responsável pelo estabelecimento de diretrizes estratégicas para os tribunais brasileiros, adotou uma postura vanguardista, ao editar a Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020[34], que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Dentre suas inovações, instituiu o Sinapses, plataforma nacional de armazenamento, treinamento supervisionado, controle de versionamento, distribuição e auditoria dos modelos de inteligência artificial, o qual também estabelece os parâmetros de sua implementação e funcionamento no Poder Judiciário.

Nessa Resolução n. 332/2020 do CNJ, apesar de recente, está em franco processo de revisão, por meio de Grupo de Trabalho instituído pelo Presidente Luís Roberto Barroso e que entregará ainda em 2024 uma proposta de atualização da norma face aos novos avanços da IA generativa, disponibilizada ao usuário comum a partir de novembro/2022.

Nessa conjunção, o Tribunal Superior Eleitoral foi vanguardista na publicação de resoluções destinadas ao enfrentamento da desinformação, com vistas a garantir que a transparência e a ética no uso da inteligência artificial proporcionem a integridade do processo eleitoral e confiança do público na democracia.

Em fevereiro de 2024, o órgão de cúpula eleitoral publicou a Resolução n. 23.610[35], que regulamentou o uso da inteligência artificial (IA) na propaganda de partidos, coligações, federações partidárias, candidatas e candidatos nas Eleições Municipais de 2024[36], proibindo *deepfakes* e exigindo a apresentação de aviso obrigatório de uso da IA em conteúdo divulgado.

O Ministro Alexandre de Moraes[37], enquanto Presidente do TSE, ainda inaugurou o Centro Integrado de Enfrentamento à Desinformação e Defesa da Democracia (CIEDDE), que tem como objetivo a atuação coordenada da Justiça Eleitoral (JE) perante os Poderes, órgãos da República e instituições na promoção da educação em cidadania, dos valores democráticos e dos direitos digitais, importante unidade para combate às milícias digitais, que, desde 2018, utilizam *fake news* e discursos de ódio, como forma de desvirtuar os debates e comprometer a democracia.

Em 27 de junho de 2024, participantes da mesa[38] "Desinformação, Propaganda Eleitoral e Integridade das Eleições", que ocorreu no segundo dia do XII Fórum Jurídico de Lisboa, após debates

---

[33] Agência Senado. IA precisa ser regulada, alerta Castells; Senado tem projetos. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/22/ia-precisa-ser-regulada-alerta-castells-senado-tem-projetos. Acesso em: 10 jul. 2024.

[34] CNJ. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 19 out. 2021.

[35] Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2024. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019. Acesso em: 10 jul. 2024.

[36] Tribunal Superior Eleitoral. TSE proíbe uso de inteligência artificial para criar e propagar conteúdos falsos nas eleições. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/tse-proibe-uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-e-propagar-conteudos-falsos-nas-eleicoes. Acesso em 10 jul. 2024.

[37] Tribunal Superior Eleitoral. "Presidente do TSE inaugura Centro Integrado de Combate à Desinformação". Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Marco/presidente-do-tse-inaugura-centro-integrado-de-combate-a-desinformacao. Acesso em: 20 jul. 2024

[38] Confira-se que os participantes da mesa foram o deputado Orlando Silva (PCdoB); Aline Osório, secretária-geral do Supremo Tribunal Federal; Clara Iglesias Keller, líder do Grupo de Pesquisa em Tecnologia, Poder e Dominação no Instituto Weizenbaum e no Centro de Ciências Sociais de Berlim; Marco Aurélio Ruediger, diretor da Escola de Comunicação, Mídia e Informação da Fundação Getúlio Vargas; e o cientista político Antonio Lavareda. A moderação foi feita pela jornalista Lilian Tahan, do jornal Metrópoles.

sobre o tema, concluíram que a regulação é urgente para que o Brasil não dependa da boa vontade das redes sociais[39].

Refletindo sobre a complexidade da regulação, Barroso e Mello[40] destacaram que será um desafio para a legislação e a regulação acompanharem o ritmo das inovações, ponderando o risco da regulação excessiva. Entendem que a regulamentação não deveria criar restrições ou ser gravosa a ponto de inibir a inovação, nem tampouco desproporcional, provocando uma reserva de mercado para empresas já estabelecidas, tendo em vista que os avanços se tornaram objeto de disputa entre nações, pesquisadores e empreendedores.

Necessária a conciliação de interesses das *big techs*, empresas que desfrutam de poderes econômicos e consequentemente políticos, para a construção de uma harmonização global da regulação, que não se torne obstáculo às crescentes inovações derivadas da inteligência artificial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propõe a discutir a necessidade de regulamentação da inteligência artificial como medida de enfrentamento ao fenômeno da desinformação e proteção da democracia.

O cenário atual demonstra a urgente necessidade de publicação de legislação que regule e supervisione a utilização de inteligência artificial, de modo que não se iniba a promoção de práticas inovadoras no território nacional, notadamente, para a esfera política, em períodos eleitorais.

É imperativa a necessidade de uma legislação abrangente que regule e supervisione o desenvolvimento e a utilização da tecnologia de Inteligência Artificial (IA), como forma de combate à desinformação, especialmente diante dos impactos negativos de seu uso malicioso durante o período eleitoral.

O Poder Legislativo tem proporcionado espaço para discussão de projetos de lei que normatizem o uso da inteligência artificial no Brasil, atraia investimentos nacionais e internacionais e não engesse a criação de novas ferramentas, como prova a recente aprovação no Senado do PL n. 2338/2023.

O trabalho apresentado nos leva a perceber que o país precisa regulamentar o uso da inteligência artificial e criar um sistema estatal capaz de enfrentar a aplicabilidade da ferramenta pelos disseminadores de conteúdos falsos ou enganosos, como efetivo enfrentamento ao fenômeno da desinformação, incentivando sua aplicação ética em benefício da sociedade.

E, certamente, além de regulamentar o uso da inteligência artificial para produzir e disseminar conteúdos, ela também pode ser regulada – e treinada – a fim de identificar, notificar e suprimir conteúdos falsos, maliciosos ou manipulados. Essa vertente da aplicação da IA – não na produção, mas na detecção do uso malicioso – ainda poderá nos oferecer mecanismos eficientes para o combate à desinformação.

À guisa de conclusão, compartilhamos da visão de Castells de que a "*tecnologia por si mesma não causa efeitos sociais e políticos, sendo crucial o modo como é utilizada a tecnologia, quem a usa e seu destinatário".*

---

[39] CONJUR. https://www.conjur.com.br/2024-jun-27/regulacao-e-urgente-para-brasil-nao-depender-de-boa-vontade-das-redes-sociais/

[40] BARROSO, L. R., & Perrone Campos Mello, P. (2024). "Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol". **Revista Direito e Práxis.** Disponível em: https://www.e publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479. Acesso em: 18 jun. 2024.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. "Democracia e novas tecnologias: Pacheco abriu seminário com Manuel Castells". Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/25/democracia-e-novas-tecnologias-pacheco-abriu-seminario-com-manuel-castells. Acesso em: 10 jul. 2024.

AGÊNCIA SENADO. "**IA precisa ser regulada, alerta Castells; Senado tem projetos".** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/22/ia-precisa-ser-regulada-alerta-castells-senado-tem-projetos. Acesso em: 10 jul. 2024.

AGÊNCIA SENADO. "**Relator apresenta relatório atualizado sobre a regulamentação da IA".** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/07/04/relator-apresenta-relatorio-atualizado-sobre-regulamentacao-da-ia. Acesso em: 10 jul. 2024.

AGÊNCIA SENADO. "**Votação da regulamentação de IA é adiada pela terceira vez".** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/07/09/votacao-de-regulamentacao-de-ia-e-adiada-pela-terceira-vez. Acesso em: 10 jul. 2024.

ANPD. "**Análise Preliminar do PL 2.338/2023".** Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

ARENDT, Hannah. ***Origens do totalitarismo***. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

BARROSO, L. R.; PERRONE CAMPOS MELLO, P. "**Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol".** *Revista Direito e Práxis*, 2024. Disponível em: https://www.epublicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479. Acesso em: 18 jun. 2024.

BODEN, Margaret. "A Inteligência artificial: uma brevíssima introdução" - São Paulo: Editora Unesp, 2020.

CNN BRASIL. "**Congresso tem pelo menos 46 projetos de lei para regulamentar uso de inteligência artificial".** Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/congresso-tem-pelo-menos-46-projetos-de-lei-para-regulamentar-do-uso-de-inteligencia-artificial/. Acesso em: 10 jul. 2024.

CNJ. "**Desinformação coloca em risco a democracia e a liberdade de expressão".** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/desinformacao-coloca-em-risco-a-democracia-e-a-liberdade-de-expressao/. Acesso em: 10 jul. 2024.

CNJ. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 19 out. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. "**Toffoli defende a transparência contra a desinformação na defesa da democracia".** 17 maio 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-17/toffoli-defende-papel-transparencia-desinformacao/. Acesso em: 11 jun. 2024.

CONJUR. "**Desafios para a regulação da inteligência artificial no Brasil".** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/desafios-para-a-regulacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil/. Acesso em: 10 jul. 2024.

CONJUR. "**Regulação é urgente para Brasil não depender de boa vontade das redes sociais".** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jun-27/regulacao-e-urgente-para-brasil-nao-depender-de-boa-vontade-das-redes-sociais/.

CONJUR. "**Regulamentação de IA na União Europeia e o Marco Legal no Brasil".** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-08/regulamentacao-de-ia-na-uniao-europeia-e-o-marco-legal-no-brasil/. Acesso em: 10 jul. 2024.

DIAS TOFFOLI, José Antônio; GUSMÃO, Bráulio Gabriel**.** "**Inteligência artificial na Justiça".** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/98/1/Intelig%c3%aancia%20Artificial%20no%20Poder%20Judiciario%20Brasileiro.pdf**.**

FOLHA DE SÃO PAULO. "**Big techs atuam contra a regulação de IA no Senado".** Disponível em: https://www.google.com/search?q=big-techs-fazem-lobby-contra-regulacao-de-inteligencia-artificial-no-senado&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR1080BR1080&oq=big-techs-fazem-lobby-contra-regulacao-de-inteligencia-artificialnosenado&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRg80gEIODQxajBqMTWoAgiwAgE&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 10 jul. 2024.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Fernanda Viero da; SCHWEDE, Matheus Antes. "A utilização de ferramentas de inteligência artificial no Judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ". **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 23, n. 2, p. 275-288, mai./ago. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **"Inteligência Artificial como oportunidade para a regulação jurídica".** *RDU*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, dez. 2019. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756. Acesso em: 30 jun. 2024.

JOTA. "**STF já soma 7 novos inquéritos sobre atos antidemocráticos".** Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-ja-soma-7-novos-inqueritos-sobre-atos-antidemocraticos-23012023. Acesso em: 20 jul. 2024.
KAUFMAN, Dora. **"A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?"**. Barueri, SP: Estação das Letras, 2019.
MIGALHAS. "**Manifestantes soltam fogos em direção ao STF e ameaçam Ministros.** 14 jun. 2020". Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/328841/manifestantes-soltam-fogos-em-direcao-ao-stf-e-ameacam-ministros. Acesso em: 6 jul. 2024.
PANSIERI, Flávio; KRAUS, Mariella; PAVAN, Stefano. "Desinformação, pós-verdade e democracia: uma análise no contexto democrático de direito". **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 04, n. 66, p. 163-196, 23 jul. 2021. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5502/371373497. Acesso em: 9 jul. 2024.
RIBEIRO, Renato Janine. "**Regulação da inteligência artificial no Brasil e no mundo".** *Portal SBPC*. Disponível em: https://portal.sbpcnet.org.br/noticias/editorial-regulacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil-e-no-mundo/. Acesso em: 10 jul. 2024.
RUSSEL, Stuart. **Inteligência artificial a nosso favor**: Como manter o controle sobre a tecnologia. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 328.
SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial".** São Paulo: editora Edipro, 2016.
SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel; KISSINGER, Henry. **A era da IA e nosso futuro como humanos.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.
SENADO FEDERAL. **PL 2338/2023.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1720545987618&disposition=inline. Acesso em: 9 jul. 2024.
SPRING, Marianna. "**Eleições nos EUA: as origens da estratégia de Trump de alegar fraude".** BBC News Brasil, 23 nov. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55046202. Acesso em: 10 jul. 2024.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "**Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre fake news e ataques ao STF".** 18 jun. 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 10 jul. 2024.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "**Presidente do STF abre inquérito para apurar ameaças e fake news que têm a Corte como alvo".** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790. Acesso em: 10 jul. 2024.
TOFFOLI, Dias. "**Fake news, desinformação e liberdade de expressão".** *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019.
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. "**Presidente do TSE inaugura Centro Integrado de Combate à Desinformação".** Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Marco/presidente-do-tse-inaugura-centro-integrado-de-combate-a-desinformacao. Acesso em: 20 jul. 2024.
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Re. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019. Acesso em: 10 jul. 2024.
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. "**TSE proíbe uso de inteligência artificial para criar e propagar conteúdos falsos nas eleições".** Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/tse-proibe-uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-e-propagar-conteudos-falsos-nas-eleicoes. Acesso em: 10 jul. 2024.
VEJA. "Atos bolsonaristas bloqueiam estradas em 7 estados do país". Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/atos-bolsonaristas-bloqueiam-estradas-em-17-estados. Acesso em: 10 jul. 2024.
ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska e VALIM, Rafael. 2023. *Lawfare* –

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO ECONÔMICO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA: CONFORMAÇÃO E LIMITES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TST E DO STF

Morgana de Almeida Richa[41]

INTRODUÇÃO

De início, uma palavra sobre o homenageado nesta obra. Completados quinze anos de investidura no cargo, o Ministro Dias Toffoli registra marca indelével no Supremo Tribunal Federal. Criando pontes em defesa da Constituição e da democracia, tem como característica notória o espírito da conciliação e a capacidade de antever temas polêmicos, dado importante em sua biografia. Assim, honra a judicatura em longo percurso sob os holofotes onipresentes, operando o Direito de forma técnica, hábil e moderada.

Por seu incondicional compromisso com o interesse público e absoluta imparcialidade, é um exemplo de magistrado, o que torna ainda mais alvissareiro para o país, já grato pelo labor incansável prestado, o extenso período que, com as bênçãos de Deus, está por vir.

Dentre seus inúmeros votos de relevo, neste artigo, será abordada, a intrincada e relevante questão da responsabilidade solidária e inclusão no polo passivo da execução trabalhista de empresa do grupo econômico que não integrou a fase de conhecimento. Por outras palavras, procurar-se-á examinar os aspectos material e processual do Tema 1.232 da Tabela da Repercussão Geral do STF[42][43], recentemente afetado, sob relatoria de Sua Excelência.

Em atenção à segurança jurídica, estabilização da jurisprudência e isonomia, houve determinação de suspensão nacional de todos os processos em curso que versem sobre a matéria.

Na Justiça do Trabalho, no atual momento jurisprudencial, como todos sabem, há a prática de redirecionamento em cumprimento de sentença ou execução para outros entes do grupo econômico, sem contraditório e ampla defesa prévios (art. 5º, LV, da Constituição Federal[44] – *substantive due process of law*), princípios constitucionais do processo que são alçados a direitos fundamentais, mesmo para pessoas jurídicas. Em síntese, a cizânia gira em torno da compatibilidade dos arts. 133 a 137 e 513, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015[45] com os princípios processuais trabalhistas.

---

[41] Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Expositora/tutora nos Cursos Nacionais de Formação Inicial da ENAMAT, no eixo Eticidade. Autora de artigos científicos e do livro "Políticas Públicas Judiciárias e Acesso à Justiça". Corresponsável pela coordenação do livro "Conciliação e Mediação: a estruturação da Política Judiciária Nacional".

[42] RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. EXECUÇÃO. INCLUSÃO DE EMPRESA INTEGRANTE DO MESMO GRUPO ECONÔMICO NO POLO PASSIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESA QUE NÃO PARTICIPOU DA FASE DE CONHECIMENTO. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 513, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 10 E AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1387795 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 08-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 12-09-2022 PUBLIC 13-09-2022).

[43] Tema: "Possibilidade de inclusão no polo passivo da lide, na fase de execução trabalhista, de empresa integrante de grupo econômico que não participou do processo de conhecimento".

[44] "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;"

[45] "Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.
§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos

Essencialmente, contrapõem-se os princípios da eficiência e celeridade que regem o processo do trabalho, bem como o da superioridade do exequente trabalhista, e os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Formam-se duas correntes, a que reputa imprescindível a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos dos arts. 513, § 5º, c/c 15 do CPC e a que considera que a sua inclusão de ofício, seguida dos instrumentos recursais que viabilizam o contraditório diferido, seria suficiente.

Argumenta-se, ainda, que a interpretação no sentido da inaplicabilidade do art. 513, § 5º, do CPC ao grupo econômico viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF e Súmula vinculante 10 do STF), pois eliminaria hipótese de incidência de norma jurídica sem declarar sua inconstitucionalidade.

O equacionamento da controvérsia, que envolve conformação, harmonização, ponderação dos direitos, de forma a promover os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), deve guardar as premissas de que o processo do trabalho é voltado a uma prestação jurisdicional rápida e efetiva, regido pelos princípios da simplicidade e informalidade, ao encontro do devido processo legal e do contraditório substancial, a exigir adequação dos meios aos fins, sob o pálio da cooperação.

Esses são os contornos principais da discussão, mas antes, para um exame científico, cumpre perquirir os principais conceitos teóricos envolvidos.

1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO GRUPO ECONÔMICO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA: DOGMÁTICA E PROCEDIMENTALIDADE

A responsabilidade patrimonial nem sempre coincide com a obrigação ou dívida. Esta vem fixada em título executivo judicial (ou extrajudicial), que deverá prever o *an debeatur* (existência da dívida), *cui debeatur* (a quem é devido), *quis debeat* (quem deve), *quid debeatur* (o que é devido) e *quantum debeatur* (quanto se deve).

Assim, logo de início, há que se diferenciar a legitimidade passiva da execução e a responsabilidade secundária do grupo econômico. Apenas o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável, as demais empresas do grupo, não são executadas, ficando apenas seus bens sujeitos à execução.

A solidariedade do grupo decorre de previsão legal. Trata-se de ampliação da garantia do crédito trabalhista como contrapartida da teoria do empregador único (Súmula 129 do TST[46]), segundo a qual todos os entes integrantes do grupo têm a prerrogativa de se valer do mesmo trabalho contratado, sem que seja necessária a pactuação de novos contratos. O trabalhador pode cobrar integralmente a dívida de qualquer dos responsáveis.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, o grupo é

> figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica[47].

---

pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.". "Art. 513, § 5º. O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento."

[46] "A prestação de serviços a mais de uma empresa do grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário".

[47] **Curso de direito do trabalho.** 21. ed. São Paulo: LTr, 2024, p. 500.

Seus principais objetivos são redução dos custos de agência e a otimização dos lucros. Inicialmente positivado o instituto como hierarquia entre empresas[48], após a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), pacificou-se, também a figura do grupo econômico por coordenação[49] [50].

Ainda, após a Reforma, é de se cogitar se a expressão "pelas obrigações decorrentes da relação de emprego", inserta no novo texto do art. 2º, § 2º, da CLT, se interpretada restritivamente, parece indicar o fim da teoria do empregador único, restringindo a solidariedade à passiva e não mais à ativa, em que cada empresa poderia exigir serviços do mesmo empregado.

O fundamento da solidariedade e redirecionamento da execução, em ampliação da coisa julgada subjetiva, além do art. 2º, § 2º, da CLT, estaria nos arts. 264, 265, 275, parágrafo único, 279, 280 e 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil[51], subsidiariamente aplicáveis ao direito do trabalho (art. 8º, § 1º, da CLT).

Prescindíveis exemplos de grupos, porque sua caracterização é casuística, dependente do conjunto probatório dos autos. Negada a existência da formação, o ônus da prova é do autor, salvo se indícios permitam a inversão.

Em princípio, para sua inclusão no polo passivo da execução, por qualquer sistemática, é necessário que a prova seja sumária, desnecessitando cognição complexa.

---

[48] "RECURSO DE EMBARGOS - INTERPOSIÇÃO SOB A REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE HIERARQUIA 1. Esta Corte firmou o entendimento de que a configuração de grupo econômico exige que seja evidenciada a relação de hierarquia entre as empresas, não sendo suficiente o fato de as empresas terem sócios em comum, não se podendo atribuir responsabilidade solidária sem o devido amparo legal, sob pena de afronta direta ao princípio da legalidade. 2. Estando o acórdão embargado em sintonia com essa tese, inviável o conhecimento dos Embargos (artigo 894, II, e § 2º, da CLT). Embargos não conhecidos." (E-RR-10112-38.2019.5.03.0136, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 30/09/2022) (grifo acrescido).

[49] A redação anterior do art. 2º, § 2º, da CLT exigia hierarquia para a formação do grupo:"Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...]§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas." Previsão semelhante consta da Lei do Trabalho Rural (Lei nº 5.889/73). Era necessária, portanto, prova do nexo relacional, qual seja, hierarquia entre as empresas (não pessoa física ou entes sem personalidade). Após a Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 11.11.2017, passou-se a admitir o grupo econômico também por coordenação de empresas. Eis a redação:"Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.[...]§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego."E, superando antiga cizânia jurisprudencial:"§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes."

[50] "[...] III - RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. GRUPO ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE TRABALHO INICIADO ANTES E ENCERRADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRANCENDÊNCIA JURÍDICA. Incontroverso tratar-se de contrato de trabalho iniciado antes e encerrado após a vigência da Lei 13.467/2017 (04.02.2016 a 11.10.2019). Antes das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017, ao interpretar o art. 2º, § 2º, da CLT, esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que o reconhecimento de grupo econômico, para fins de responsabilidade pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, depende da comprovação de relação de hierarquia entre as empresas. A partir da vigência da Lei 13.467/2017, após a ampliação do conceito de grupo econômico promovida pela alteração no § 2º e a inclusão do § 3º no art. 2º da CLT, passa-se também a admitir a hipótese de formação de grupo econômico por coordenação. Nesse tocante, em observância às regras de direito intertemporal, cumpre ressaltar que a alteração promovida pela Lei 13.467/2017 não retroage para atingir os eventos ocorridos antes de sua vigência (*tempus regit actum*). No caso em exame, os elementos fáticos fixados no acórdão regional não permitem concluir de forma inequívoca pela existência de relação hierárquica entre as empresas. Não se trata aqui de reexame do conjunto probatório (Súmula 126 do TST), mas de enquadramento jurídico diverso à situação descrita no acórdão. Assim, a responsabilidade solidária das empresas, por formação de grupo econômico, deve limitar-se aos créditos devidos a partir de 11/11/2017. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-10165-17.2020.5.03.0093, 5ª Turma, Relatora Ministra Morgana de Almeida Richa, DEJT 29/09/2023) (grifo acrescido).

[51] Art. 264. "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda." Art. 265 - "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes"; Art. 275, parágrafo único - "Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores"; Art. 279 - "Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado";Art. 280 - Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida".Art. 942 – "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932."

Ao contrário do que ocorre na responsabilização subsidiária, não é mandatório que o credor cobre a dívida inteira do responsável e, apenas se não tiver sucesso, passe a exigir do segundo responsável.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica, *disregard doctrine*, em geral, levanta-se o véu da personalidade para atingir os sócios, afastando-se a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Também aplicável para atingir as demais pessoas jurídicas de um grupo, pode se dar pela teoria maior, civilista, inserta no art. 50 do CC[52], que exige a comprovação da manipulação fraudulenta ou abusiva da sociedade ou pela teoria menor, consoante o art. 28, § 5º, do CDC[53], em que o afastamento da autonomia patrimonial decorre da simples insatisfação do crédito pela sociedade.

Como explica Daniel Assumpção, a desconsideração da personalidade jurídica tem tido seu espectro ampliado:

> Na desconsideração da personalidade jurídica clássica, expressamente prevista pelos arts. 50 do CC e 28 do CDC, a sociedade empresarial figura como devedora e os sócios como responsáveis patrimoniais secundários, ou seja, mesmo não sendo devedores, responderão com o seu patrimônio pela satisfação da dívida. A jurisprudência, entretanto, valendo-se da *ratio* das normas legais referidas, as vem interpretando de forma extensiva e criando modalidades de desconsideração de personalidade jurídica, não previstas expressamente em lei. Há a desconsideração da personalidade jurídica entre empresas do mesmo grupo econômico bem como a desconsideração da personalidade jurídica inversa[54].

Inobstante o amplo uso da teoria menor do microssistema do direito consumerista na Justiça do Trabalho, não se pode olvidar que a desconsideração da personalidade jurídica é exceção.

José Engrácia Antunes afirma que a maioria dos casos de desconsideração envolve situações nas quais se quer "a imputação à sociedade-mãe da responsabilidade pelas consequências resultantes de actos ou omissões que, conquanto formalmente praticados pelas sociedades-filhas, sejam imputáveis ao controlo material daquela sociedade"[55].

Para melhor compreendê-los, até mesmo quanto aos direitos processuais que lhes são inerentes, percuciente a distinção feita por Lamartine Corrêa, no sentido de que o trato da pessoa natural é dirigido ao seu desenvolvimento, com proteção voltada aos âmbitos espiritual e corporal, ao passo que a pessoa jurídica se volta para o campo dos direitos patrimoniais[56].

Como se sabe, são direitos fundamentais constitucionalmente assentados, o direito de propriedade e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, em suas dimensões formal e substancial[57] e eles contemplam a pessoa jurídica.

Como ensina Dinamarco, "Do contraditório, já se tem falado. Ele é, resumidamente, a garantia de participação, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder"[58].

---

[52] "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso".

[53] "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

[54] **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 16. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2024.

[55] Os grupos de sociedades, Almedina, 2002, p. 599.

[56] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 360.

[57] CF/88, Art. 5º, LIV. "ninguém será privado [...] de seus bens sem o devido processo legal";

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";

[58] **A Instrumentalidade do Processo**. Malheiros. 11. ed. 2003, p. 349.

A partir desses princípios, que se irradiam para as relações privadas, é que se deve examinar a possibilidade de redirecionamento da execução para as demais empresas do grupo econômica e a maneira como se deve fazê-lo.

O tema voltou a ganhar grande relevância na seara jurídica após o CPC de 2015, que, em seu art. 513, § 5º, enuncia: "O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento".

A partir de então, a controvérsia acerca de sua aplicação subsidiária, por harmonia com os princípios do direito processual do trabalho (art. 769 da CLT), instalou-se no âmbito jurisprudencial.

Formaram-se duas correntes. A primeira entende que a simples constatação de existência do grupo econômico autorizaria a inclusão da(s) pessoa(s) jurídica(s) no polo passivo da execução. Por meio dela, haveria maior celeridade e facilidade na satisfação do crédito trabalhista, o que levou ao cancelamento da Súmula 205 do TST, em 2003, que dispunha: "O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução", como se verá no tópico seguinte.

Por outro lado, uma segunda posição entende pela necessidade de instauração do IDPJ, a fim de viabilizar que a empresa do grupo venha a influir no julgamento de mérito da causa, por não ter participado da fase de conhecimento.

Seu principal fundamento é a ausência de previsão legal para o redirecionamento da execução sem contraditório. Por outro lado, ao contrário, violaria o que dispõem os arts. 506, 789 e 790, VII, do CPC, no sentido de que "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros "e que "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações", estando também sujeitos à execução os bens do responsável, "nos casos de desconsideração da personalidade jurídica".

Principalmente, a corrente ganha força pelo disposto no art. 855-A da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, segundo o qual, "Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil"

Na atual conjuntura, em suma, cogita-se das seguintes medidas de redirecionamento no processo do trabalho: a) O redirecionamento automático na fase de execução, para a satisfação do crédito trabalhista; b) O incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (arts. 133 a 137 do CPC), por ausência de instrumento paralelo.

No processo civil, a instauração do incidente visa a dar segurança aos redirecionamentos de execuções. Quando não instaurado o incidente, o contraditório torna-se diferido. Assim, as empresas têm se valido da exceção de pré-executividade, o que evitaria a prévia garantia do juízo que é condição de admissibilidade das defesas executivas típicas.

No entanto, diante do caráter restritivo dessa via processual, como a exigência de que verse sobre questões de ordem pública acerca das quais o juiz poderia conhecer de ofício, ela raramente logra êxito. Também é necessária prova pré-constituída de sua alegação.

Após intimação do exequente para que se manifeste, em respeito ao contraditório, cabe ao juiz analisar o pedido do executado, sendo três os resultados possíveis: (a) deferimento do pedido com extinção da execução, por meio de sentença; (b) indeferimento do pedido e prosseguimento da execução, o que fará por meio de decisão interlocutória irrecorrível de imediato e (c) não decisão do pedido, com fundamento na necessidade de produção de prova, remetendo o debate do tema alegado aos embargos à execução, por meio de decisão interlocutória.

Há, ainda, a possibilidade de impetração de mandado de segurança[59]. Não obstante, como os embargos à execução e o agravo de petição permanecem como garantias viáveis, a

[59] Pelo não cabimento "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DITO COATOR PROFERIDO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXECUÇÃO. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO E EXECUÇÃO DE EMPRESA INTEGRANTE DE GRUPO ECONÔMICO DA EXECUTADA ORIGINÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SISTEMÁTICA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO GRUPO ECONÔMICO. INADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. O cabimento do mandado de segurança está circunscrito aos seguintes elementos intersubjetivamente identificáveis: a ausência de recurso próprio no qual pode ser requerido o efeito suspensivo, a necessária lesão ou ameaça à esfera jurídica das partes - ou de terceiros - e, por fim, os efeitos extraprocessuais do ato coator que extrapolam o âmbito contido na ação matriz. II. No caso concreto, o mandado de segurança impugna o ato coator que bloqueou e penhorou valores em 18/06/2018, circunstância tal que, *prima facie, in status assertionis*, é capaz de gerar afetação ao patrimônio jurídico da parte impetrante e tornaria admissível o mandado de segurança pela perspectiva adotada. III. No entanto, a inclusão da parte impetrante no polo passivo da execução ocorreu em decorrência do reconhecimento de grupo econômico com a executada originária da ação matriz, em 24/08/2017, e apoiou-se na fundamentação de decisão proferida no processo n° 0010295-34.2015.5.08.0128. Nessa linha de raciocínio, se o ato apontado como coator não versa sobre a inclusão da parte impetrante no polo passivo da execução e sobre o reconhecimento de grupo econômico, seria impossível desconstituir a penhora sem cassar os efeitos desse ato inicial. Dito de outro modo, a decisão de 24/08/2017, que efetivamente reconheceu a existência do grupo, não coincide com a que determinou a penhora, de 18/06/2018, que está sendo apontada como ato coator. Logo, uma vez admitido o mandado de segurança, a decadência haveria de ser pronunciada, na forma da OJ 127 da SbDI-II. IV. Como se não bastasse, o ato primeiro, decisão de 24/08/2017, baseou-se nos contratos sociais das empresas, bem como em recentes julgamentos do mesmo juízo da ação matriz, que vêm reconhecendo a existência de grupo econômico por coordenação entre as mesmas empresas indicadas na petição de id 9c2158f, considerando um núcleo familiar encabeçando os empreendimentos, a exemplo do quanto já decidido dos processos 0000664-29.2016.5.08.0129 e 0000773-46.2016.5.08.0128, dentre outras provas, tendo, por isso, de forma fundamentada, reconhecido a existência do grupo. Desse modo, o fato de, em 18/06/2018, ter sido determinada a penhora, contra a qual se insurge a impetrante, ora recorrente, diante da concretização da lesão a sua esfera jurídica, importaria na revisão de ato já abarcado pela decadência o que também não seria possível. V. Não obstante, esta Colenda Subseção Especializada em Dissídios individuais II possui precedente pertinente ao ROT-8250-53.2018.5.15.0000, de Relatoria do Ministro Douglas Alencar Rodrigues, publicado no DEJT em 26/03/2021, dispondo não ser cabível o mandado de segurança quando a matéria versada no writ disser respeito ao reconhecimento de grupo econômico. Por tais razões, ressalvo minha posição pela admissibilidade do writ quando a matéria envolver não a existência da dívida, mas a existência do grupo, em prol do respeito ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, reconhecendo que sou vencido para em face do princípio do colegiado e por disciplina judiciária acompanhar a posição da maioria para entender incabível o mandado de segurança e manter a decisão do Tribunal Regional que aplicou a OJ 92 da SbDI- II ao presente caso concreto. VI. Recurso ordinário de que se conhece e a que se nega provimento" (RO-722-60.2018.5.08.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 10/05/2024).
E ainda: "MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ATO JUDICIAL ATACÁVEL MEDIANTE REMÉDIO JURÍDICO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 92 DA SBDI-2 DO TST. 1. A Lei nº 12.016/2009, ao disciplinar a ação mandamental, proibiu sua impetração contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II). Por sua vez, a Orientação Jurisprudencial 92 da SBDI-2 do TST evidencia o descabimento do mandado de segurança 'contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido". A vedação imposta remete à necessidade de verificar, para efeito de admissibilidade da ação mandamental, a existência de recurso próprio capaz de impugnar o ato dito coator. 2. No caso concreto, a questão debatida no mandado de segurança, consubstanciada na rejeição das exceções de pré-executividade que questionavam a legitimidade das impetrantes para compor o polo passivo da execução no processo matriz, bem como a preclusão consumativa envolvendo a existência de formação de grupo econômico, comporta o manejo de embargos à execução (art. 884 da CLT) e, posteriormente, agravo de petição, razão pela qual a via eleita encontra óbice na disciplina do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 e na compreensão da OJ 92 da SBDI-2/TST e da Súmula 267/STF. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e desprovido" (ROT-571-17.2019.5.06.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Morgana de Almeida Richa, DEJT 20/05/2022).
Por sua vez, em sentido contrário: "MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ATO COATOR QUE DETERMINA DE OFÍCIO A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA SEM A PRÉVIA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE CORRESPONDENTE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTS. 133 A 137, DO CPC DE 2015. PATENTE ILEGALIDADE. MITIGAÇÃO DA OJ SBDI-2 N.º 92, DO TST. CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra decisão proferida pelo Juízo da execução no processo matriz, em que se determinou, de ofício, a inclusão dos recorrentes no polo passivo daquela ação sem a prévia instauração do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica previsto nos arts. 855-A da CLT e 133 a 137 do CPC de 2015. 2. É possível divisar, nesse contexto, a ocorrência de violação do direito líquido e certo dos Impetrantes de não serem incluídos no polo passivo da execução em trâmite no feito originário sem a correta observância do rito processual definido pelos arts. 133 a 137 do CPC/2015, cuja aplicação no processo do trabalho encontra supedâneo no art. 855-A da CLT, de forma a dar concretude integral ao postulado do devido processo legal, insculpido como garantia fundamental no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal. 3. Não se descura, aqui, da previsão contida no parágrafo 1.º, II, do art. 855-A da CLT, acerca da possibilidade de manejo do Agravo de Petição contra decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, circunstância que, em primeira leitura, poderia atrair a incidência da OJ SBDI-2 n.º 92 desta Corte. Nada obstante, cabe salientar que, em hipóteses semelhantes à que se apresenta para exame, esta Subseção tem defendido o cabimento da ação mandamental em razão da manifesta ilegalidade do Ato Coator, de maneira a autorizar a mitigação da diretriz consubstanciada na aludida Orientação Jurisprudencial. 4. Desse modo, constatando-se que o Ato Coator promoveu ex officio a desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa executada no processo matriz sem a prévia instauração do incidente a que aludem os arts. 855-A da CLT e 133 a 137 do CPC de 2015, exsurge patente a violação de

jurisprudência tem sido refratária ao uso do *mandamus*, diante do teor da OJ 92 da SBDI-2 do TST, segundo a qual: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido".

Ademais, há empresas que se utilizam de embargos de terceiro[60], contido no art. 674 do CPC[61].

Grave cizânia[62] também existe quanto à competência da Justiça do Trabalho em caso de falência, sendo a atual tendência o encaminhamento da execução para a Justiça Comum.

Posta a discussão da responsabilidade pelo adimplemento da obrigação, diante da pluralidade de empresas passíveis de inserção no polo passivo, a pulverização de entendimentos na Justiça do Trabalho decorre de um histórico jurisprudencial consolidado, cuja releitura no início dos anos 2000 foi determinante para o atual cenário.

2 RAZÕES DA EDIÇÃO E DO CANCELAMENTO DA SÚMULA 205 DO TST

direito líquido e certo dos Impetrantes, constatação que demonstra o cabimento da ação mandamental na espécie e impõe a concessão da segurança pleiteada. 5. Recurso Ordinário conhecido e provido" (RO-6152-61.2019.5.15.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 11/03/2022).

[60] Pela viabilidade: "[...] 1. LEGITIMIDADE. EMBARGOS DE TERCEIRO. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO NA FASE DE EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. Hipótese em que a Corte Regional entendeu pela ilegitimidade da Parte para opor os Embargos de Terceiro em razão da inclusão dela no polo passivo da demanda na condição de integrante de grupo econômico. II. O art. 674, § 2º, III, do CPC/2015 não autoriza, em sua literalidade, o ajuizamento de embargos de terceiro por aquele que foi incluído no polo passivo da demanda, na fase de execução, em razão do reconhecimento da existência de grupo econômico. III. Contudo, considerando os princípios do devido processo legal, da instrumentalidade das formas, da fungibilidade e da primazia de julgamento de mérito, a discussão acerca da qualidade da Parte é tema que se confunde com o mérito, pois a mesma decisão que reconheceu a existência de grupo econômico e redirecionou a execução em desfavor do Recorrente foi a que determinou a constrição de seu patrimônio, a qual foi impugnada pelos embargos de terceiro em discussão, em que se alega que a devedora não deve ser incluída no polo passivo, tratando-se de um terceiro alheio à relação jurídica processual. Portanto, é admissível a interposição de embargos de terceiros a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, com o intuito de viabilizar que a Parte ao menos tente demonstrar a sua ilegitimidade para responder pelo crédito exequendo. IV. O presente caso assemelha-se à hipótese prevista no artigo 674, § 2º, III, do CPC/2015, tendo em vista que o Recorrente passou a figurar no polo passivo apenas na fase de execução, sem que lhe tivesse sido assegurado prévio contraditório. V. Sob esse enfoque, reconhecida a transcendência jurídica da causa, fixa-se o entendimento no sentido de que, os embargos de terceiro são considerados via adequada para a defesa da Parte incluída no polo passivo na fase de execução, ainda que na condição de integrante de grupo econômico, sob pena de ofensa direta ao princípio devido processo legal insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. VIII. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-1000323-18.2021.5.02.0051, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 11/11/2022).

[61] Art. 674. "Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. [...]§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;"

[62] No STF: **CC 8.213 STF** - Rel. Ministro Luís Roberto Barroso (13.05.2022): A decisão de desconsideração da personalidade jurídica não invade a competência do juízo falimentar, tendo em vista que os atos de constrição não serão praticados contra o patrimônio da empresa falida. Têm-se juízos diversos processando e julgando causas diversas.
Rcl 67.060 - Rel. Ministro André Mendonça (08.04.2024): "o parágrafo único do art. 82-A da Lei n.º 11.101, de 2005, incluído pela Lei n.º 14.112, de 2020, prevê expressamente que a 'desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar'. Apesar de não haver expresso reconhecimento de inconstitucionalidade do supracitado dispositivo legal, o Tribunal reclamado afastou a sua incidência no caso concreto, ensejando completo esvaziamento do conteúdo da norma, a eliminar suas hipóteses de incidência, sem que tenha sido observado o previsto no art. 97 da CRFB, o que implica violação ao enunciado nº 10 da Súmula Vinculante." No STJ: **CC 181.552** – Ministro Luis Felipe Salomão (01.02.2022): CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE FALÊNCIA E TRABALHISTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE VIS ATRACTIVA PARA A SOLUÇÃO DO REFERIDO INCIDENTE. ART. 82-A DA LEI 11.101/05 APENAS EXCEPCIONA O EFEITO SUSPENSIVO PARA A SOLUÇÃO DO REFERIDO INCIDENTE NO PROCESSO FALIMENTAR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO. 1. Não caracteriza conflito de competência a determinação feita pelo Juízo do Trabalho de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade em recuperação judicial ou falida, direcionando os atos de execução provisória para os sócios da suscitante. 2. Conflito de competência não conhecido. **CC201.420** – Relator Ministro Moura Ribeiro (22.02.2024) No entanto, as recentes alterações trazidas pela Lei 14.112/20 à Lei nº 11.101/05 no art. 82-A determinou que a competência para decretação da desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de terceiros passou a ser exclusiva do juízo falimentar.**AgInt no CC 190.233** – Relatora Ministra Maria Isabel Gallottti, Monocrática (07.02.2023) - Desse modo, conforme constou da decisão que deferiu a liminar, em vista das modificações que a Lei n. 14.112/2020 introduziu na Lei n. 11.101/05, a desconsideração da personalidade jurídica de empresa falida, que é o caso dos autos, passou a ser da competência exclusiva do Juízo universal, estando, assim, caracterizado o conflito de competência no presente caso. Em face do exposto, conheço do conflito a fim de declarar competente para decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica da falida, bem como em relação aos atos de constrição de bens ou valores dos sócios da falida, o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP.

A edição e o cancelamento da Súmula 205 do TST envolve discussão correlata, que antecede à deste artigo. No mencionado verbete, vedava-se a inclusão na fase de execução de empresa que não participou na fase de conhecimento.

Observe-se que era uma solução mais drástica que a ora discutida, pois nem sequer cogitava de a defesa limitar-se, em fase de execução, à existência ou não do grupo. Ao contrário, exigia-se a discussão pelas empresas da formação do título.

Dentre os precedentes que deram origem ao enunciado de súmula, está o RO-MS 203/81, em que foi Redator o Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 11/11/81, segundo o qual "a responsabilidade solidária do § 2°, do artigo 2°, da CLT, lançada pelo legislador como referente à relação de emprego – letra expressa de lei -, não acarreta, por si só e independentemente de sentença a reconhecendo, legitimidade passiva para a execução". Seu lastro estava nos arts. 471 do CPC/73 ("a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros") e 896 do CC/16 ("a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes"). A esses fundamentos, somavam-se as restrições de defesa pelas empresas em fase de execução.

O enunciado foi cancelado em 28 de outubro de 2003, por ocasião da 1ª Semana do TST, por maioria, vencidos os Ministros Vantuil Abdala, João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Renato de Lacerda Paiva. Prevaleceram os fundamentos de que a responsabilidade podia ser invocada originariamente na fase de execução, para evitar elevado ônus ao empregado, que desconhecia da existência do grupo ao ajuizar a reclamação, bem como por ser na execução o momento em que se constata se a empregadora direta tem ou não bens suficientes à satisfação do débito.

Nas notas taquigráficas da sessão, em 5 de agosto de 2003, o Ministro Vantuil Abdala, deixa entrever as razões da criação do verbete, ao qual denomina Enunciado "Marcelo Pimentel" e "Enunciado dos Diários Associados"[63].

No curso da votação, em 24 de junho de 2003, o Ministro enuncia as razões de sua divergência:

> creio que atenta contra o direito de defesa, passarmos a executar uma empresa que o juiz entende que é do mesmo grupo econômico, sem que tivesse dado chance a ela de fazer prova de que pertence ao mesmo grupo econômico. Até porque a questão de ser ou não do mesmo grupo econômico, muitas vezes, é uma coisa meio tormentosa.

O Ministro Barros Levenhagen, na mesma ocasião, por sua vez, afirmou que "o enunciado abre uma incongruência, porque o conteúdo fala em débito e a chamada é de responsabilidade. [...] Devedor é uma coisa, responsável é outra. Nem sempre o responsável é o devedor. O responsável responde."

Já o Ministro Milton de Moura França explicou: "E quando nasce o direito, realmente, de se executar o grupo? Quando vou lá e constato que não há mais nada. É aí que nasce a oportunidade e isso vai dar direito à parte de discutir se ela integra ou não."

No mesmo sentido, a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

> [...] admitir que quem não integra o título executivo seja chamado a responder pela execução, isso é a contramão da história. Isso é retornarmos, desculpem-me a veemência, à década de 70. Hoje não tem cabimento, é a marcha a ré, é contramão.

[63] O Ministro Francisco Fausto, durante a votação em comento, embora exaltasse a disciplina do processo, defendeu a primazia do interesse social. Assim se manifestou sobre o caso dos Diários Associados: "Quero dar um depoimento. Eu era juiz da junta quando recebi, em São Paulo, um título de execução do Diário de Natal. Todas as empresas paulistas dos Diários Associados estavam falidas, não tinham mais nada, estavam sob insolvência. Comecei a execução cumprindo a carta precatória, quando saiu esse enunciado, e interrompi a execução. O grande problema é exatamente esse, [...]. O advogado poderia até saber que o Diário de Natal era igual ao Diário de Pernambuco, que o Diário de Pernambuco era igual ao Diário de São Paulo... que é igual ao Correio Braziliense. [...] Mas o empregado comum não sabe. Então, ele reclama só contra o Correio Braziliense. Aí o Correio Braziliense está insolvente e aí se acabou, ele não pode mais executar nada e perdeu o direito de reclamar contra os outros. Foi isso o que aconteceu. Resultado: o patrimônio dos Diários Associados foi salvo com esse enunciado. Ficaram o Diário de Pernambuco, o Correio Braziliense, O Diário de Natal, o Estado de Minas; os outros eles esvaziaram. [...] Simplesmente a empresa está blindada e aí se esvazia totalmente e, quando eles vão para a execução, não há nada. Esse é o problema."

> Querer cancelar – porque isso foi feito num caso concreto. Lembro-me de que isso foi na época de um mandado de segurança dos Diários Associados que estava conforme a legislação processual, conforme a legislação comercial, e não afrontava a legislação trabalhista no ponto em que contém o princípio da proteção ao trabalhador. Não há dúvida de que a lei trabalhista, a lei social tem o escopo de proteger o mais fraco, mas a Justiça do Trabalho, em nome da qual se cometem fraudes, ignorar o Direito Comercial, ignorar o processo civil e o próprio Direito Constitucional, admitindo que, não integrado o título judicial, se ignore a coisa julgada e se responsabiliza quem não integra a execução? Com esses breves argumentos ...Realmente, quando li, eu já sabia que a maioria dos integrantes da comissão...Havia vencido o Ministro Vantuil Abdala, tanto que coloquei bem grande aqui: propor a manutenção. Fiquei admirada com isso, porque acho que vai ser um retrocesso.

Pelo que se observa, as razões dos votos dissonantes anteviam a solução mediana dada pelo legislador da criação de um incidente em fase de execução para viabilizar a defesa das empresas quanto à existência do grupo, sem onerar demasiadamente a fase de conhecimento e o reclamante.

3 MATÉRIA AFETADA PELO STF: TEMA 1.232 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL

Em breve síntese, a Repercussão Geral é requisito prévio de admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, acrescentado pela EC nº 45/2004 e aplicado a partir de 3 de maio de 2007, com a regulamentação pela Emenda Regimental nº 21/2007 pelo RISTF. Pode ser entendido como uma arguição de relevância, a ser demonstrada pelo recorrente.

Faz parte do movimento para racionalizar o acervo da Corte Superior brasileira transformada em Corte de Cúpula, geradora de precedentes. De reativa a prospectiva.

Nos termos do art. 1.035, § 1º, do CPC, "para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo".

O julgamento do recurso extraordinário para o STF é bifásico: na primeira decisão, o Pleno diz se a questão constitucional tem repercussão geral. Na segunda, julga-se o mérito propriamente dito. O decidido tem eficácia em relação a todos os recursos que versem sobre a mesma matéria.

São antecedentes históricos do Tema em questão, no âmbito da Corte Constitucional, duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental não conhecidas, por ausência do requisito da subsidiariedade:

> ADPF 488: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADPF. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS. INCLUSÃO DE PESSOAS NÃO CONSTANTES DO TÍTULO EXEQUENDO. PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS INTEGRANTES DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO, SEM PRÉVIA PARTICIPAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. SUBSIDIARIEDADE. ADPF NÃO CONHECIDA. 1. A existência de outros meios idôneos ao enfrentamento da lesão constitucional alegada, em razão dos quais se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), inviabiliza o imediato acesso à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Arguição ajuizada com o propósito de revisão de decisões judiciais. Não cabimento da ADPF como sucedâneo recursal. 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida. (ADPF 488, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 19-02-2024 PUBLIC 20-02-2024)

> ADPF 951: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 448-A DA CLT. CONJUNTO DE DECISÕES DA JUSTIÇA TRABALHISTA QUE ALEGADAMENTE ATRIBUEM RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ÀS EMPRESAS SUCEDIDAS SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO DE FRAUDE. ILEGITIMIDADE ATIVA. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. UTILIZAÇÃO DA ADPF COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO

> PROVIDO. 1. A jurisprudência da CORTE exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais em ações de controle concentrado, a existência de correlação direta entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da Requerente. Precedentes. 2. A existência de outros meios idôneos ao enfrentamento da lesão constitucional alegada pela Agravante, em razão dos quais se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), inviabiliza o imediato acesso à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Precedentes. 3. Arguição ajuizada com o propósito de revisão de decisões judiciais. Não cabimento da ADPF como sucedâneo recursal. Precedentes. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ADPF 951 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-02-2024 PUBLIC 06-02-2024)

Por sua vez, as Turmas tinham julgados dissonantes quanto à necessidade de instauração prévia do IDPJ:

> Agravo regimental na reclamação. 2. Direito Processual e do Trabalho. 3. Grupo econômico. 4. Art. 513, §5º, do CPC. O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face daquele que não tiver participado da fase de conhecimento. 5. Tribunal de origem afastou aplicação do referido dispositivo, sem observar cláusula de reserva de plenário. Violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. Reclamação julgada procedente para determinar o rejulgamento da causa. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Negado provimento ao agravo regimental. (Rcl 49974 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21-02-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 21-03-2022 PUBLIC 22-03-2022)

> Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESVAZIAMENTO DA NORMA OU DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No caso concreto, o reconhecimento da responsabilidade solidária da parte ora recorrente, por fazer parte de grupo econômico, ocorreu com fundamento no art. 2º, § 2º, da CLT, bem como nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que permeiam a temática. 2. Não houve esvaziamento ou manifestação - explícita ou implícita - sobre a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 513, § 5º, do CPC, a qual defende-se ter sido afastada pelo juízo da origem. 3. "Para a caracterização de ofensa ao art. 97 da Constituição Federal, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*), é necessário que a norma aplicável à espécie seja efetivamente afastada por alegada incompatibilidade com a Lei Maior. Não incidindo a norma no caso e não tendo sido ela discutida, a simples aplicação da legislação pertinente ao caso concreto não é suficiente para caracterizar a violação à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal" (AI 814.519-AgR-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 30/5/2011). 4. A Autoridade Reclamada limitou-se a realizar um juízo interpretativo da norma celetista, motivo pelo qual não há necessidade de observância à Cláusula de Reserva de Plenário. Precedentes. 5. Nessas circunstâncias, em que não se tem presente o contexto específico do Enunciado Vinculante 10, não há estrita aderência entre o ato impugnado e o paradigma invocado. 6. Agravo Regimental a que se nega provimento (Rcl 55101 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje de 12-05-2023)

O caso afetado consiste em recurso extraordinário interposto contra acórdão mediante o qual a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu ser possível a inclusão de empresa integrante de grupo econômico em execução trabalhista, sem que ela tenha participado do processo de conhecimento e sem a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Em 9 de setembro de 2022, o Plenário do STF, por maioria, reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional, dando ensejo ao Tema nº 1.232 da Gestão por Temas da Repercussão Geral, fixado nos seguintes termos: "Possibilidade de inclusão no polo passivo da lide, na fase de execução trabalhista, de empresa integrante de grupo econômico que não participou do processo de conhecimento".

O processo, no momento da conclusão deste artigo, encontra-se em fase de votação, já tendo sido proferido voto do relator em sessão virtual, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes (com voto-vista convergente) e Flávio Dino.

Em seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, delimita a questão por meio dos seguintes questionamentos: (i) se "a inclusão de empresa integrante de grupo econômico no polo passivo da execução trabalhista, sem que ela tenha constado do título executivo, vai de encontro aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa?"; e (ii) se "o Tribunal de origem, ao assim proceder, afasta a incidência do art. 513, § 5º, do CPC vigente – que veda o redirecionamento da execução àquele que não tenha participado da fase de conhecimento – sem a observância da cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) e da Súmula Vinculante nº 10?"

Consta do voto do relator, em resposta, já quanto ao mérito, proferido em 3 de novembro de 2023: "o redirecionamento da execução trabalhista operada sem oportunidade efetiva de defesa não conduz a um processo adequado e justo, por permitir a constrição judicial e, por conseguinte, a perda de bens sem a mínima possibilidade de discussão e influência do convencimento do juiz quanto às premissas fática e jurídica que a ensejaram. Convola-se o processo, assim, em instrumento de flagrante arbítrio estatal" (p. 17-8).

E ainda:

> É preciso ficar claro que não se defende aqui que a observância do devido processo legal está condicionada ao exercício de um contraditório amplo, em que se permita a revisitação de toda e qualquer matéria discutida previamente à formação do título judicial. Não é disso que se trata. O que se propõe é tão somente que o redirecionamento, em fase adiantada do processo, não prescinde da concessão de oportunidade, à pessoa jurídica chamada aos autos por supostamente pertencer ao mesmo grupo econômico, para que, assim desejando, possa se manifestar, produzir provas das próprias alegações (ou contrapor as já anexadas aos autos) e efetivamente influir no convencimento do juiz. (p. 21)
> [...]
> não há violação do art. 97 da Constituição ou da Súmula Vinculante nº 10 quando o Tribunal de origem nem sequer adentra na análise do art. 513, § 5º, do CPC, apenas interpretando e aplicando ao caso concreto outras normas mais específicas." (p. 35).

Por fim, propõe a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

> É permitida a inclusão no polo passivo da execução trabalhista de pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo econômico (art. 2º, §§ 2º e 3º da CLT) e que não participou da fase de conhecimento, desde que devidamente justificada a pretensão em prévio incidente de desconsideração da pessoa jurídica, nos termos do art. 133 a 137 do CPC, com as modificações do art. 855-A da CLT, devendo ser atendido o requisito do art. 50 do Código Civil (abuso da personalidade jurídica). Aplica-se tal procedimento mesmo aos redirecionamentos operados antes da Reforma Trabalhista de 2017.

É de se destacar nessa tese, na contramão da jurisprudência do TST, a determinação de incidência da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instrumentalidade do processo não é elemento neutro. Deve ser utilizada com razoabilidade para não esvaziar direitos e, concomitantemente, para submeter o procedimento aos princípios democráticos.

Por isso, a fixação de tese no sentido da necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para inclusão de empresa de grupo econômico que não participou da fase de conhecimento é medida salutar que não dificulta em demasia a inclusão dos responsáveis solidários e a razoabilidade do tempo do processo, ao passo em que viabiliza o devido

processo legal substantivo, pelo contraditório e ampla defesa, às pessoas jurídicas, sem as restrições da exceção de pré-executividade e dos embargos à execução.

Respeitam-se, assim, a cooperação inerente ao processo judicial e o programa legislativo, consentâneo com a Constituição Federal. Propõe, ainda, solução mediana, em equilíbrio ponderado entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Não se imiscui na dignidade do trabalhador, tampouco dificulta sobremaneira a execução de suas verbas alimentares.

Por sua vez, a evolução jurisprudencial quanto à matéria, no âmbito do TST, com a edição e cancelamento da Súmula 205 e o dissenso jurisprudencial formado após a Reforma Trabalhista, e no âmbito da Suprema Corte, bem demonstram que, tal como na lição de Dworkin, "Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então"[64].

Essa, a essência de nosso sistema de precedentes inaugurado pelo CPC de 2015. Esse, o papel das Cortes de Cúpula.

Com efeito, como disse Hannah Pitkin, "Ninguém tem a última palavra, porque não há última palavra"[65]. O Direito é uma constante evolução. *Panta Rhei*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.
ANTUNES, José Engrácia. Os grupos de sociedades. Coimbra: Edições Almedina, 2002.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2024.
DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
JOBIM, Marco Félix. Art. 5º, LV. In: Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur/ Almedina/ IDP, 2023, p. 411.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 16. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2024.
OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da personalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.
PITKIN, Hanna. "Obligation and Consent-II", The American Political Science Review, v. 60, n. 1, 1966.
SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009.
SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. Direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

[64] Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.
[65] "Obligation and Consent-II", The American Political Science Review, v. 60, n. 1, 1966, p. 52.

GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA COMO PROVA ILÍCITA NAS AÇÕES CÍVEIS ELEITORAIS: AS TESES DO TEMA 979 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Richard Pae Kim[66]

INTRODUÇÃO

Grande honra poder homenagear, por meio deste artigo, o eminente Ministro Dias Toffoli sobre um tema de sua maior expertise, o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral. Como já pude me manifestar em outro escrito, renovo a minha admiração a este grande jurista, que desde 23.10.2009, tem atuado com lucidez e brilhantismo não só no Supremo Tribunal Federal, mas também no Tribunal Superior Eleitoral. Esta obra, à toda evidência, é mais uma entre diversas e justas homenagens feitas a um magistrado jurista, que revela no bojo de suas decisões o conteúdo máximo de Justiça. Ao verdadeiro juiz de toga, comprometido com as instituições, a democracia e a cidadania de cada um dos brasileiros e brasileiras, todo o nosso respeito.

Sobre o tema, é de todos conhecida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da gravação ambiental utilizada como prova quando ela é realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. O Plenário de nossa Suprema Corte considerou lícita essa prova no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583.937, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, e que teve a sua repercussão geral reconhecida no julgamento concluído em 19 de novembro de 2009, com a reafirmação da jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade de seu uso.

Desde então, esse precedente tem sido aplicado em todos os processos criminais. O tema, no entanto, vem sendo objeto de novas reflexões na área eleitoral, principalmente pelas características que envolvem sua disputa, como os interesses, os objetivos de algumas ações específicas e o acirramento da disputa, inclusive, sob o ponto de vista emotivo, de todos aqueles que estão envolvidos diretamente ou indiretamente com as eleições no período pré e pós sufrágio.

Com a pesquisa foi possível levantar a jurisprudência focada no Tribunal Superior Eleitoral no sentido de reconhecer a existência de *distinguishing* entre o precedente da Suprema Corte e a tese que há de ser aplicada às ações eleitorais. A conclusão de diversos julgados tem sido no sentido de considerar ilícita essa espécie de prova quando obtida em local privado, a fim de alcançar um processo eleitoral justo.

Pretende-se, com esse trabalho, analisar os fundamentos jurídicos e os elementos fáticos que envolvem essas demandas eleitorais, inclusive os aspectos constitucionais e infraconstitucionais, com o fito de verificar o acerto ou não da jurisprudência que hoje predomina na Justiça especializada.

Passados quase 15 (quinze) anos do referido julgamento da Suprema Corte, com o recente julgamento do RE nº 1040515 de repercussão geral (Tema 979 do STF), de relatoria do digno Ministro Dias Toffoli, finalmente há uma definição sobre as teses a consolidar a interpretação sobre a matéria na seara eleitoral.

A questão não era pacífica, ao menos até o julgamento do Tema, como se verifica das idas e vindas da jurisprudência de Tribunal Superior Eleitoral, e que serão descritas neste trabalho,

[66] Doutor e Mestre em Direito pela USP. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional de Direitos Humanos (2021-2023). Coordenador Pedagógico dos cursos de pós-graduação em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral da EJEP - TRE/SP. Professor do Curso de Mestrado da UNISA. Juiz de Direito/TJSP. E-mail: rppk@uol.com.br; richardkim@tjsp.jus.br Currículo Lattes: https://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do

que está sendo neste ato revisitado (KIM, 2017) e atualizado, e que perpassa pelo direito constitucional, eleitoral e penal.

1 A GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO PROVA EM AÇÃO PENAL: O CONTEÚDO DO RE Nº 583.937

Não há dúvida de que a nossa Constituição Federal de 1988, inspirada pelo art. 32, 6, da Constituição portuguesa, efetuou clara opção pelo repúdio à prova ilícita, ao dispor em seu art. 5º, inciso LVI, que "são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos".

Antecipo preliminarmente o que penso: independentemente da opção legislativa que tenha sido adotada, resultando em norma com seus efeitos jurídicos quando define o que é prova lícita ou não, a sua ilicitude será inequívoca sempre que houver violação a um direito fundamental.

Nessa linha de raciocínio, em magnífico voto sobre o tema, o Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou: "Ninguém aqui desconhece a disceptação, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas - como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais". Continua, em seguida, com a capacidade intelectual que lhe é característica, que "a primeira – que por séculos predominantes - fiel à velha máxima *male captum bene retentum*: ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram - lícita ou ilicitamente - as provas do fato. Se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis".

Ao se referir às decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos, esclarece que essas "partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de Amelung - colacionada por Costa Andrade - segundo a qual 'o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal'. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar'." (STF, HC nº 80.949, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 30.10.01).

Há de se diferenciar a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, daquela que é feita por terceiro.

Iniciemos pela gravação que é feita pelo outro, que não é interlocutor, denominada comumente de interceptação ambiental. Os sistemas constitucional e infraconstitucional só resguardam sua validade e higidez quando houver autorização judicial. Esta interceptação consiste na captação de sons ou imagens, feita por terceira pessoa, de duas ou mais pessoas, sem que estas saibam que estão sendo monitoradas ou vigiadas. Cuida-se de forma procedimental para a produção de provas e pode ser realizada com ou sem a presença desse terceiro.

Na interceptação entre presentes, a captação sub-reptícia da conversa entre presentes se dá dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes.

Considerada eficaz medida investigatória em todo o mundo, em especial, para a responsabilização criminal, tem-se ampliado a noção de interceptação ambiental - até então entendida na doutrina nacional como a captação clandestina de conversa - por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve.

Estabeleceu o art. 3º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013 que "em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos"[67].

[67] Segue o texto legal que acabou por ser revogado pela Lei 12.850/2013: Inciso IV do artigo do 2º da Lei nº 9.034/95, acrescentado pela Lei nº 10.217/01, dispunha que "[e]m qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial"

A despeito da norma mencionada, a problemática surgiu com a utilização, como prova judicial, de gravações ambientais efetuadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Em paradigmática decisão, já sob a nova sistemática da repercussão geral instituída pela EC nº 45, a nossa Suprema Corte assim julgou, reafirmando o que se entendeu como a jurisprudência reiterada daquele tribunal. Eis o texto da ementa do acórdão que transitou em julgado em 17 de fevereiro de 2010, embora tenha o resultado do julgamento sido publicado em 18 de dezembro de 2009, julgando o Tema nº 237, a saber:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (STF, RE-QO-RG nº 583937, Relator o Ministro Cesar Peluso, DJe de 18/12/09).

Para compreendemos bem os argumentos fáticos e jurídicos utilizados no referido julgamento, importante se faz descrevermos os principais elementos que sustentaram o veredicto final. O recorrente, no seu apelo extremo, havia sido condenado a cumprir um ano de detenção, em regime aberto, substituída aquela pela pena restritiva de direitos, pela acusação de prática de crime de desacato em que teve como ofendido o magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ, durante uma audiência judicial. Ocorre que o próprio recorrente havia realizado a gravação ambiental durante essa audiência e por isso requereu a juntada da degravação do material no processo crime, pleito que foi indeferido pelo magistrado criminal de primeira instância e que foi mantido em acórdão de segundo grau de jurisdição.

O extraordinário acabou sendo interposto sob o fundamento de que a prova produzida pelo réu seria lícita, principalmente sob o fundamento de que as audiências criminais seriam públicas e que, diante da leitura dos arts. 1º, inciso III e 5º, incisos X, LIV e LV da CF, não haveria qualquer objeção constitucional para a sua gravação e a utilização da gravação de "colóquio interpessoal, em ambiente público, mesmo que clandestina ou sem conhecimento da gravação pelo outro interlocutor".

O Relator, Ministro Cesar Peluso, sustentando a constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova, fundado na mesma *ratio* sobre a validade de gravação telefônica efetuada por um dos interlocutores - pois em ambos os casos não se trata de "interceptação" (*vide* RE nº 402.717, Plenário, Relator o Ministro Cesar Peluso, DJe de 13/2/09), sua Excelência assentou os seguintes fundamentos jurídicos em seu voto vencedor: a) a prova que se pretende utilizar deve ter como objetivo a sua defesa própria em procedimento criminal; b) a matéria não se confunde com o sigilo de comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF); c) a gravação ambiental não se confunde com a interceptação, cuja reprovabilidade jurídica vem do seu "sentido radical de intromissão que, operada sem anuência de um dos interlocutores, excludente de injuridicidade nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como *proprium* dos respectivos sujeitos, que, salva as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade" e, assim, quem releva conversa da qual foi partícipe não intercepta, mas dispõe de parte de direito que também é o seu, o resultado das comunicações ocorridas; d) a necessidade de se privilegiar a verdade real no processo deve prevalecer sobre a proteção da intimidade; e) há nesse caso um paralelo entre a gravação ambiental e os depoimentos pessoais e testemunhais quando esses exprimem o conteúdo de conversas entretidas; f) a Suprema Corte, ao adotar esse entendimento, açambarcou compreensão sobre o tema que já vinha sido acolhido em alguns países, como é o caso da Alemanha, que no seu § 298 do Código Penal, na redação de 22 de dezembro de 1967, introduziu para a proteção da intimidade das pessoas o crime de abuso da gravação e da interceptação de som por aparelhos, mas que resguarda a hipótese de causa de exclusão da ilicitude se ocorre para impedir uma extorsão ou outro fato delituoso (Welzel, 1969, p. 338).

Observe-se que este último argumento só pôde ser utilizado para afastar a ilicitude da gravação e divulgação da conversa telefônica para servir como prova da prática de um crime.

Precedente nesse sentido foi o julgamento do HC nº 75.338, Relator Ministro Nelson Jobim, inclusive mencionado no voto do Ministro Cesar Peluso, em que se acentuou ser inconsistente e que feriria o senso comum "falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo, com sequestradores estelionatários ou qualquer tipo de chantagista".

Essa conclusão ficou ainda mais evidente quando no voto se fez menção a outro julgamento em que se decidiu pela validade de gravação clandestina quando aviada por um dos interlocutores, membro do Ministério Público, para comprovar a prática de crime por aquele que desconhecia que a conversa estava sendo gravada. Eis o teor da ementa:

> "PROVA CRIMINAL: gravação telefônica por um dos interlocutores de oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício seu: legitimidade. Não constitui prova ilícita a gravação por um dos interlocutores de conversa telefônica na qual lhe é feita proposta de suborno, configurando corrupção ativa: a hipótese nem configura interceptação de comunicação telefônica, nem implica violação da intimidade ou de dever jurídico de sigilo" (STF, Agravo Regimental em AI nº 232.123, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *in* RTJ 168/1022).

Penso ser importante, portanto, observar as premissas fáticas e jurídicas que foram utilizadas para a tese aprovada, quais sejam: a) que o réu em ação penal pela prática de suposto desacato pugnou pelo uso de gravação efetuada durante uma audiência judicial, o que nos leva a concluir que não se poderia alegar no caso concreto violação à intimidade; b) a parte condenada, suposto autor desse delito, era réu em processo crime, o que lhe legitimava plenamente a utilização da gravação como prova processual; c) e os julgados utilizados no referido acórdão de repercussão geral apontavam para a tese da licitude da gravação como meio de prova sempre que houvesse justa causa.

Portanto, importante salientar cada um desses parâmetros - que foram observados no acórdão do RE nº 583937, para que possamos delimitar o precedente judicial e indicar os casos em que a tese jurídica é cabível.

2 O *DISTINGUISHING* E A APLICAÇÃO DA TESE NAS AÇÕES ELEITORAIS

Nem sempre é fácil realizar o *distinguishing*. Como se sabe, o *distinguishing* ou *distinguish* cuida-se de técnica de decisão que, com origem na *common law* mas que se incorporou em nosso direito, deve ser aplicada sempre que "houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente; seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente" (Didier et. al., 2012, p. 43).

Para a teoria do *stare decisis* - do latim *stare decisis et non quieta movere*[68] - que ganhou corpo com a doutrina e jurisprudência norte-americanas, exige-se que para a adequada aplicação da *ratio decidendi* ao novo caso concreto, é necessário que se faça um cotejo entre os fatos que deram origem ao precedente e os fatos do caso em julgamento. A referida técnica de aplicação do precedente, denominada de *distinguishing*, somente será exigível quando o caso em julgamento está inserido no âmbito de incidência da tese jurídica firmada no precedente. Caso contrário, não há que se falar em distinção por motivos óbvios (Marinoni, 2010, p. 326).

O *distinguishing* não decorre de ampla discricionariedade do julgador; mas pelo contrário há vinculação, na medida em que a doutrina especializada exige para a aplicação da técnica adequada, que os fundamentos para a distinção hão de ser detalhadamente justificados na decisão, na mesma linha do que se exige para motivar a inaplicabilidade de uma determinada lei ou

[68] Numa tradução livre significa "respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido", expressão que tem sido utilizado no Direito para indicar a tese jurídica de que as decisões de um determinado órgão judicante geram precedentes e vinculam o julgamento de futuras decisões de casos idênticos ou similares.

reconhecer até mesmo uma inconstitucionalidade de uma norma no exercício de um controle difuso. Isso porque, os princípios da segurança jurídica e da igualdade, que fundam a teoria dos precedentes, deve sempre nortear a conduta dos julgadores (Tucci, 2004, p. 172).

Verificada a distinção entre os casos, são dois os posicionamentos que podem ser adotados. Vejamos. No caso do *restrictive distinguishig*, há uma interpretação da *ratio decidendi* de forma restritiva, diante das relevantes particularidades do caso em julgamento. Nessa situação, o intérprete, por compreender que as características do caso em exame não permitem a aplicação do precedente, o juiz passa a ter plena liberdade para decidir de forma diferente do precedente apontado – o que temos aqui é apenas o afastamento do precedente. Por outro lado, se as particularidades verificadas no caso não impedem a aplicação da *ratio decidendi* do precedente, há que se atribuir a essa uma interpretação mais ampla, estendendo a solução ao caso em julgamento, o que a doutrina denomina de *ampliative distinguishing*.

Há uma importante situação que pode gerar até mesmo outro precedente, inclusive de cunho vinculante. Anota a doutrina que a superação do precedente será possível em situações em que ocorra uma rejeição frequente da sua aplicação, o que, por vezes, revela também a rejeição de seu conteúdo e, nessa situação, o precedente se torna *very distinguished* (Marinoni, 2010, p. 327 e 328).

Nesse particular ponto em que se encontra a já conhecida divergência jurisprudencial a respeito do tema, cabe salientar que as posições extremadas - tanto a firmada no sentido da aceitação acrítica da gravação ambiental clandestina como aquela defendida pela corrente que preconiza a sua inadmissibilidade no processo cível-eleitoral - têm sido objeto de ferrenhas críticas e acalorados debates, que culminaram por trazer ao Colendo Superior Eleitoral uma recentíssima compreensão sobre o assunto.

A disseminação do uso de meio eletrônicos, principalmente para a gravação em todos os ambientes, acabou se tornando uma prática sórdida no meio político-eleitoral. Isso porque, o acirramento das disputas eleitorais acabou sendo trazido para os processos eleitorais – cíveis e criminais – e esse tema, por isso, há de ser analisado, interpretado à luz da realidade de uma eleição em que são utilizadas práticas políticas antiéticas, "práticas políticas nada edificantes"[69].

O quadro fático a justificar o *distinguishing* é tão amplo, que as cortes eleitorais, em especial, o TSE, não tiveram outra opção senão afastar a aplicação da tese estabelecida no mencionado Tema nº 237 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal para entender que essa gravação ambiental clandestina, aquela realizada de forma sub-reptícia, por meio de áudio ou vídeo, por um interlocutor sem o conhecimento do outro, é ilegal na medida em que viola o direito fundamental da privacidade e da boa-fé.

Eis alguns dos fatores que devem ser observados a impedir o reconhecimento da licitude da gravação como prova judicial no âmbito dos processos cíveis-eleitorais e que foram bem desenvolvidos em extenso artigo escrito por Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos:

> a) O cenário que as envolve carga um clima de acirradas disputas políticas, onde ânimos acalorados e paixões por vezes condenáveis são uma constante;
> b) Há premeditação por parte do interlocutor;
> c) o interlocutor se usa da clandestinidade ao escamotear-se para possibilitar a promoção desses elementos, de modo que o interlocutor diverso não tenha qualquer conhecimento ou suspeita;
> d) a produção se dá de forma sub-reptícia, ou seja, maliciosa, ardilosa, por meio de aleivosias etc.;
> e) o interlocutor age como engodo, ou isca;
> f) e assim age por interesses políticos, com a finalidade de possibilitar o manejo da gravação, em juízo, por parte de terceiros que não o próprio, ou por interesses particulares, utilizando-se o mesmo da gravação como 'moeda de troca', de modo a satisfazer interesses particulares;
> g) por fim, tais gravações, uma vez firmadas, são manejadas com o desiderato único e exclusivo de desencadear, por meio de terceiros que não o interlocutor, a

[69] Esta última expressão foi utilizada em diversos votos do então Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (TSE).

> persecução eleitoral, de modo a, por meios espúrios, objetivar-se a desconstituição da vontade popular sufragada nas urnas.
>
> Assim, na presença dos elementos acima narrados é que as gravações ambientais acabam por ser trazidas ao âmbito do contencioso eleitoral, assim o sendo por terceiros que não o hábil interlocutor, algo que se dá, na massiva maioria dos casos, em ações que denunciam a pretensa prática de captação ilícita de sufrágio ou 'compra de votos', como visto" (Barcelos: 2014, p. 116).

Além desses argumentos, não podemos nos olvidar que as gravações em regra não são utilizadas para a defesa de acusados em processos crimes, não são um instrumento de legítima defesa, mas acabam se transformando em instrumentos obtidos premeditadamente, por induzimento e insinuações para sustentar ações cíveis eleitorais que serão propostas por terceiros - candidatos ou não, políticos que não serão qualquer um dos interlocutores que acabaram por efetuar a gravação - com o fito de impedir que o interlocutor vítima da camuflagem participe do pleito eleitoral ou pior, com o objetivo de impedir a diplomação ou cassá-lo do mandato que muitas vezes se obteve de forma legítima e democrática.

É evidente que o direito fundamental que se garante com o reconhecimento da ilicitude da prova obtida é o da privacidade, que há de ser respeitado, em especial durante o período que antecede as eleições, quando os ajustes políticos são realizados a portas fechadas e cujo espectro é amplíssimo, não se podendo sequer imaginar alcançar todas as espécies de acordos que podem ser fechados nessas conversas reservadas.

Nem se diga que a gravação substituiria a prova testemunhal que pode ser produzida, substituindo assim a prova oral. A gravação não admite por si só as diversas hipóteses de suspeição e de impedimento reconhecidos pela processualística civil e os contextos fáticos acima mencionados também colocam sempre em xeque a ética da forma como a pretendida prova é obtida.

Conforme decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Corte europeia), caso Handyside contra o Reino Unido, Appl nº 5493/1972 de 7 de dezembro de 1976, o direito à privacidade é um conceito amplo de proteção da autonomia individual e da relação entre o ser humano e a sociedade, incluindo governo, sociedade e empresas, abrangendo uma vasta gama de direitos como proteção de intrusões na vida privada e familiar e até mesmo o sigilo das comunicações que são feitas, inclusive entre os particulares. Esse direito, inclusive, é reconhecido pela maioria dos tratados internacionais, como no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 8º da Convenção Europeia, arts. 5º, 9º e 10º da Declaração Americana sobre Direitos Humanos e o art. 11 da Carta Africana.

É certo que o direito fundamental à privacidade, previsto expressamente no nosso art. 5º, inciso X, assim como em todos os demais direitos constitucionais, não é absoluto. Entretanto, em não passando pelo teste da ponderação, esse direito se torna definitivo. Esta acabou sendo a percepção do Ministro Gilmar Mendes, até para se admitir o uso de gravação clandestina somente quando não há uma situação a comportar a defesa da privacidade, a saber: "ainda que permaneça cautelosa em relação aos deturpados interesses que por vezes motivam os autores da gravação, o TSE passou a admitir a gravação ambiental clandestina, quando realizada em locais públicos e em pequenas circunstâncias em que não se mostre razoável a expectativa de privacidade por parte dos demais interlocutores da conversa gravada" (cf. decisão monocrática proferida no REspe nº 453-07, DJe de 17/11/15).

Não bastasse isso, com o fito de garantir a segurança jurídica, merece registro o fato de que o Colendo Tribunal Superior Eleitoral - preocupado com a possibilidade de surgimento de indesejável casuísmo, sob o fundamento do art. 16 da CF/1988, acabou por firmar entendimento no sentido da inadmissibilidade da gravação ambiental clandestina em relação aos feitos provenientes das "Eleições 2012", de modo a evitar a aplicação de modificação de entendimento quando encerrado processo eleitoral. Esse é o posicionamento que se extrai da ementa do AgR-REspe 368-38/SC, e decidido por unanimidade de votos, *verbi gratia*:

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. VEREADOR. REPRESENTAÇÃO COM BASE NO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/1997. OFERECIMENTO DE COMBUSTÍVEL E DINHEIRO A ELEITOR.
> [...]
> 2. Conquanto guarde reservas em relação à tese de que é prova ilícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores
> - mormente porque não se cuida de interceptação telefônica sem autorização realizada por um terceiro estranho à conversa -, está consolidada, quanto às eleições de 2012, a conclusão acerca da ilicitude desse meio de prova, merecendo reflexão para pleitos futuros.
> 3. [...] eventual modificação deve incidir em pleitos futuros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da Constituição Federal.
> 4. A segurança jurídica recomenda que, neste processo, referente às eleições de 2012, aplique-se a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, evitando-se modificação de entendimento após o encerramento do processo eleitoral, a sugerir indesejável casuísmo. (...) (REspe nº 494-19/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 2/3/15).

Penso que na defesa do processo democrático justo, o Tribunal Superior Eleitoral tem acertado ao garantir esse espaço jurídico indevassável que é o da privacidade, afastando em razão do *very distinguishing*, o *leading case* do Supremo Tribunal a impedir a sua subsunção na órbita dos processos eleitorais. Vejamos em seguida os principais argumentos que foram utilizados pela Corte Superior.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Em decisão monocrática proferida no REspe nº 25.2013.6.20.0038, proferida pelo Ministro Herman Benjamin, publicado no DJe de 28/09/16, Sua Excelência acompanhou os precedentes do TSE para considerar ilícita gravação ambiental realizada em espaço estritamente particular, por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais.

Embora tenha guardado na oportunidade a devida ressalva quanto a essa posição, que a seu ver demandaria estudo mais cuidadoso, reiterou o entendimento de que se deve atentar à necessidade de se preservar a lisura do pleito e a equivalência de armas entre candidatos, e assim manteve o entendimento para as "Eleições 2012", com observância inclusive ao postulado da segurança jurídica (art. 16 da CF/88). Tendo naquele caso a gravação sido realizada em local privado - dentro da residência do então Prefeito, sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial -, entendeu-se ser inaplicável o novo entendimento jurisprudencial firmado pela Suprema Corte, não se prestando à comprovação do ilícito eleitoral, uma vez que é violadora da intimidade. A regra aplicada foi a proteção à privacidade. Ainda, ao apreciar o caso concreto, ressaltou que "não se deve esquecer que o interlocutor que gravou o diálogo - tido como simpatizante da candidatura situacional - fez a dita gravação em reservada reunião na casa do então Prefeito, e, menos de uma semana depois, a despeito do que fez parecer, surpreendeu a todos, revelando-se entusiasta correligionário da candidatura de oposição, fazendo, inclusive, discursos em seu palanque. Esse fato remete necessariamente a uma dúvida razoável quanto à existência de armadilha política: por qual razão o interlocutor somente deixou para se revelar oposicionista após a gravação do diálogo? Ao menos parte dessa resposta é óbvia: porque precisava da confiança da candidata implicada para obter a prova infame".

Observe-se que as circunstâncias particulares desse caso exemplificam bem os motivos pelos quais não há como se reconhecer a licitude da prova. A má-fé foi o contorno de toda a operação realizada para obter a gravação, tudo a revelar a inexistência de uma justa causa para o acolhimento do que se gravou, clandestinamente, como prova judicial.

Essa chegou a ser a posição unânime do TSE, inclusive para impedir a produção de prova oral fundada na teoria dos frutos da árvore envenenada[70], ou seja, para inadmitir as provas derivadas daquela obtida ilicitamente, *Vide*:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PREFEITO E VICE-PREFEITO. ELEIÇÕES 2012.
> [...]
> 6. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 2012 se consolidou no sentido de ser ilícita a gravação ambiental realizada de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade. A segurança jurídica impõe a preservação desse entendimento em feitos relativos ao mesmo pleito, ainda que existam ressalvas e possibilidade de rediscussão futura da matéria. Precedentes.
> 7. Inadmissibilidade das provas testemunhais derivadas da gravação ilícita. Os depoimentos colhidos em juízo, derivados da prova considerada ilícita, não podem ser admitidos, pois, na linguagem de José Barbosa Moreira, estar-se-ia expulsando a prova pela porta e permitindo seu retorno pela janela. [...] (REspe nº 697-31, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 6/6/16)
>
> HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. PREFEITO. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. ESCUTA CLANDESTINA. GRAVAÇÃO. INTERLOCUTOR. LICITUDE. PRECEDENTES DO STF. CASO DOS AUTOS. FRAGILIDADE DA PROVA. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer repercussão geral sobre a matéria, assentou a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores para utilização em processo penal (RE 583.937, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 18.12.2009), entendimento que deve orientar a jurisprudência desta Corte Superior.
> 2. A licitude ou a ilicitude da prova, conforme assentado na doutrina e na jurisprudência, liga-se ao modo de sua obtenção, com desrespeito aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade, e não a qualquer outra razão, como a motivação egoística, com fins eleitorais.
> 3. No caso dos autos, a gravação que embasou a denúncia é ilícita, assemelhando-se ao flagrante preparado. É incontroverso que o seu autor é historicamente apoiador dos adversários políticos do paciente e induziu todo o diálogo visando obter do seu interlocutor alguma declaração sobre o suposto oferecimento de bem ou vantagem em troca de votos, circunstância que comprometeu a necessária espontaneidade do diálogo travado.
> 4. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC nº 30990, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJe de 5/11/15)

É evidente que esse entendimento não poderia ser aplicado quando a gravação fosse realizada em local público, eis que privacidade não existirá. Em determinado recurso especial, decidiu o tribunal que não há falar em proteção da privacidade, pois a prova examinada consiste em gravação de imagens realizadas por câmeras de vigilância de empresa privada, constituindo "gravação de segurança normalmente utilizada de forma ostensiva em ambiente público, como ocorre, por exemplo, nos bancos, centros e lojas comerciais, ou mesmo nas ruas" (REspe nº 637-61, Rel. Min. Henrique Neves), e na espécie, verificou-se que a conclusão do acórdão regional estava fundamentada na configuração da captação ilícita de sufrágio consistente no fato de o candidato recorrente ter oferecido quantia monetária a determinadas pessoas com o intuito de angariar votos, porquanto a entrega do dinheiro vinha com um pedido de "ajuda" a sua candidatura. (AI nº 60569, Relator Min. Luiz Fux, DJe de 18/04/16).

Em outro caso, os pacientes, Prefeito e Vice-Prefeito de cidade do interior de São Paulo foram denunciados por desviar recursos públicos da área de educação, simulando ou superfaturando notas fiscais de serviços de empresa de autopeças contratada pela Prefeitura, com objetivo de

[70] A metáfora jurídica que em inglês é denominada de *fruits of the poisonous tree, cuida-se de* teoria que tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos extraída do caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, em julgamento realizado em 1920, com o objetivo de coibir as provas ilícitas por derivação. No caso, a referida Corte passou a proibir as provas lícitas contaminadas por ilegalidade.

financiar sua campanha à reeleição mediante "caixa dois" (arts. 350 do Código Eleitoral e 1º, I, do DL 201/67). Na hipótese, cuidava-se da ação penal e a denúncia foi instruída com gravações ambientais realizadas por J.C. (réu e funcionário da empresa) em que alguns dos denunciados descreveram o *modus operandi* do esquema e a destinação dos recursos para churrasco de campanha. Embora os impetrantes do *habeas corpus* perante o TSE tenham aduzido que a prova era ilícita e tenham citado o que decidido no AgR-REspe 553-64, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 11.9.2014, que cuida de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), inclusive com base nos mesmos fatos, havia nos autos do *habeas* em julgamento dois relevantes aspectos para assentar-se a licitude dessa prova: a) no acórdão regional da AIJE, consignou-se de modo expresso que as gravações deram-se em ambiente externo e público; b) e à época do *decisum* da Ministra Luciana Lóssio, a Corte Superior ainda não fazia distinção entre local aberto e particular, o que teve início apenas no REspe 637-1/MG, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 21/5/15, quando se decidiu que na primeira hipótese a prova é válida (cf. HC nº 21460, Relator Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, DJe de 3/10/16).

Em um terceiro caso, as circunstâncias fáticas delineadas no acórdão regional - livre acesso e mais de 50 pessoas presentes - revelaram o caráter público da reunião, em que a candidata proferiu discurso e cooptou votos de maneira ilícita mediante promessa de vantagem aos eleitores. Inexistia na espécie, portanto, argumentos a justificar existir ofensa ao princípio da segurança jurídica. Concluiu-se, a partir da moldura fática do aresto *a quo*, que as provas dos autos – gravação ambiental e depoimento - comprovaram de forma contundente compra de votos e abuso de poder econômico pela candidata (REspe nº 54542, Relator Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, DJe de 20/3/17). Restou assim consolidado esse posicionamento, nesse sentido, ainda, *in verbis*:

> RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. VIA PÚBLICA.
> (...)
> 5. Diversa é a situação em que a gravação registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade. A gravação obtida nessas circunstâncias deve ser reputada como prova lícita que não depende de prévia autorização judicial para sua captação(...) (REspe nº 166034, Relator Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 14/05/15)
>
> NULIDADE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL
> (...)
> 8. Constam dos autos gravações ambientais, realizadas por policiais civis, de diálogos com participantes do evento, nas quais os interlocutores afirmaram que a candidata C. fora responsável pela festividade e pela bebida.
> 9. Vídeo realizado em local aberto ao público e sem nenhum controle de acesso não está protegido pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88), sendo, portanto, lícito. Precedentes.
> 10. Ademais, inexistiu induzimento. Os policiais apenas perguntaram acerca da gratuidade de entrada e de bebidas, sem instigar as pessoas que constam das gravações. (...) (REspe nº 8547, Relator Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, DJe de 19/12/16)
>
> AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, CONDUTA VEDADA E ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LOCAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. LICITUDE. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA A ALICERÇAR A CONDENAÇÃO.
> (...)
> Recurso especial conhecido e provido. (REspe nº 19770, Relatora Min. Laurita Hilário Vaz, Publicação, DJe de 20/05/15)

Mesmo havendo o reconhecimento em parte de nossa doutrina de que a teoria da *fruits of the poisonous tree* não é absoluta - não se vislumbrou nos casos julgados pelo Tribunal Superior Eleitoral o cabimento da primeira exceção, denominada pela doutrina norte-americana de

independent source, em que existe uma fonte independente a revelar uma relação entre a ação ilegal e a prova obtida; tampouco da segunda exceção, conhecida como *inevitable discovery*, conhecida entre nós como a descoberta inevitável, que indica situações em que a prova decorrente da ilícita possa ser inevitavelmente descoberta por outro meio juridicamente considerado como legal.

Pelo contrário, o posicionamento da Corte eleitoral acabou, na análise dos casos levantados, por concluir pela impossibilidade de ser utilizada a gravação clandestina privada como prova emprestada e tampouco se admitiu, como já sustentando anteriormente, a licitude das provas derivadas da gravação, ou seja, pela substituição desta prova ilícita pelo depoimento de envolvidos na gravação.

Como já salientado anteriormente, esse posicionamento é aplicado apenas nas ações eleitorais cíveis e não nas criminais. No caso dos processos penais pela prática de crimes eleitorais, a Corte chegou a concluir, inclusive em alguns julgados, que quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal. Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa. Vejamos alguns desses julgados:

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PARCIAL PROVIMENTO. AIJE. ABUSO DE PODER POLÍTICO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA EMPRESTADA. ILICITUDE. RETORNO DOS AUTOS AO TRE/MS. DESPROVIMENTO.
> 1. Quanto à possibilidade de ser utilizada gravação ambiental, precedida de autorização judicial, como prova emprestada em processo cível-eleitoral, esta Corte assentou recentemente que "a prova emprestada somente é admissível quando formada sob o crivo do contraditório dos envolvidos, possibilitando à parte contrária impugnar o seu conteúdo, bem como produzir a contraprova, com base nos meios de provas admitidos em direito" (RO nº1919-42/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8.10.2014).
> 2. No caso dos autos, apesar de precedida de autorização judicial, a gravação ambiental apontada na inicial serviu para instruir vários procedimentos investigatórios, tanto cíveis, quanto criminais, de forma unilateral, sem observância do contraditório e da ampla defesa não restando evidenciada na delimitação do acórdão regional sua efetiva utilização durante a instrução de ação penal, o que impediu a aferição da licitude do uso de tal prova, de forma emprestada, para instruir processo cível-eleitoral.
> 3. Agravo regimental não provido. (REspe nº 22653, Relatora Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJe de 20/03/15)

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AMBIENTE FECHADO. ILICITUDE. PROVAS TESTEMUNHAIS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. PROVIMENTO.
> 1. Na espécie, consta do acórdão regional que as duas gravações ambientais impugnadas foram realizadas em ambiente fechado e privado, o que evidencia sua ilicitude, nos moldes da firme jurisprudência desta Corte.
> 2. As provas testemunhais produzidas em juízo, e advindas da prova já considerada ilícita - gravação ambiental clandestina -, são ilícitas por derivação, aplicando-se ao caso a teoria dos frutos da árvore envenenada.
> 3. Recursos especiais providos. (REspe nº 19090, Relatora Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJe de 21/06/16)

> ELEIÇÕES 2012. HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELOS ELEITORES QUE VENDERAM O VOTO. LICITUDE DA PROVA.
> 1. A gravação ambiental que registra o crime de corrupção, quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal. Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa.
> 2. A gravação ambiental não viola a privacidade e intimidade de quem teve a iniciativa da diligência.
> 3. É irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte.
> 4. Ordem denegada. (HC nº 44405, Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe de 05/05/16)

Contrariando a referida posição já consolidada no Superior Eleitoral, em maio de 2019, durante o julgamento de ação envolvendo um vereador do município de Timbó Grande, em Santa Catarina, houve uma mudança repentina na compreensão sobre o assunto quando o seu plenário, por maioria, adotou a seguinte tese jurídica: "Admite-se, em regra, como prova do ilícito eleitoral, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, seja em ambiente público ou privado". Os fundamentos desta decisão são encontrados no seguinte julgado:

> ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. VEREADOR. ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97. ART. 22 DA LC N° 64/90. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE DA PROVA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERTA DE BENESSES EM TROCA DE VOTO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
> 1. A jurisprudência que vem sendo aplicada por este Tribunal Superior, nos feitos cíveis-eleitorais relativos a eleições anteriores a 2016, é no sentido da ilicitude da prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e desacompanhada de autorização judicial, considerando-se lícita a prova somente nas hipóteses em que captada em ambiente público ou desprovida de qualquer controle de acesso.
> 2. Não obstante esse posicionamento jurisprudencial, mantido mormente em deferência ao princípio da segurança jurídica, entendimentos divergentes já foram, por vezes, suscitados desde julgamentos referentes ao pleito de 2012, amadurecendo a compreensão acerca da licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial.
> 3. À luz dessas sinalizações sobre a licitude da gravação ambiental neste Tribunal e da inexistência de decisão sobre o tema em processos relativos às eleições de 2016, além da necessidade de harmonizar o entendimento desta Corte com a compreensão do STF firmada no RE n° 583.937/RJ (Tema 237), é admissível a evolução jurisprudencial desta Corte Superior, para as eleições de 2016 e seguintes, a fim de reconhecer, como regra, a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial, sem que isso acarrete prejuízo à segurança jurídica.
> 4. A despeito da repercussão geral reconhecida pelo STF no RE n° 1.040.515 (Tema 979) acerca da matéria relativa à (i) licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais nesta seara eleitoral, as decisões deste Tribunal Superior sobre a temática não ficam obstadas, dada a celeridade cogente aos feitos eleitorais.
> 5. Admite-se, para os feitos referentes às Eleições 2016 e seguintes, que sejam examinadas as circunstâncias do caso concreto para haurir a licitude da gravação ambiental. Ou seja, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, é, em regra, lícita, ficando as excepcionalidades, capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições.
> 6. No caso, analisando o teor da conversa transcrita e o contexto em que capturado o áudio, a gravação ambiental afigura-se lícita, visto que os recorrentes protagonizaram o diálogo, direcionando-o para oferta espontânea de benesses à eleitora, de modo que restou descaracterizada a situação de flagrante preparado (TSE, Respe nº 408-98/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09.05.2019).

Este entendimento passou a ser válido para ocorrências a partir das eleições de 2016 e julgou o caso envolvendo o vereador Gilberto Massaneiro, que foi gravado em conversa ao oferecer benefícios para uma eleitora em troca de voto.

Em novos julgamentos, dentre eles, um ocorrido em 2021, que contou com a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, houve retorno ao posicionamento anterior, a compreender que num ambiente eleitoral, há que se fazer o *distinguishing.* Para a certeza das coisas, segue a ementa do v. acórdão.

> ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CANDIDATOS A PREFEITO E A VEREADOR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL EM AMBIENTE PRIVADO. ILICITUDE DA PROVA. PROVIMENTO.
> 1. Nos termos do artigo 8°-A da Lei n° 9.296/96, introduzido pela Lei n° 13.964/2019. A gravação ambiental é possível para fins de investigação ou instrução criminal, por determinação judicial mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, demonstrando que por outro meio a prova não poderia ser realizada e houver elementos probatórios razoáveis do cometimento de crime cuja pena máxima supere quatro anos.
> 2. Nos termos do § 4°, do artigo 8°-A da Lei n° 9.296/96, introduzido pela Lei n° 13.964/2019, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento das autoridades legitimadas no *caput* do mesmo artigo somente poderá ser utilizada em matéria de defesa, no âmbito de processo criminal e desde que comprovada a integridade de seu conteúdo.
> 3. Num ambiente caracterizado pela disputa, como é o político, notadamente acirrado pelo período eleitoral o desestímulo a subterfúgios espúrios voltados a tumultuar o enlace eleitoral resguardando assim a privacidade e intimidade constitucionalmente asseguradas, deve ser intensificado, de modo que reuniões políticas privadas travadas em ambientes residenciais ou inequivocamente reservados não se aprazem com gravações ambientais plantadas e clandestinas, pois vocacionadas tão só ao uso espúrio em jogo político ilegítimo, recrudescendo a possibilidade de manipulações.
> 4. São clandestinas e, portanto, ilícitas as gravações ambientais feitas em ambiente privado, ainda que por um dos interlocutores ou terceiros a seu rogo ou com seu consentimento, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais, dada inequívoca afronta ao inciso X, do art 5°, da Constituição Federal Ilícitas, do mesmo modo, as provas delas derivadas, não se prestando a fundamentar condenação em representação eleitoral.
> 5. A compreensão aqui firmada não se afigura incompatível com a tese firmada pelo E. STF no RE n° 583.937 (QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009 -Tema 237), que teve como perspectiva o prisma da instrução criminal sobremodo distinto do aqui tratado por força de expressa norma constitucional (art. 5°, XII, parte final) e legal.
> 6. E tanto há distinção de enforques que o próprio STF, no RE 1040515 (Rel. Ministro Dias Toffoli – Tema 979), afetou a discussão da necessidade de autorização judicial para legitimar gravação ambiental realizada por um dos interlocutores ou por terceiro presente à conversa, para fins de instrução de ação de impugnação de mandato eletivo, à luz do art. 5º, incs. II e XII da Constituição da República.
> 7. Agravo Interno provido para julgar improcedente a Representação proposta com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997 (TSE, AgR-AI nº 293, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 9/11/2021).

Ainda, em outro julgado, o Tribunal Superior Eleitoral concluiu que é ilícita a gravação ambiental realizada em ambiente privado sem prévia autorização judicial e sem o consentimento ou ciência de todos os interlocutores. O plenário da Corte entendeu que a gravação realizada em espaço privado, sem autorização judicial, e sem anuência de todas as pessoas participantes não pode ser utilizada como prova apta a fundamentar condenação em representação eleitoral, por afronta ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No caso, tratou-se de agravo interno interposto em processo referente às Eleições 2016 de decisão monocrática por meio da qual foi negado seguimento a recurso especial eleitoral e mantidas integralmente as cominações impostas pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE): cassação dos mandatos, imposição de multa e realização de novas eleições.

No caso, o Regional julgou procedente a representação por captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, amparado em áudios e vídeos gravados dentro da residência de pessoa eleita.

O Ministro Alexandre de Moraes, relator, esclareceu que, nos termos do art. 8º-A da Lei nº 9.296/1996, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 – conhecida como Pacote Anticrime –, a gravação ambiental é possível para fins de investigação ou instrução criminal, por determinação judicial, mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrado que, por outro meio, a prova não poderia ser realizada e na hipótese de haver elementos probatórios razoáveis do cometimento de crime cuja pena máxima supere quatro anos. Acrescentou, ainda, que, nos termos do § 4º do supracitado art. 8º-A, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento das autoridades legitimadas no caput do mesmo artigo somente poderá ser utilizada em matéria de defesa no âmbito de processo criminal e desde que comprovada a integridade de seu conteúdo. Ressaltou que em um ambiente caracterizado pela disputa, como é o político, notadamente acirrado pelo período eleitoral, deve haver o desestímulo a condutas desonestas voltadas a tumultuar o enlace eleitoral, resguardando, assim, a privacidade e a intimidade constitucionalmente asseguradas. Defendeu, desse modo, a reforma do acórdão do Regional, que se baseou estritamente na gravação realizada em espaço privado sem autorização das pessoas participantes.

Em voto divergente, o Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para as eleições de 2016 firmou a validade da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem qualquer indício de edição da conversa ou flagrante preparado. Acompanhando a divergência, o Ministro Edson Fachin destacou que quem opta por se lançar candidato tem reduzido o direito à imagem por adentrar em regime jurídico distinto, orientado pelo princípio da transparência.

Em seu voto médio, o Ministro Sérgio Banhos também prolatou voto divergente, ressaltando que possui entendimento idêntico ao do relator de que gravações ambientais, sem autorização judicial, não deveriam ser admitidas, em especial diante das peculiaridades que envolvem os certames eleitorais. Entretanto, para os pleitos de 2016, entendeu o ministro que o TSE já possuiria farta jurisprudência, devendo ser aplicado o entendimento ora perfilhado pelo relator, Ministro Alexandre de Moraes, tão somente a partir das eleições de 2022, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, e nos moldes do Recurso Extraordinário nº 1040515 (rel. Min. Dias Toffoli – Tema 979, do STF).

No entanto, os demais Ministros do TSE acompanharam o eminente Relator e a Corte, então, por maioria, deu provimento ao recurso especial eleitoral, a fim de reformar o acórdão regional e julgar improcedente a representação proposta com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 (STF, Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 0000634-06.2016.6.13.0247, São José da Safira/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em sessão de regime híbrido em 7/10/2021).

Esta é, por fim, a posição que vinha prevalecendo na Colenda Corte Superior.

4 O VOTO DO RELATOR MINISTRO DIAS TOFFOLI NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.040.515, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 979)

O Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de resolver de forma derradeira a questão, iniciou o julgamento do RE nº 1040515, de repercussão geral (Tema 979 do STF), de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Sua Excelência, em seu brilhante voto[71], propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

> No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais.
> A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de

[71] Disponível na Revista CONJUR. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-propoe-ilicitude-uso-grampo.pdf. Acesso em: 21 jun.2022.

> fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade.

Após o início do julgamento, em 18 de junho de 2021, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes, que a devolveu em 12 de junho de 2023. Após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhavam o Relator; e do voto do Ministro Roberto Barroso, que divergia do Relator e propunha a seguinte tese: Diante de ilícito de natureza eleitoral, não havendo indução ou indício de flagrante preparado, é válida a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, em ambiente público ou privado, no que foi acompanhado pelo Ministro Edson Fachin, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023. Após o voto-vista da Ministra Cármen Lúcia e do voto do Ministro Luiz Fux, ambos acompanhando o voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), e do voto do Ministro Cristiano Zanin, que acompanhava o Ministro Dias Toffoli (Relator), pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 3.11.2023 a 10.11.2023. Por fim, conforme certificado pela Suprema Corte[72]:

> O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 979 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese, **a** *qual deverá ser aplicada a partir das eleições de 2022:*
> "No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais. - A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade".
> Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 19.4.2024 a 26.4.2024.

Em seu respeitável voto, o eminente Relator muito bem salientou que *o ambiente político, especialmente em períodos eleitorais, é astucioso por excelência, o que pode fomentar a prática de condutas pouco ortodoxas no curso de uma disputa imparcial que se espera para as eleições*, que podem indevidamente desqualificar os concorrentes neste difícil ambiente.

Reconhecendo assim a necessidade do *distinguishing*, sua Excelência, assim concluiu sobre o tema:

> Firme nessas premissas, entendo que a gravação ambiental em espaço privado, considerado o acirrado ambiente das disputas político-eleitorais, reveste-se de intenções espúrias e deriva de um arranjo prévio para a indução ou a instigação de um flagrante preparado, o que enseja a imprestabilidade desse meio de prova no âmbito do processo eleitoral, pois, para além do induzimento ao ilícito por parte de um dos interlocutores, há a violação da intimidade e da privacidade.

Muito bem observou o voto vencedor que haveria de se resguardar as situações excepcionais, quando gravações ambientais de segurança, comuns em ambientes públicos como ruas, centros de compras, bancos e demais ambientes públicos, hão de constituir prova válida no processo eleitoral, pois, "dessa perspectiva, em razão da perda do caráter de clandestinidade, não há como se cogitar violação da intimidade em local aberto ao público", diante da certeza de que a natureza pública do local, o próprio autor da prática delituosa ou vedada possui "plena consciência de que ali pode ser facilmente descoberto, seja por prova testemunhal, seja por gravação ambiental".

A despeito da respeitável corrente minoritária, liderada pelo digno Ministro Luís Roberto Barroso, ter votado no sentido admitir como *prova do ilícito eleitoral* a gravação feita por um dos

---

[72]Andamento conforme sítio eletrônico do STF. Disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5169064&numeroProcesso=1040515&classeProcesso=RE&numeroTema=979. Acesso em: 13 jun. 2024.

interlocutores sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, em ambiente público ou privado, cabendo ao julgador do processo eleitoral reconhecer a invalidade da gravação, se for constatado que o interlocutor foi induzido ou constrangido a praticar o ilícito, penso que foi acertada a posição da nobre maioria, acompanhando o raciocínio bem posto pelo Ministro Relator, no sentido de que "urge expurgar do processo eleitoral – em seu duplo aspecto, substancial e procedimental – as práticas abusivas, presentes, *in casu*, pela utilização desse artifício com a finalidade de se desestabilizar a disputa eleitoral e se judicializarem as eleições com suporte em elementos despidos de legitimidade e moralidade, conforme preconizado tanto no art. 14, § 9º, da CF quanto nas regras de boa-fé e cooperação que regem a moderna processualística positivada no CPC/15, cuja principiologia não se compraz com as vias sub-reptícias e temerárias"

Estas razões, corretamente, levaram a sufragar a tese aprovada de que "[n]o processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato é que a democracia como regime político não possui valor como um fim pretendido, a ser alcançado em si mesmo, mas cuida-se de instrumento para a efetivação de valores que são essenciais para a adequada convivência do homem pela vontade do povo. O sistema democrático implica na existência de um conjunto de regras e de procedimentos a organizar o sistema político e o sufrágio a possibilitar a elaboração do melhor caminho para a obtenção da decisão política de um povo, como a definição do universo de eleitores, composição de partidos políticos, regras dos processos eleitorais etc.

Um sistema que não respeite o resultado das urnas, quando obtidos os votos de forma legítima, ou que deturpe a manifestação da vontade do povo num processo eleitoral coloca em xeque a própria democracia. Todas as razões jurídicas e as peculiaridades descritas neste trabalho, que envolvem uma gravação clandestina para fins eleitorais não podem ser ignoradas, servem de fundamentos para o *very distinguishing* necessário para afastar a tese que restou consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO no RE nº 583.937 de repercussão geral.

Assim, pode-se concluir que o entendimento prevalente em nosso Tribunal Superior Eleitoral bem levou em conta as importantes circunstâncias que envolvem uma eleição, na qual, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, "as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis" (TSE, REsp 50-706) e está a preservar de forma adequada os direitos e garantias fundamentais relevantes: o direito à privacidade, a segurança jurídica, a boa-fé, o processo justo e o respeito ao resultado do sufrágio.

Como já tive a oportunidade de salientar, o fato é que o uso de novas tecnologias, que facilitam, inclusive, a gravação em todos os ambientes, acabou se tornando uma prática sórdida no meio político-eleitoral. Isso porque, o acirramento das disputas eleitorais acabou sendo trazido para os processos eleitorais, cíveis e criminais, e esse tema, por isso, deve ser analisado, interpretado, observando-se a realidade de uma eleição, em que são utilizadas, muitas vezes, práticas antiéticas, e quase sempre, nada edificantes.

Com o julgamento definitivo do RE nº 1040515, de repercussão geral (Tema 979 do STF), de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, aguardamos que seja estabelecida a segurança jurídica sobre esta questão tão importante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. "Provas ilícitas no processo judicial eleitoral – A problemática das gravações ambientais clandestinas". *In*, Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 6., n. 10, p. 101-152, jan. /jun. 2014.
BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1986.
DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2012.
FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coord.). Direito Eleitoral e Processual Eleitoral: temas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
JORGE, André Guilherme Lemos. Manual de estudos de direito eleitoral e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Consultor Jurídico, 2017.
JORGE, Wiliam Wanderley. Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
KIM, Richard Pae. Gravação Ambiental clandestina como prova nas Cortes Eleitorais. *In*, Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político – REDESP, v. 1, n.1., jul. /dez. 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5799. Acesso em 10.6.2024.
MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010.
MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Coord.). Cidadania. São Paulo: Atlas, 2013.
RIKER, William. "Duverger´s Law Revisited". *In*, GROFMAN, Bernard; LIJPHART, Arend (Orgs.). *Electoral Laws and their Political Consequences*. New York: Agathon, 1986.
RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
TUCCI, José Rogério Lauria. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004.
WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. Berlin: Gruyter&Co., 1969.

A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: A IMPORTÂNCIA DA RESOLUÇÃO CNJ 296/2019 PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Flávia Moreira Guimarães Pessoa[73]

INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fundamentado em três eixos. O primeiro com o contexto de criação e estruturação do órgão; o segundo com o enfrentamento do debate sobre ativismo judicial e políticas públicas judiciárias; e o terceiro com a exposição da atuação do Conselho na criação de políticas públicas judiciárias para a promoção dos direitos fundamentais, particularmente a partir da gestão do Ministro Dias Toffolli, que alterou a composição das Comissões Permanentes, sob o manto da Resolução 296/2019.

1 SURGIMENTO E PERFIL CONSTITUCIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional 45/2004, com o nítido propósito de promover a fiscalização administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário, dar-lhe maior eficiência operacional e promover o controle disciplinar de seus membros (Brasil, 2004).

Carvalho e Aquino (2014) apontam que a evolução histórica da criação do Conselho Nacional de Justiça no cenário brasileiro foi marcada por três momentos:

> [...] 1) durante o período ditatorial, com a edição da Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977; 2) durante a Assembleia Nacional Constituinte, no anteprojeto constitucional, Projeto A e Projeto B da Constituição Federal, sob a presidência dos constituintes Afonso Arinos e Ulysses Guimarães, respectivamente, e, sob a relatoria do constituinte Bernardo Cabral, que ensejou posteriormente a promulgação da Constituição de 1988; e, finalmente, 3) pós-1988, através do Projeto de Emenda à Constituição n.º 96/1992, que ensejou a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, esta intitulada de "Reforma do Poder Judiciário" (Carvalho; Aquino, 2014, p. 11).

Durante a primeira fase, tem-se um órgão de controle que foi juridicamente criado com cunho apenas disciplinar, tendo ainda competência para avocar processos disciplinares formulados contra juízes de primeiro grau e determinar aposentadoria ou disponibilidade (Carvalho; Aquino, 2014, p. 12).

Quanto ao segundo período, no curso dos debates e na evolução das propostas relativas à criação do CNJ, na Assembleia Nacional Constituinte, a concepção inicial era de que o controle necessário ao Poder Judiciário era apenas de conotação disciplinar. Tal viés gerou forte resistência por parte dos membros da Magistratura e levou a exclusão da previsão no texto originário da constituição (Carvalho; Aquino, 2014, p. 13).

Os debates em torno da instituição de um órgão externo de controle foram reiniciados no ano de 1992, e culminaram na Emenda Constitucional - EC 45/04. O Conselho Nacional de Justiça foi inserido no art. 92, inc. I-A, da Constituição Federal de 1988, como órgão do Poder Judiciário, com 15 membros, sendo nove integrantes da magistratura e seis externos e com competências

[73] Doutora em Direito Público pela UFBA, Doutora em Direito pelo IDP e Pós Doutora em Direito do Trabalho pela UFBA. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Mestre em Constitucionalização do Direito pela UFS. Atualmente é Professora do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Tiradentes e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Juíza do Trabalho Titular da 9 Vara do Trabalho de Aracaju. Foi Juíza Auxiliar da Presidência do CNJ ente 2018 e 2020 e Conselheira do CNJ entre 2020 e 2022. E-mail:flaviampessoa@gmail.com; Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3950-8376; Lattes: http://lattes.cnpq.br/2987779178843187

constantes do § 4º art. 103-B, da Constituição Federal. Com atribuições que vão desde a correção disciplinar da magistratura ao desempenho das funções de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, respeitada a autonomia dos Tribunais.

As competências estabelecidas pelo recém-criado conselho geraram resistências por parte da magistratura, tendo sido ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 3367. A ação ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e foi julgada em abril de 2005, antes mesmo da instalação do órgão, que ocorreu em junho de 2005. Posteriormente, de forma incidental, na ADI 4.638, que impugnou especificamente a Resolução CNJ 135, que trata do processo administrativo disciplinar para punição de magistrados, foi mais uma vez enfrentada a questão da autonomia dos tribunais.

Saliente-se que as competências constantes do § 4º do art. 103-B foram regulamentadas e explicitadas no bojo do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) e suas normativas internas, que desenvolvem o potencial gerencial do órgão, na busca do aumento da eficiência, racionalização, produtividade, ampliação do acesso à justiça, transparência e prestação de contas do Poder Judiciário.

De acordo com Robl Filho (2013, p. 238), o CNJ realiza *accountability* horizontal, especificamente judicial comportamental e institucional. Ressalta, ainda, que o Conselho não exerce accountability judicial decisional, pois detém poder jurisdicional originário ou revisional.

Segundo Bonsaglia (2017), a criação do CNJ representou "[...] um avanço importante no campo dos freios e contrapesos previstos na Constituição, com a particularidade de que a atuação desse órgão de controle se dá no âmbito do próprio Poder Judiciário". Destaca, ainda, o autor: "[...] sob a mesma ótica dos *checks and balances*, a natureza híbrida de sua composição, que tem dentre seus quatorze membros seis que não pertencem aos quadros do Judiciário" (Bonsaglia, 2017, p. 46).

O CNJ se firmou como órgão central do Poder Judiciário com poder político para reunir e avaliar dados necessários com vistas a respaldar eventual ação/projeto/programa em prol da solução de problemas conjunturais e com potencial para adotar medidas institucionais e estratégicas de distribuição de justiça (Escrivão Filho, 2010).

A primeira referência legislativa infraconstitucional sobre políticas judiciárias constou da Lei 11.364/2006, quando foram aprovadas as atividades de apoio ao CNJ, dentre as quais se destacou a criação do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) que tem entre seus objetivos "[...] fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias". Na mesma oportunidade, foi criado o Departamento de Monitoramento do Sistema Carcerário e Socioeducativo, que será objeto de análise detalhada em tópico posterior.

Em 2009, na Presidência do Ministro Gilmar Mendes, o CNJ apresentou seu primeiro planejamento estratégico, deixando claro o seu intuito de profissionalização da gestão, apontando como missão a realização da justiça e descrevendo o intuito de fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional (Costa, 2019, p. 29).

Conforme destaca Tavares (2019, p. 02) o CNJ talvez tenha sido a mais ousada criação para o Poder Judiciário, pois "as suas funções, constitucionalmente definidas, visam o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais a partir do escopo de melhoria da prestação jurisdicional.". Nesse sentido, o órgão surgiu em um cenário propicio à renovação dos compromissos do Poder Judiciário com a sociedade, tendo sido de fundamental importância o balizamento dado pelo STF[74] ao alcance de suas competências (Tavares, 2019, p. 2).

O Regimento Interno do CNJ, em seu art. 2º, determina que integram o CNJ: I - o Plenário; II - a Presidência II - a Corregedoria Nacional de Justiça; IV - os Conselheiros; V - as Comissões; VI - a Secretária-geral; VII - o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ; VIII - o Departamento de

[74] Importante ressaltar que desde o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, o STF vem atribuindo ao CNJ competência para editar atos normativos primários. De igual forma, nos julgamentos da ADI 3367/2005 e dos MS 27621 e 28611, pacificou-se o poder regulamentar do CNJ no que tange a atos interna *corporis* do Poder Judiciário (Costa, 2019, p. 32).

Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas; IX - a Ouvidoria.

Já em seu art. 27, o Regimento prevê que o Plenário poderá criar comissões permanentes ou temporárias para o estudo de temas e o desenvolvimento de atividades específicas do interesse respectivo ou relacionadas com suas competências. As comissões, na forma do art. 28 do Regimento, serão constituídas na forma e com as atribuições previstas no ato de que resultar a sua criação, cabendo-lhes, entre outras, as seguintes atribuições: I - discutir e votar as proposições sujeitas à deliberação que lhes forem distribuídas; II - realizar audiências públicas com órgãos públicos, entidades da sociedade civil ou especialistas; III - receber requerimentos e sugestões de qualquer pessoa sobre tema em estudo ou debate em seu âmbito de atuação; IV - estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo propor, no âmbito das atribuições para as quais foram criadas, a realização de conferência, exposições, palestras ou seminários.

A Resolução CNJ 296/19 reestruturou as comissões permanentes do CNJ, sendo certo que tais comissões estabelecem as linhas mestras de atuação do Conselho e serão abordadas na terceira parte deste artigo.

Também merecem especial destaque as atribuições da Corregedoria Nacional de Justiça, que é responsável pela orientação, coordenação e execução de políticas públicas voltadas à atividade correcional e ao bom desempenho da atividade judiciária dos tribunais e juízos e dos serviços extrajudiciais do país.

Suas atribuições estão estabelecidas na Constituição Federal no § 5º do art. 103-B, e regulamentadas no artigo 8 do Regimento Interno do CNJ. A Corregedoria tem suas atividades divididas em cinco eixos principais: atividade correcional, atividade regulatória, gestão de dados, coordenação das corregedorias e inspeções e correições.

2 A DISCUSSÃO RELATIVA À SEPARAÇÃO DE PODERES E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

O presente tópico tem por objetivo diferenciar conceitos importantes como o de ativismo judicial, políticas públicas, controle judicial de políticas públicas e políticas públicas judiciárias, além de responder a tormentosa questão: se o Poder Judiciário pode ou deve atuar nas políticas públicas, quer dentro de processos judiciais, quer sob o ponto de vista atípico administrativo.

Com efeito, a questão é importante, uma vez que o que a presente tese defende é a importância de políticas públicas judiciárias sob o manto da integração da Agenda 2030 às metas e objetivos do Poder Judiciário, justamente com o objetivo de promover a desjudicialização de temáticas relevantes e a prevenção de litígios e, no caso da presente tese, especificamente aos temas relacionados ao direito fundamental à moradia.

Inicialmente, o próprio conceito de políticas públicas é controverso. Para Secchi (2012, p. 1), políticas públicas "[...] tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção dessas decisões".

Há que se destacar também a advertência de Núñez (2014, p. 147) no sentido de que na língua inglesa existem duas diferentes palavras que são vertidas para o português como "política": *politics* e *policy*. Assim, a chamada *public policy* é traduzida como política pública, mas também há o vocábulo *politics*, que também é traduzido como "política", mas as assim chamadas políticas públicas são as *public policies*.

Para Guilherme Moraes (2019), o ponto de convergência da judicialização e ativismo do Poder Judiciário encontra-se no quadro de valorização das atividades dos juízes. Para o autor, "[...] no espaço dos diálogos constitucionais, é identificado o protagonismo, ou mesmo supremacia, do Poder Judiciário que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial" (Moraes, 2019).

Salienta o autor que a judicialização da política é revestida de natureza dúplice ou ambivalente, eis que, de um lado, " [...]as minorias parlamentares demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a vontade da maioria (defesa das minoria) [...]" e, por outro lado, "[...] os agentes institucionais, como, por exemplo, o Poder Executivo e as Instituições de Provedoria de Justiça demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a representação parlamentar, com vistas à racionalização do governo (defesa da sociedade)." (Moraes, 2019).

Assim, cumpre promover uma discussão inicial sobre ativismo judicial. Neal Tate e Trobjörn Vallinder (1985) indicam que a judicialização significaria desviar algum procedimento para a forma de um processo judicial, significando uma transferência do direito de tomada de decisão dos demais poderes para o Judiciário. Haveria, então, uma competição entre dois modelos de tomada de decisão: um judicial e outro político. A preocupação seria que as democracias estariam sofrendo uma transformação, na medida em que ocorreria uma expansão do Poder Judiciário, levando um domínio das decisões judiciais sobre as decisões políticas em detrimento dos demais poderes compostos por representantes eleitos (Tate; Vallinder, 1985, p. 13-15).

Também se destaque Kmiec (2004, p. 1441-1447), que retrata a multidimensionalidade do termo ativismo judicial, o qual pode ter cinco diferentes sentidos. O primeiro sentido seria quando o Poder Judiciário considera inconstitucional uma lei cuja constitucionalidade poderia ser defensável. Neste caso, a acepção é negativa, pois o Judiciário não estaria mantendo deferência com o Poder Legislativo.

Uma segunda acepção, ainda segundo Kmiec (2004, p. 1443), estaria ligada à vedação à criação judicial do direito, pois, neste sentido, um Judiciário ativista seria aquele que criaria direito novo, a pretexto de interpretá-lo. A terceira acepção seria configurada quando o Judiciário se desvia de uma metodologia de interpretação aceita. A quarta seria a orientação pelo resultado. Finalmente, a quinta acepção, segundo Kmiec (2004, p. 1445) ocorreria quando o julgador se afasta dos precedentes, não se enquadrando, portanto, na orientação consolidada pela jurisprudência.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo panorama de direitos fundamentais, entre eles o direito à moradia, cujos contornos serão abordados no capítulo terceiro desta tese. É importante, no entanto, destacar, nesta parte do trabalho, que o protagonismo do Poder Judiciário pós 1988 foi gerado pela natureza garantista da Constituição de 1988, pródiga na defesa dos direitos fundamentais individuais e sociais do homem, mas com déficit de efetividade.

Tendo em vista, entretanto, o panorama brasileiro de insuficiência das políticas públicas, quanto à execução e ao planejamento, combinado com a escassez de recursos e a má alocação destes, não é surpresa perceber que a judicialização da política encontrou aqui lugar propício a sua proliferação (Escobar; Machado; Pessoa, 2021, p. 325).

Na lição de Bonsaglia (2017), no contexto da separação de poderes, merece especial menção o papel do Judiciário "[...] como guardião da Constituição e das leis em geral, e, por extensão, dos direitos fundamentais, seja em face de condutas lesivas praticadas por agentes privados, seja em face de violações perpetradas por autoridades e agentes públicos" (Bonsaglia, 2017)

Conforme ressalta Freitas Filho (2019, p. 206), esperar que o Judiciário seja o autor das regras de uma determinada política "[...] parece não ser a melhor solução para as dificuldades inerentes ao processo de escolhas políticas alocativas". Dessa forma, segundo o autor, o Judiciário não deve ser o formulador das políticas públicas prestacionais por meio das quais se efetivam os direitos fundamentais, mas, sim, ser um fiador da legalidade e da justiça dessas políticas.

Destaca Robl Filho (2013) que "[...] o Judiciário detém substancial poder político e jurídico nos estados democráticos de direito. É uma tendência mundial a ampliação da atuação dos magistrados como atores políticos e sociais relevantes". Assim é que o "[...]exercício da jurisdição pressupõe a existência de independência judicial nas dimensões decisional, comportamental e institucional." Ao mesmo tempo, porém, defende o autor que "[...] de outro lado, agentes e órgãos que possuem grande poder e independência devem ser controlados" (Robl Filho, 2013).

O modelo tradicional de democracia liberal, baseado na ideia de um processo de deliberação pública travado na arena política, por meio da participação de cidadãos livres e iguais, encontra-se em crise. A falta de confiança dos indivíduos na política e nos seus representantes,

somada à exclusão da classe dominada dos espaços decisórios têm provocado o esvaziamento de instâncias democráticas como os órgãos legislativos, culminando em uma redução da participação política e uma diminuição da credibilidade no regime democrático.

O fenômeno retro citado tem caminhado rumo a uma tendência, nas democracias contemporâneas, a um deslocamento do poder decisório tradicionalmente confiado a órgãos representativos para os tribunais, mediante a incorporação de declarações de direitos fundamentais nas constituições e instrumentos de controle jurisdicional de constitucionalidade. Passa-se a franquear ao Poder Judiciário prerrogativas de tomada de decisões a respeito de assuntos até então reservados à esfera política, em uma perspectiva de "democracia constitucional", na qual se admite a imposição de limites à vontade da maioria para fins de proteção de direitos da minoria, reconhecendo-se a legitimidade da atuação judicial contra majoritária como meio de proteção dos direitos fundamentais.

Para Hachem e Pethechust (2022), o fortalecimento do Poder Judiciário vem acompanhado de diversos problemas, entre os quais "[...] a ausência de responsabilidade dos juízes e a impossibilidade – em grande parte dos sistemas políticos – de realização de controles jurídicos e sociais sobre a atividade abusiva e irregular dos magistrados" Além disso, apontam os autores, "[...] a carência de legitimidade democrática para a tomada de uma série de decisões sobre o sentido da Constituição, principalmente em relação a temas que envolvem fortes desacordos morais na sociedade" (Hachem; Pethechust, 2022)

Os autores pontuam a existência de "[...] um modelo excessivamente forte de controle jurisdicional de constitucionalidade, a ponto de se falar em um governo do Supremo Tribunal Federal". Para solucionar alguns dos riscos à democracia acarretados pela supremacia judicial, uma possível opção seria a "[...] incorporação de mecanismos de diálogos entre os poderes constituídos para a atribuição de significado à Constituição, retirando do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dar, com exclusividade, a última palavra sobre a interpretação constitucional" (Hachem; Pethechust, 2022).

Ramiro Nóbrega Sant'Ana (2018, p. 197-199) expõe as narrativas críticas à judicialização, especificamente da saúde, mas que podem ser extrapoladas para as outras áreas. Aduz que as críticas geralmente atribuem à judicialização a elitização das demandas, o alargamento das iniquidades no acesso à saúde, o comprometimento da gestão administrativa e orçamentária, a distorção das políticas farmacêuticas e o próprio comprometimento do caráter universal do SUS.

Respondendo a tais críticas, Sant'Ana (2018, p. 202) expõe que "[...] a tese da judicialização pelas elites é um mito propugnado pelo nível político da gestão do SUS e, equivocadamente, ratificado por parte da academia, inclusive em âmbito internacional". Segundo o autor, a elitização não é uma característica da judicialização da saúde no Brasil, pois trata-se de um instrumento à disposição de todas as classes sociais e em especial dos mais necessitados, por meio da atuação da Defensoria Pública.

Independentemente da procedência das críticas relativas à elitização das demandas, o fato é que, em termos de políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário não pode ser substitutiva das escolhas políticas a serem formuladas pelos demais poderes. Conforme salienta Roberto Freitas Filho (2019, p. 208), a autocontenção do Judiciário deve ser a regra, não lhe sendo permitido intervir de forma casuística nas políticas públicas, devendo propor uma solução decisória que menos desorganize a alocação orçamentária do Poder Público.

Assim, em síntese, a judicialização de políticas públicas em si não pode ser vista como um entrave ao acesso à justiça. Ao contrário, muitas vezes pode ser o único caminho disponível para parte significativa da população, uma vez assegurados instrumentos, como a Defensoria Pública, para o acesso dos excluídos (Sant'ana, 2017). Há, porém, a necessidade de diálogo institucional entre o sistema de justiça e os demais poderes da República para efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, uma vez que a judicialização não pode ser a única via de acesso, mas sim mais uma "porta" disponível.

É neste sentido que temos o conceito de políticas públicas judiciárias. Morgana Richa (2021, p. 162) destaca a necessidade de superação da perspectiva tradicional de tripartição de

poderes, para apresentar o Poder Judiciário, órgão integrante da administração do Estado, como formulador de políticas públicas. Nesta visão, a inércia judicial tem lugar apenas para dentro do processo, pois, "[...] para além do processo, como poder estatal, o protagonismo do Judiciário sugere a postura de sujeito ativo".

Mencione-se que a inflexível separação realizada entre direito e política tem sido paulatinamente revista, principalmente com o surgimento do *Welfare State* que promoveu uma movimentação legiferante e passou a empregar técnicas legislativas de textura aberta na redação dos dispositivos legais, o que culminou numa considerável discricionariedade do juiz, no seu papel de interpretação das normas (Cappelletti, 1993, p. 40-42).

Conforme destaca Richa (2021, p. 162), as atribuições do Judiciário ficam reconfiguradas na busca do atendimento aos seus propósitos, solucionando questões sociais que lhe são trazidas, inclusive por meio de ações planejadas sob a forma de políticas públicas judiciárias.

Nesta linha, Richa (2021, p. 166) sustenta o Poder Judiciário como ente estatal formulador de políticas públicas em alargamento das atribuições tradicionalmente consagradas, com o objetivo de reconhecer o seu papel ativo e colaborativo do projeto de justiça social previsto na Constituição de 1988.

Ressalte-se, ainda na linha de Richa (2021, p. 167), que não se trata de substituir atribuições típicas dos poderes Executivo e Legislativo, mas de dissociar uma função do Estado em mais um órgão de Poder, atribuindo ao Judiciário, da mesma forma que aos demais poderes, o dever, também, de alcançar os objetivos fundamentais da República, expostos na Constituição Federal.

Saliente-se, ainda, que as chamadas políticas públicas judiciárias são gestadas na estrutura orgânico funcional do Poder Judiciário, mas sempre realizadas em colaboração com os demais poderes, especialmente com o Poder Executivo, mas também com agentes não estatais, em colaboração com o Poder Público, conforme é o caso da regularização fundiária, cujo exemplo concreto será abordado de forma pormenorizada no terceiro capítulo desta tese e de políticas públicas judiciárias pontuais, que serão, exemplificadamente, abordadas ao final deste capítulo.

Cabe, todavia, antes enfrentar o debate sobre o assim chamado déficit democrático do Poder Judiciário. Nesse sentido Bucci (2006, p 23) questiona como poderia o Judiciário apreciar uma política pública sem que isso se considere uma invasão na própria atividade política de governo, considerando que as políticas públicas são uma expressão de um programa de ação governamental, amparado pela legitimidade da investidura do governante no poder pela via eleitoral.

A esse respeito, Nuñez (2014) apresenta a democracia como um regime temporal, composto pelas eleições (curto prazo), a duração dos mandatos (médio prazo) e a Constituição (longo prazo). As cortes constitucionais atuariam na temporalidade do longo prazo estando democraticamente legitimadas pela reflexividade. Assim é que os direitos sociais só podem ser concretizados numa temporalidade de longo-prazo, ou seja, na temporalidade de atuação das constituições e das cortes constitucionais (Nuñez, 2014, p. 172).

Nesse mesmo sentido, Zauli (2015 p. 146) destaca que no contexto das democracias contemporâneas, nas quais se observa um crescente protagonismo político por parte das instituições judiciais, a expansão do Poder Judicial não contraria necessariamente aqueles princípios-chave de uma democracia constitucional, quais sejam a proteção dos direitos dos cidadãos e a soberania popular. Com efeito, ressalta o autor que "[...] no âmbito do constitucionalismo moderno a magistratura é chamada a desempenhar um papel central na proteção dos direitos das minorias que, de outra forma, estariam simplesmente sujeitas à vontade das maiorias" (Zauli, 2015, p. 146).

Saliente-se, ainda, na linha de Moraes (2019) a proteção judicial dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis nas sociedades pluralistas deve compor a agenda dos tribunais constitucionais, a fim de fornecer efetividade ao direito a ser diferente.

Desta forma, respondendo ao questionamento formulado no início deste tópico, chega-se à conclusão de que a promoção pelo Judiciário, particularmente pelo CNJ, de políticas judiciárias, ao invés de ferir a Constituição Federal e a separação de poderes, promove, em realidade, os direitos e garantias fundamentais nela insertos, devendo ser salientada a competência normativa direta da

Constituição atribuída ao CNJ, justamente com o objetivo de promover os objetivos fixados na própria Carta Política.

Fixada a legitimidade do Judiciário para a concretização de políticas públicas judiciárias, resta destacar que o CNJ, como órgão administrativo central não jurisdicional, é o local, dentro do Judiciário, em que se encontram condições ótimas para o desenvolvimento de tais políticas sob o ponto de vista gerencial, particularmente a partir da Resolução 296 /2019.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS E A REVOLUÇÃO EMPREENDIDA PELA RESOLUÇÃO CNJ 296/2019

Editada em setembro de 2019, no aniversário de um ano da gestão do Ministro Dias Toffolli, a Resolução 296/2019 revolucionou a estrutura das comissões permanentes do CNJ. Isto porque anteriormente apenas existiam cinco comissões permanentes, fazendo com que vários Conselheiros não protagonizassem a Presidência de nenhuma comissão permanente. Com a nova Resolução, todos os 13 Conselheiros, excetuando-se apenas o Presidente e o Corregedor Nacional, fossem Presidentes de uma Comissão Permanente, que seria integrada por, no mínimo, mais dois conselheiros.

Assim, a partir do art. 1º da Resolução 296/2019, ficam criadas, no âmbito do CNJ, as seguintes Comissões Permanentes: I – Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento; II – Comissão Permanente de Eficiência Operacional, Infraestrutura e Gestão de Pessoas; III – Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Inovação; IV – Comissão Permanente de Gestão Documental e de Memória do Poder Judiciário; V – Comissão Permanente de Comunicação do Poder Judiciário; VI – Comissão Permanente de Sustentabilidade e Responsabilidade Social; VII – Comissão Permanente de Justiça Criminal, Infracional e de Segurança Pública; VIII – Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos; IX – Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários; X – Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis; XI – Comissão Permanente de Políticas Sociais e de Desenvolvimento do Cidadão; XII – Comissão Permanente de Aperfeiçoamento da Justiça Militar nos âmbitos federal e estadual; e XIII – Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030.

Algumas comissões devem ter suas atribuições destacadas, como a previsão do art. 7º, relativa à Comissão Permanente de Sustentabilidade e Responsabilidade Social compete: propor medidas voltadas a promover a gestão eficiente e eficaz dos recursos sociais, ambientais e econômicos, com foco na sustentabilidade; contribuir para o fortalecimento das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável; propor ações destinadas a fomentar a inclusão social no âmbito do Poder Judiciário.

Devem ser destacadas também as atribuições da Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos na forma do art. 9 da Resolução 296/2019, como a de coordenar e acompanhar o desenvolvimento da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos e das demais políticas públicas voltadas à implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos, a desjudicialização dos processos, bem como à prevenção dos litígios mediante medidas de incentivo à desjudicialização.

Por sua vez, o art. 10 da Resolução 296/2019, fixa que à Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários compete: propor estudos que visem à democratização do acesso à Justiça; monitorar as políticas judiciárias de custas, despesas processuais e assistência judiciária gratuita, além de promover ações voltadas a ampliar a conscientização sobre direitos, deveres e valores do cidadão e de propor ações e projetos destinados ao combate da discriminação, do preconceito e de outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988.

Já à Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis compete propor diretrizes e ações de prevenção e de combate à violência contra vulneráveis, assim consideradas as vítimas de violência de gênero, psicológica, moral ou patrimonial , além de sugerir o estabelecimento de diretrizes para a adequada proteção às vítimas e testemunhas e promover ações relacionadas à implementação de políticas judiciárias e interinstitucionais de proteção de migrantes, refugiados, indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

O artigo 12 da Res. 296/19 estabelece que à Comissão Permanente de Políticas Sociais e de Desenvolvimento do Cidadão compete, dentre outras, propor políticas judiciárias de promoção de direitos sociais, em especial relacionados à saúde, à educação e à tutela do meio ambiente; promover ações voltadas a ampliar a conscientização sobre direitos sociais; e acompanhar e monitorar ações que tenham por objeto direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Cabe, por fim, ressaltar a atuação da Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 à qual compete acompanhar a atuação do Comitê Interinstitucional destinado a apresentar estudos e proposta de integração de metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável; propor políticas judiciárias voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável; e monitorar as ações relacionadas à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no âmbito do Poder Judiciário.

Conforme visto nessas breves linhas, a ampliação das atribuições das comissões, bem como sua multiplicação com a atribuição de diversa titularidade, permitiu a ampliação da atuação do próprio CNJ no âmbito das políticas públicas judiciárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação gerencial do Conselho Nacional de Justiça na elaboração e implementação de políticas públicas judiciárias é de fundamental importância, levando ao cumprimento integral das funções constitucionais deste órgão constitucional de controle.

A Resolução CNJ 296/2019 foi de fundamental importância para a ampliação e consolidação das políticas públicas judiciárias, na medida em que ampliou a quantidade, as atribuições e a composição das Comissões Permanentes do órgão.

Em especial, a Resolução contribuiu para a democratização do acesso à justiça, uma vez que as políticas públicas consolidadas têm como vetor fundamental a consolidação da justiça social e democracia no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONSAGLIA, Mario. Autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário *In*: LEITE, George; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson. Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2017. Disponível em: https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/ doutrina/ 1267834614/ crise-dos-poderes-da-república-judiciario-legislativo-e-executivo. Acesso em: 25 dez. 2022.

BRASIL [Constituição (1988] Emenda Constitucional 45 de 30.12.2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 31/12/2004, Página 9. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Lei 12.106 de 07 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 8/12/2009, Página 1. Brasília, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 296 de 19 de setembro de 2019. Cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. **Diário de Justiça eletrônico/CNJ** nº 213/2019, de 9/10/2019d, p. 2-5.

CARVALHO, Cristiane Caldas. AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. **Reforma do Poder Judiciário Brasileiro:** uma análise histórico-normativa sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça. 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bf8d7d48a8543f9. Acesso em: 29 dez. 2020.

COSTA, Adriene Domingues. A política judiciária do CNJ e seus impactos institucionais. *In:* LAMACHIA, Claudio *et al.* **CNJ e a efetivação da Justiça**. Brasília: OAB, 2019, p. 25-50.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Participação social no judiciário como instrumento para a democratização da justiça**.** *In*: WORKSHOP/SEMINÁRIO DE PESQUISA DO OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA, I. - CES/AL, 2010, **Anais [...]** Belo Horizonte. Repensando o acesso à Justiça no Brasil, 2010. p. 1-30. Disponível em: http://www.jusdh.org.br/files/2013/01/participacao_social_no_judiciario_como_instrumento_para_a_democratizacao_da_justica_antonio_escrivao_2010.pdf. Acesso em: 27. nov. 2021.

FREITAS FILHO, Roberto. Políticas Públicas e acesso a creche no Distrito Federal: Atuação do Poder Judiciário. **RDU**, Porto Alegre, Nº 86, v. 15, – mar-abr/2019, p. 198-223.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECUST, Eloi Rodrigues Barreto. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das Teorias dos diálogos Constitucionais. *In*: CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional brasileiro:** organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1440744486/direito-constitucional-brasileiro-organizacao-do-estado-e-dos-poderes. Acesso em: 26 dez. 2022.

KMIEC, Keenan d. The origin and currente meaning of judicial activism. **California law revw**, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/ 3481421. Acesso em 02 dez. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2010.

MORAES, Guilherme. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional *In*: MARINONI, Luiz *et al.* **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1212768883/processo-constitucional. Acesso em: 26 dez. 2022.

NUÑEZ, Cláudio Felipe Alexandre Magiolli. **Legitimidade, poder judiciário e políticas públicas.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em http://www.repositorio-bc.unirio.br:8080/ xmlui/ handle/ unirio/11382. Acesso em: 15 maio 2024.

PESSOA, Flávia Moreira Guimaraes. ESCOBAR, Amanda Greff. Democratização do Acesso à Justiça e a Agenda 2030 da ONU na pauta do Poder Judiciário. *In* PESSOA, Flávia Moreira Guimaraes. (org.**) Democratização do Acesso à Justiça**. Brasília, CNJ, 2020, p. 89-99.

RICHA, Morgana de Almeida. **Políticas públicas judiciárias e acesso à Justiça**. São Paulo: LTR, 2021.

ROBL FILHO, I. R**. Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da defensoria pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento do acesso a saúde. **Revista brasileira de políticas públicas.** v. 8, n. 3, dez 2018, p. 195 -212.

ZAULI, Eduardo Meira. Democracia e autogoverno da magistratura na Itália- A experiência do Conselho Superior da Magistratura. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 66, pp 143-175, jan./jun. 2015. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1684. Acesso em: 08 dez. 2023.

TATE, Neal; VALLINDER, Torborn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: NewYork University Press, 1995.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. A função controladora do Conselho Nacional de Justiça à Luz da juridicidade e das normas da Lindb. *In*: LAMACHIA, Claudio et al. **CNJ e a efetivação da Justiça**. Brasília: OAB, 2019, p. 1-24.

A GESTÃO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Luiz Fernando Tomasi Keppen[75]

"A Democracia é essencialmente pluralista. E plural também são os Tribunais, com a natural convivência, em seu seio, de juízes com concepções diversas de mundo e do direito. Não é fácil conciliar e coordenar as diferenças. Mas no futuro do judiciário e o judiciário do futuro dependem, cada vez mais, do diálogo e da cooperação institucional."

Ministro Antônio José Dias Toffoli

INTRODUÇÃO

Durante a gestão do Ministro Dias Toffoli houve um forte investimento em estratégias de gestão, tecnologias avançadas, automação aprimorada e cooperação entre diferentes setores e instituições para enfrentar os desafios do sistema judiciário brasileiro.

Indubitavelmente, sua gestão foi um divisor de águas na história do egrégio Conselho Nacional de Justiça. Hoje temos um CNJ estruturado e otimizado, pronto para o futuro.

Antes de iniciar as linhas que conterão algumas singelas impressões sobre a gestão Toffoli, congratulo os amigos e colegas de toga Ministro Gilmar Mendes, Conselheira Daiane Nogueira de Lira e Conselheiro Alexandre Freire pela memorável iniciativa em coordenar uma coletânea em homenagem aos 15 anos de jurisdição constitucional do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do texto é trazer uma breve explanação sobre a atuação do Ministro Dias Toffoli junto ao Conselho Nacional de Justiça, na defesa do Estado Democrático de Direito, das instituições republicanas e das garantias fundamentais.

Para tanto, em 3 (três) tópicos apresenta-se um panorama dos projetos desenvolvidos e implementados durante sua atuação no Conselho. Ato contínuo, no tópico 4 (quatro) faz-se uma breve exegese dos principais números de sua administração, para então, em considerações finais, apresentar uma reflexão quantitativa e qualitativa sobre o legado do Ministro frente ao Conselho e os desafios enfrentados pela Corte quando da sua gestão.

1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A GESTÃO DIAS TOFFOLI 2018-2020

A instituição do Conselho Nacional de Justiça se deu diante da necessidade de uma parametrização das Cortes, com a otimização, controle, fiscalização administrativa, financeira e correcional para a melhor estruturação dos tribunais do país a partir de

[75] Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça na Gestão 2019-2021, participou como coordenador e membro de vários Comitês e Grupos de Trabalhos, sendo, inclusive, relator da Resolução CNJ nº 410, que estabeleceu a Política Nacional de Integridade Judicial. Atualmente é Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Editor-chefe da Revista Jurídica Gralha Azul, periódico científico do Tribunal de Justiça do Paraná. ID Lattes: 8362041972057947

mecanismos adequados de gestão, transparência, eficiência e a promoção de políticas públicas assertivas[76].

Trata-se de uma atividade extremamente técnica e da mais alta responsabilidade e complexidade. A prioridade da gestão do Ministro Dias Toffoli foi a gestão de riscos e o investimento em tecnologia, sem, contudo, negligenciar a importância do capital humano e das ações de responsabilidade socioambiental.

Como parte do planejamento estratégico do CNJ para aprimorar seu desempenho organizacional e seguir as orientações dos órgãos de fiscalização, foi instituído na gestão do Ministro Toffoli o Manual de Gestão de Riscos do CNJ pela Portaria Diretoria-Geral nº 277, em 10 de outubro de 2019.

A implementação do gerenciamento de riscos teve início nas unidades da Diretoria-Geral, com a realização de capacitações aos colaboradores, a fim de prepará-los para realizar uma gestão de forma eficaz. Após avaliar experiências tanto no Brasil quanto no exterior, escolheu-se adotar o método Management of Risk (M_o_R). O gerenciamento envolveu a identificação, avaliação e controle de possíveis ameaças que poderiam surgir de diversas fontes, como responsabilidades legais, falhas na gestão estratégica, acidentes e eventos naturais catastróficos. Foi realizada uma abordagem uniforme, abrangente e coordenada no gerenciamento destes riscos que auxiliaram na identificação, controle e redução de riscos relevantes.

De outro norte, o relatório de administração da gestão do Ministro Dias Toffoli[77] aponta que, quando de sua atuação, houve diminuição dos processos em espera, revertendo a tendência observada nos anos anteriores. Foram feitos diversos investimentos na busca pela desjudicialização e na utilização de métodos alternativos e consensuais de resolução de conflitos.

Diante da responsabilidade geral de coordenar e acompanhar o avanço da Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos e com o objetivo de encontrar uma solução temporária para a falta de mediadores e conciliadores, bem como de instrutores para seus respectivos cursos de capacitação, os integrantes da Comissão Permanente de Resolução Adequada de Conflitos aprovaram, de forma unânime, a flexibilização da aplicação da Resolução CNJ Nº 210/2010, e do Regulamento para Cursos de Capacitação de Instrutores. As adversidades específicas que levaram à flexibilização dos critérios incluíam: 1) realização de estágio supervisionado de 60 a 100 horas no segundo módulo de formação para conciliadores/mediadores; 2) completar a parte prática da capacitação para instrutores em formação, ou seja, ministrar cursos, dentro de um ano após o término da fase teórica, a fim de qualificar mediadores e conciliadores para atuação no Poder Judiciário.

A atuação do Ministro Toffoli junto à Comissão Permanente de Tratamento Adequado de Conflitos foi decisiva na condução das tratativas para a flexibilização da Resolução CNJ nº 215.

Para além disso, a gestão foi protagonista na construção da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, com colaboração ativa ao longo de todo o primeiro ano de sua administração, sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça e o respaldo da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, que resultou na aprovação dos Macrodesafios pelos presidentes dos tribunais e na publicação da Resolução CNJ nº 325/2020, juntamente com as Metas do Poder Judiciário para o ano de 2020. Além disso, o Planejamento Estratégico

[76] NOGUEIRA, R.M; CALIXTO, A.G.C; GUILHERME, G C.C. CNJ – Passado, Presente e Futuro – Comemoração aos 20 anos do Conselho Nacional de Justiça. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2024.
[77] BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de gestão Ministro Dias Toffoli: 2018-2020 / José Antônio Dias Toffoli; organização Richard Pae Kim – Brasília: CNJ, 2020.

do Conselho Nacional da Justiça 2021-2026 foi aprovado por meio da Portaria CNJ nº 104, emitida em 30 de junho de 2020.

A Estratégia Nacional do Poder Judiciário foi apresentada a partir da unicidade do Poder Judiciário que institui a concretização de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de seus órgãos, dos princípios de gestão participativa e democrática esculpidos na Resolução 321/2016, do Conselho Nacional de Justiça, dos resultados de relatórios de acompanhamento da Estratégia Nacional e dos trabalhos do Comitê Gestor Nacional da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, dos resultados de consultas públicas dirigidas aos cidadãos e da implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no Poder Judiciário.[78]

Importante, reverberar que os Macrodesafios do Poder Judiciário são divididos em três perspectivas: sociedade, processos internos e aprendizado e crescimento. A perspectiva sociedade se refere a garantia dos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna, como o direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como o fortalecimento da relação institucional do Poder Judiciário com a sociedade. A perspectiva processos internos tem por finalidade a agilidade e produtividade na prestação jurisdicional; o enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais; a adoção de métodos consensuais para os conflitos e a prevenção de litígios; a consolidação do sistema de precedentes obrigatórios; a promoção da sustentabilidade; o aprimoramento da gestão da justiça criminal, da gestão administrativa e da governança judiciária. A perspectiva aprendizado e crescimento abrange a melhoria da gestão de pessoas, o aprimoramento da gestão orçamentária e financeira e o fortalecimento da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação e de proteção de dados.[79]

Em síntese, foram 12 (doze) os macrodesafios eleitos pelo Conselho Nacional de Justiça que devem orientar as diretrizes estratégicas nacionais até o ano de 2026, são eles: 1) Garantia dos direitos fundamentais; 2) Fortalecimento da relação institucional do Judiciário com a Sociedade; 3) Agilidade e produtividade na prestação jurisdicional; 4) Enfrentamento à corrupção e improbidade administrativa; 5) Prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos; 6) Consolidação do sistema de precedentes obrigatórios; 7) promoção da sustentabilidade; 8) aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal; 9) aperfeiçoamento da gestão administrativa e da governança judiciária; 10) aperfeiçoamento da gestão de pessoas; 11) aperfeiçoamento da gestão orçamentária e financeira; 12) fortalecimento da estratégia nacional de TIC e proteção de dados.[80]

Após avaliação minuciosa de todas as atividades desenvolvidas pelo CNJ no decurso de dois anos, sob o comando do Ministro Dias Toffoli, destacaram-se os resultados obtidos graças ao empenho de conselheiros, juízes auxiliares, servidores e colaboradores que, de pronto, corresponderam com as expectativas. Mesmo diante dos desafios provocados pela pandemia de Covid-19, o Conselho cumpriu integralmente suas responsabilidades.

2 MANUTENÇÃO DE PROJETOS EM ANDAMENTO E OTIMIZAÇÃO DE POLÍTICAS JUDICIÁRIAS

Comprometido com os princípios da eficiência, transparência e responsabilidade, houve um esforço para não apenas manter os projetos em andamento,

[78] SCHWARTZ. H. R. M. O Poder Regulamentar do CNJ. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 190.
[79] SCHWARTZ. H. R. M. O Poder Regulamentar do CNJ. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 192
[80] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução n. 325/2020.

mas também para aprimorar a administração das políticas judiciárias e interinstitucionais, apostando em novas abordagens de gestão pública e nas tecnologias digitais, incluindo a utilização da inteligência artificial.

Algumas medidas foram adotadas, como instituição da Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica:

> O CNJ promoveu uma importante mudança na organização do órgão ao criar a Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica (SEP). Instituída pela Portaria CNJ nº 122, de 9 de outubro de 2018, a SEP presta apoio e oferece suporte técnico à Presidência e às Comissões Permanentes do Conselho Nacional de Justiça em atividades relacionadas a programas e projetos institucionais, pesquisas judiciárias, gestão estratégica e capacitação de servidores do Poder Judiciário. Sua estrutura organizacional é formada por: Gabinete da Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica (GSEP); Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ); Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJud); e Departamento de Gestão Estratégica (DGE).

O incremento das Comissões Permanentes do CNJ que aumentou de cinco para treze[81]. Estas são responsáveis por analisar assuntos e funções específicas de interesse institucional, com a meta de encontrar soluções para o Poder Judiciário.

Houve também melhorias na administração de Sistemas e Cadastros. Foi implementado o Banco de Boas Práticas do Judiciário, o Selo de Desburocratização, o programa RESOLVE.

Ao que se refere ao Banco de Boas Práticas do Judiciário[82], relevante destacar que o sistema conta com um portal que concentra as práticas de sucesso implementadas no Poder Judiciário para disseminação de conhecimentos e melhoria contínua da prestação jurisdicional. O portal permite o cadastro de práticas em diversos eixos temáticos[83]:

> Produtividade judicial, desburocratização, gestão orçamentária, transparência, planejamento e gestão estratégica, sustentabilidade e acessibilidade, gestão de pessoas, governança de tecnologia da informação e comunicação, conciliação e mediação, combate à violência doméstica, sistema carcerário, acesso à justiça e cidadania.

Tal iniciativa, após análise técnica e submissão ao Plenário do CNJ, rendeu a inscrição de 5 (cinco) práticas cadastradas no portal para concorrerem ao Prêmio Innovare 2020. A partir da parceria firmada entre o CNJ e o Instituto Innovare, por meio do Termo de Cooperação Técnica nº 004/2019 e, conforme a Portaria CNJ nº 45, de 03 de março de 2020, o

---

[81] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Resolução nº 296 de 19 de setembro de 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3038. Acesso em: 24 jul. 2024.

[82] Para 2020, o eixo indicado foi "Gestão Processual", conforme Portaria CNJ nº 48, de 10 de março de 2020. Assim, as práticas que pretenderam concorrer ao Prêmio Innovare, na categoria "CNJ – Gestão Judiciária", foram cadastradas no Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário no período de 12 de fevereiro a 12 de abril de 2020. Ao todo, foram cadastradas 12 (doze) propostas de boas práticas, referentes ao eixo Gestão Processual, com a pretensão de serem publicadas no Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário e concorrer à premiação do Instituto Innovare. Após análise técnica e submissão ao Plenário do CNJ, 5 práticas foram indicadas ao Instituto Innovare para concorrerem ao Prêmio 2020.

[83] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário. Disponível em: https://boaspraticas.cnj.jus.br. Acesso em: 20 jul.2024

Conselho define, anualmente, um dos eixos temáticos do Portal CNJ de Boas Práticas, para concorrer na categoria "CNJ/Gestão Judiciária" do Prêmio Innovare.

Em relação ao Selo de Desburocratização, instituído ao final de 2019, com a finalidade de reconhecer boas práticas que visem à simplificação e à modernização de atividades e processos de trabalho e busquem alcançar melhores resultados na promoção da eficiência e da qualidade dos serviços prestados no âmbito do Poder Judiciário, foram cadastradas ao todo sessenta e seis propostas de boas práticas, no referido eixo temático de "Desburocratização, somente no período de novembro de 2019 a março de 2020, o que surpreendeu a todos os envolvidos. Após deliberação, o plenário concedeu o Selo CNJ de Desburocratização a catorze práticas, premiadas durante a 1ª Reunião Preparatória para o XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário.

Quanto ao programa Resolve, importante mencionar que tal iniciativa capacitou os juízes participantes do projeto em uma ferramenta de mineração de processos para analisar os fluxos de solicitações fiscais e identificar possíveis gargalos. Com a participação de juízes estaduais e federais e representantes do erário público, o trabalho resultou em ações que visam agilizar o trâmite dos procedimentos tributários, incluindo a automatização de determinados procedimentos.

Ainda, entre as iniciativas da gestão do Ministro Toffoli, estão a otimização da Estratégia de Desjudicialização com o INSS; a criação do Prêmio CNJ de Qualidade[84]; os investimentos no PRONAME e o fortalecimento da gestão de precatórios.

3 A MODERNIZAÇÃO, AS NOVAS TECNOLOGIAS, A TRANSPARÊNCIA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL

Em outra perspectiva, a modernização das práticas de trabalho judiciais diante das novas tecnologias também foi foco da gestão Toffoli, que de forma extraordinária fortaleceu o sistema judicial eletrônico PJe e outras plataformas tecnológicas como o DATAJUD[85]; o Sistema Unificado de Execução Eletrônica - SEED; o Ambiente Virtual de Trabalho; o SINAPSES, que disponibilizou modelos de inteligência artificial para todo o Judiciário; os Espaços de Criação e Inovação; o SISBAJUD[86] que trouxe novas funcionalidades ao antigo BACENJUD; e houve investimento na automação das execuções fiscais, perícias judiciais, conciliações, e administração de bens apreendidos.

No âmbito da transparência, foram implementadas regras para identificar e organizar os pagamentos dos magistrados (Resolução nº 272/2018); foi estabelecido o Ranking da Transparência do Poder Judiciário (Resolução nº 260/2018); o acesso às informações sobre os salários dos magistrados foi ampliado (Resolução nº 273/2018); e no

---

[84] Inaugurado no ano de 2019, o Prêmio CNJ de Qualidade foi criado através da publicação da Portaria CNJ nº 88/2019, que substituiu o Selo Justiça em Números. O intuito desse prêmio é analisar o desempenho dos tribunais baseado em quatro critérios: governança, produtividade, transparência, dados e tecnologia. A novidade apresentada em 2019 foi a adição da categoria "Destaque do Ano" por área da Justiça.

[85] O DataJud é uma plataforma nacional do sistema judiciário que contém todas as informações relevantes sobre os processos em andamento no país, incluindo detalhes dos casos, dados das partes envolvidas, categorias, temas, movimentações, órgãos responsáveis, entre outros. Este banco de dados possibilita a análise completa sobre o tipo de demanda, tempo de tramitação, fluxo processual, identificação de problemas, acesso à justiça, e muito mais. Adicionalmente, o objetivo do projeto é promover a simplificação dos sistemas e registros já existentes, aumentando a eficiência no trabalho dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

[86] O Conselho Nacional de Justiça ofereceu aos Tribunais que fazem uso do Processo Judicial Eletrônico - PJE a possibilidade de integração com o SISBAJUD, incluindo o envio automatizado de ordens judiciais e a análise das respostas fornecidas pelos bancos. Já para os outros Tribunais, foi disponibilizada a API essencial para a integração do SISBAJUD com seus próprios sistemas de processo eletrônico.

Portal do CNJ a nova intranet foi aprimorada, juntamente com a melhoria da comunicação social, incluindo estratégias para combater informações falsas e o uso das redes sociais.

Dentro do contexto da responsabilidade social, na gestão de Sua Excelência, o CNJ limitou os pagamentos de auxílio-moradia no Poder Judiciário (Resolução nº 274/2018); estabeleceu critérios para a remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais (Resolução nº 271/2018; criou o Formulário Nacional de Avaliação de Risco para prevenir e combater crimes e outros atos cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra mulheres (Resolução nº 284/2019); implementou e expandiu o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA; enfatizou a importância da igualdade de gênero e raça; regulamentou o uso de redes sociais no Judiciário (Resolução nº 305/2019), e lançou o Pacto Nacional da Primeira Infância, o Pacto Nacional da Escuta Protegida, o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, a Agenda 2030 da ONU dentro do sistema judicial brasileiro, e a importantíssima iniciativa nacional do DESTRAVA, visando resolver a paralisação de obras públicas.

Os Tribunais identificaram os casos judiciais que podem ter levado à interrupção de grandes projetos públicos, em meio a mais de onze milhões de processos e mais de três mil obras em todo o país. Com o apoio do Tribunal de Contas da União - TCU, Associação dos Magistrados dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON e Transparência Brasil, foram encontradas 3.921 obras públicas paradas no país. Dentre essas obras, apenas quarento e oito foram paralisadas devido a questões judiciais. Isso significa que somente 1,2% das obras estão paradas por decisão do Poder Judiciário. Embora o número de casos judiciais identificados (48) seja baixo em comparação com o total de obras paradas no país, esses casos representam aproximadamente cento e quarenta e nove bilhões de reais em recursos públicos congelados[87].

Em síntese, aduz-se que durante a gestão do Ministro Dias Toffoli, o Conselho Nacional de Justiça desempenhou um papel importante na defesa dos direitos dos cidadãos e na busca por uma sociedade mais justa e solidária, por meio de uma administração baseada na cooperação e na democracia.

4 OS PRINCIPAIS NÚMEROS DA GESTÃO DIAS TOFFOLI JUNTO AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - A JURIMETRIA

A importância da jurimetria para aperfeiçoar a gestão administrativa e de governança é tamanha que a Resolução nº 462/2022 do Conselho Nacional de Justiça passou a dispor sobre a gestão de dados estatísticos, a criação da Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e dos Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário[88].

A Rede de Pesquisas Judiciárias é coordenada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e tem como objetivos estabelecer mecanismos de colaboração, comunicação e divulgação dos estudos e diagnósticos entre os grupos de pesquisas judiciárias dos tribunais.

---

[87] Essa pesquisa foi o ponto de partida para o desenvolvimento do Programa "DESTRAVA", que tem como objetivo retomar as obras paralisadas por meio de uma ação conjunta entre órgãos de controle e o Poder Judiciário, o Comitê Executivo Nacional para Apoio à Solução das Obras Paradas. Fonte: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-parad. Acesso em: 9 jul. 2024.

[88] NOGUEIRA, R.M; KANAYAMA, R. L; CALIXTO, A.G.C. Jurimetria: a otimização da prestação jurisdicional. Revista Gralha Azul. p. 84. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/185185 Acesso em: 24 jul. 2024.

Recentemente, tem se tornado mais comum a análise empírica, utilizando princípios da econometria e incorporando conceitos de estatística e probabilidade ao estudo jurídico, visando aprimorar a compreensão das investigações realizadas.

A forma tradicional de abordagem acaba por dificultar a correta análise do assunto jurídico, que em sintonia com as transformações sociais e requisitos constitucionais, necessita de uma investigação mais próxima e detalhada da sociedade real.

A pesquisa qualitativa, focada na compreensão dos fenômenos jurídicos, na gestão e na entrega adequada da prestação jurisdicional pelos tribunais, tem se mostrado limitada em um contexto em que se busca a concretização dos direitos e a efetiva realização da justiça. A avaliação quantitativa, com base em números e estatísticas, é apresentada pelo método jurimétrico como um processo racional de aprimoramento do conhecimento[89].

Dentro do âmbito da administração, a utilização da jurimetria possibilita que o gestor tome decisões de forma mais precisa, ao passo que, no campo das atividades jurídicas, oferece subsídios técnicos para uma análise e consideração inteligente e otimizada de dados.

Por isso a importância em considerar os números mensurados na gestão do Ministro Dias Toffoli, são dados que traduzem realizações e sua apreciação denota os resultados de sua brilhante gestão.

Durante sua atuação no Conselho Nacional de Justiça, não somente o número de comissões permanentes cresceu (de cinco passaram para treze), mas, também, houve um incremento em todos os atos e atividades do Conselho.

Ao longo da gestão, ao que se refere aos dados processuais do Conselho Nacional de Justiça, foram realizadas 123 (cento e vinte e três) sessões plenárias, das quais 37 (trinta e sete) sessões foram ordinárias, 06 (seis) extraordinárias, 36 (trinta e seis) virtuais e 44 (quarenta e quatro) virtuais extraordinárias, sendo julgados 1.541 (um mil quinhentos e quarenta e um) processos em Plenário.

No intervalo de tempo de 13 de setembro de 2018 a 25 de agosto de 2020, foram encaminhados para tramitação um total de 19.764 (dezenove mil setecentos e sessenta e quatro) processos, dos quais 21.460 (vinte e um mil, quatrocentos e sessenta) processos foram finalizados e arquivados. O Conselho Nacional de Justiça alcançou a marca de 108% de processos arquivados em relação ao número total de processos distribuídos.

Ao que concerne a punição de magistrados por decisão plenária, foram aplicadas 08 (oito) sanções disciplinares. Dentre essas sanções, 03 (três) juízes receberam pena de aposentadoria compulsória; 02 (dois) juízes com disponibilidade; 01 (um) juiz com censura e 02 (dois) juízes com advertência. Ao longo de administração, houve o afastamento preventivo de 23 (vinte e três) juízes e de 1 (um) servidor.

Relativamente aos atos normativos publicados, foram publicados 69 (sessenta e nove) Atos Normativos, abrangendo da Resolução nº 262 até a Resolução nº 332, além de duas resoluções Conjuntas, a nº 5 e a nº 6; e ainda 19 (dezenove) Recomendações e 1 (uma) conjunta, totalizando 90 (noventa) documentos divulgados.

Os números brevemente levantados demonstram de maneira quantitativa a exponencial e eficiente gestão do Ministro Dias Toffoli.

No decorrer de sua gestão, o Conselho Nacional de Justiça desempenhou um importante papel na racionalização do serviço judiciário no Brasil. A partir do monitoramento

[89] NOGUEIRA, R.M; KANAYAMA, R. L; CALIXTO, A.G.C. Jurimetria: a otimização da prestação jurisdicional. Revista Judiciária do Paraná. n. 30. Jun-jul. 2024. p. 94-104. Disponível em: https:/www.revistajudiciaria.com.br. Acesso em: 20 jul.2024.

e avaliação contínuos, como também da participação democrática, por meio de consultas, propôs planos estratégicos para cada um dos desafios verificados, ajustes e correções[90].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No biênio da gestão do Ministro Toffoli, o Conselho Nacional de Justiça se destacou como um importante agente na busca por avanços no sistema judiciário, atuando de forma eficiente no cumprimento de sua missão de promover uma significativa reforma no tradicional sistema judicial.

O Poder Judiciário do amanhã, preparado para enfrentar novas dificuldades, comporta um órgão de controle e de gestão que guia suas ações e aponta às diretrizes.

O papel do Conselho Nacional de Justiça ultrapassou suas funções tradicionais para abranger o planejamento estratégico, a governança, a gestão e a efetivação de políticas judiciárias em prol do desenvolvimento do Poder Judiciário e da sociedade.

Após uma análise qualitativa e quantitativa da gestão do Ministro Dias Toffoli junto ao Conselho Nacional de Justiça, extrai-se que sua atuação foi preponderantemente significativa na proteção dos direitos dos cidadãos e na promoção de uma sociedade mais justa e solidária, com uma administração centrada na colaboração e na participação democrática.

Mesmo com os impactos trágicos e negativos da pandemia da Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça não deixou de cumprir todas as suas missões e isso se deve a inovadora e inclusiva gestão do Ministro Dias Toffoli.

É inquestionável que o sucesso de sua gestão foi possível devido ao esforço e comprometimento de todas as pessoas envolvidas, desde os integrantes do CNJ, dos tribunais, magistrados, servidores e colaboradores do sistema judicial, os quais, sob a liderança do Ministro Dias Toffoli, desempenharam um trabalho de excelência.

[90] NOGUEIRA, R.M; CALIXTO, A.G.C; GUILHERME, G C.C. CNJ – Passado, Presente e Futuro – Comemoração aos 20 anos do Conselho Nacional de Justiça. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2024.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Ministro Luís Roberto Barroso toma posse na presidência do STF e do CNJ. Cnj.jus.br, 29 set. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ministro-luis-roberto-barroso-toma-posse-na-presidencia-do-stf-e-do-cnj/. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023: ano-base 2022**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Macrodesafios do Poder Judiciário 2021-2026**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 88**, de 28 de maio de 2019. Institui e regulamenta o Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2920. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Planejamento estratégico do CNJ**: Relatório de acompanhamento da estratégia. CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_Monitoramento_da_estrategia-v4.pdf. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Resolução 410, de agosto de 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original140013202108256126 4ceda90b7.pdf

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 325**, de 29 de junho de 2020. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 331,** de 20 de agosto de 2020. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/176371. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plano Estratégico do Conselho Nacional de Justiça 2021 – 2026.** Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica, 2024.

SCHWARTZ. H.R.O Poder Regulamentar do CNJ. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

NOGUEIRA, R.M; KANAYAMA, R. L; CALIXTO, A.G.C. Jurimetria: a otimização da prestação jurisdicional. Revista Gralha Azul. p. 84. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/185185 Acesso em: 24 jul. 2024.

TOFFOLI, J.A.D. Relatório de gestão Ministro Dias Toffoli: 2018-2020. Richard Pae Kim (org.) Brasília: CNJ, 2020.

JUSTIÇA EM NÚMEROS E METAS NACIONAIS: PUBLICIDADE, EFICIÊNCIA E INDICADORES DE DESEMPENHO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO JUDICIÁRIO

Hamilton Rafael Marins Schwartz[91], Gustavo Chueire Calixto Guilherme[92]

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea exige a atuação da administração pública e do Poder Judiciário em consonância aos princípios da publicidade e da eficiência.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, concedendo poder regulamentar ao órgão constitucional.

O artigo 103-B, §4º, VI e VII, impõe ao CNJ a elaboração de relatórios estatísticos semestrais e anuais sobre a atuação do Poder Judiciário.

A jurimetria é fundamental para o estudo do panorama atual do Judiciário e para estabelecer caminhos a serem seguidos. Um dos exemplos práticos é o Relatório Justiça em Números do CNJ e a definição das Metas Nacionais do Judiciário.

Diante de tal contexto, este trabalho tem como objetivo apresentar as resoluções emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça que se coadunam com os princípios da publicidade e investigar a efetividade dos relatórios publicados pelo CNJ para o aprimoramento do sistema de Justiça.

A pesquisa justifica-se ante um cenário de excessiva judicialização e diante da iminente necessidade de planejar e definir rumos de atuação para uma maior eficiência judiciária em favor da sociedade.

1 PUBLICIDADE, EFICIÊNCIA E O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A publicidade e a eficiência são princípios constitucionais que norteiam a atividade da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme expressa previsão no artigo 37 da Carta compromissória.

Publicidade "é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos". Como princípio, a publicidade contempla toda a atividade estatal, não só no aspecto de divulgar os atos oficiais, mas também de propiciar conhecimento da conduta interna de seus agentes. Abrange os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos jurídicos e técnicos, os despachos, as atas de julgamento, os contratos, os comprovantes de despesas e prestações de contas submetidas aos órgãos competentes (Meirelles, 2015, p. 97-99).

"Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos" (Mello, 2015, p. 117).

---

[91] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Realizou estudos no 1º Curso del Programa de Doctorado Mercado y Derecho da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Espanha. Vice-Coordenador do Comitê Executivo de Saúde Estadual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ no Paraná de 2019 a 2023. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Juiz Formador da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR e da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2820957314655894. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0001-0022-6304.

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

O princípio da publicidade está diretamente relacionado ao direito constitucional fundamental ao acesso à informação previsto no artigo 5º, XIV, "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

O artigo supracitado está conectado à dignidade da pessoa humana e também ao Estado Democrático de Direito e a República. Se o país é uma *res publica*, é consequência natural que todos os seus cidadãos tenham conhecimento dos atos praticados pelo poder público (Nunes Júnior, 2018).

O artigo 5º, XXXIII, do texto constitucional assim dispõe: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Parte da doutrina distingue o direito de se informar (artigo 5º, XIV, CF) com o direito de ser informado (artigo 5º, XXXIII, CF). O primeiro refere-se ao direito de conhecer as informações de interesse público ou privado, por meio da liberdade de acesso à informação consubstanciada na permissão de pesquisa e busca de informações sem a interferência do Poder Público (Nunes Júnior, 2018). O segundo consiste na possibilidade de o cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse coletivo, geral ou particular, exceto aquelas cujo sigilo seja fundamental para a segurança do Estado e da sociedade (Svalov *apud* Nunes Júnior, 2018).

O artigo 5º, LX, prevê que a lei somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando o interesse social ou a defesa da intimidade o exigirem.

Ainda no âmbito constitucional, "cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem", conforme preconiza o artigo 216, § 2º, que diz respeito ao exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

Na seara infraconstitucional, a Lei nº 12.527/2011 regula o acesso à informação previsto nos artigos 5º, XXXIII, 37, §3º, II e 216, §2º, da Carta da República. Entre as instituições que se subordinam ao regime desta lei, estão os órgãos públicos que integram a administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, Judiciário e do Ministério Público (artigo 1º, parágrafo único, I).

A referida legislação estabelece, em seu artigo 6º, que cabe às entidades e órgãos do poder público assegurar: a gestão transparente da informação, proporcionando amplo acesso a ela e divulgação; a proteção da informação, com a garantia de sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e a proteção da informação pessoal e sigilosa, observada a sua autenticidade, disponibilidade, integridade e eventual restrição de acesso.

O acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527/2011 compreende, entre outros, o direito de obter informação relativa à implementação, ao acompanhamento e aos resultados dos projetos, programas e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como indicadores e metas propostos (artigo 7º, VII, a).

Publicidade, participação e motivação são consideradas subprincípios que se articulam de forma recíproca como um círculo virtuoso em direção ao princípio da transparência. Consiste não só na informação à sociedade do que a administração pública planeja e executa, mas também na explicação do porquê atua dessa forma e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão (Martins Junior, 2019, RB-14.1).

A publicidade e a transparência estão atreladas ao conceito de integridade. A integridade visa o combate à corrupção, fraudes e demais ilicitudes contra o Poder Público e para o seu real funcionamento é necessário o envolvimento amplo dos gestores, comunicação, treinamento para a força de trabalho, transparência, canal de denúncia efetivo, processo de apuração e políticas contínuas de boas práticas (Keppen; Segura; Pôrto, 2022, p. 21).

Sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário 865401/MG, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral no sentido de que o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente o seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal e coletivo, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, da Carta

Magna, para obter, no caso apreciado, diretamente do Poder Executivo informações e documentos sobre a gestão municipal.

A eficiência foi incluída no ordenamento jurídico como preceito da administração pública por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

O primado constitucional da eficiência norteia a gestão pública a conciliar o melhor uso dos recursos disponíveis com a obtenção dos resultados mais adequados às necessidades da sociedade. Diante de um quadro de aumento de demandas e redução de recursos, a administração pública deve priorizar a utilização eficiente e adequada dos recursos, sempre objetivando atender ao interesse coletivo (Fioreze, 2011, p. 262).

Para Meirelles, o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja realizada com presteza, rendimento funcional e perfeição (2015, p. 102).

Na doutrina de Di Pietro, o princípio da eficiência contempla dois aspectos: em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho de suas atribuições para a obtenção de melhores resultados; e no que tange ao modo de estruturar, organizar e disciplinar a administração pública, com o mesmo objetivo de atingir os melhores resultados na prestação do serviço público (2022, p. 98).

O primado da eficiência parece ser uma faceta de um princípio mais amplo tratado no Direito italiano: o princípio da boa administração (Mello, 2015, p. 126). O princípio da boa administração consiste em desenvolver a atividade administrativa do modo mais adequado, oportuno e congruente aos fins a serem alcançados, graças à escolha da ocasião e dos meios de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto (Falzone *apud* Mello, 2015, p. 126).

O Poder Judiciário brasileiro possui autonomia administrativa e é o único no mundo que detém autonomia financeira, garantias previstas no artigo 99 da Constituição Federal.

Em busca de maior publicidade, transparência e eficiência, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, criadora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e que instituiu a chamada Reforma do Judiciário.

O modelo utilizado pelo Brasil para a criação do Conselho Nacional de Justiça inspirou-se nos Conselhos Superiores da Magistratura de alguns dos Estados europeus, como Portugal, Espanha, Itália e França (Pedersoli, 2011, p. 48).

O Conselho Nacional de Justiça é a instituição responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, nos termos do artigo 103-B, §4º, da Carta compromissória. A competência do Conselho Nacional de Justiça abrange todos os Tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário (art. 92, I, CF).

O inciso I do artigo 103-B, §4º, do texto constitucional concedeu poder regulamentar ao CNJ, o poder de expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência ou recomendar providências.

Importante citar, em síntese, os princípios reitores das relações entre regulamento e lei, na classificação adotada por Clève: (i) princípio da primazia ou da preeminência da lei, o que significa que a lei é hierarquicamente superior ao regulamento, sendo que este não pode contrariar aquela (derrogação ou ab-rogação); (ii) princípio da precedência da lei, por meio do qual exige-se que o regulamento deve apontar a sua fundamentação legal, ou seja, a sua vinculação positiva à lei; (iii) princípio da acessoriedade dos regulamentos, pois são atos normativos dependentes e sujeitos à lei; (iv) princípio do congelamento da categoria, em que um ato normativo somente pode ser revogado por meio de outro ato normativo de igual ou superior qualidade formal; (v) princípio da identidade própria do regulamento, pelo qual as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria; (vi) princípio da autonomia da atribuição regulamentar em que a atribuição de expedir regulamentos encontra seu fundamento na própria norma constitucional; (vii) o princípio da colaboração necessária entre lei e regulamento de modo que o regulamento tenha caráter complementar e colabore no regramento de dispositivos não autoexecutáveis e; (viii) o princípio da autonomia da lei, pelo qual a lei não pode ficar condicionada à edição de regulamento (2020, p. 307-309).

O poder regulamentar deve estar subordinado aos princípios gerais do Direito, enquanto estes expressem os pensamentos jurídicos básicos do país, as ideias substanciais que animam e articulam o ordenamento em seu conjunto (Schwartz, 2023, p. 231).

Até 03.2024, o Conselho Nacional de Justiça expediu 549 (quinhentas e quarenta e nove) resoluções e 9 (nove) resoluções conjuntas.

Sobre o tema proposto, a Resolução nº 76/2009 inaugurou o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário Nacional – SIESPJ que tem entre os princípios norteadores a publicidade, a transparência e a eficiência e foi instituído com o fim de padronizar e consolidar os dados estatísticos judiciais. O ato normativo foi atualizado pela Resolução nº 326/2020 e pela Resolução nº 331/2020 que criou a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud[93] como fonte primária de dados do SIESPJ.

A Resolução nº 102/2009, alterada pelas Resoluções nº 151/2012 e nº 326/2020, regulamenta a publicação de informações referentes à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos Tribunais e Conselhos, como forma de transparência da gestão judiciária e por constituir valioso mecanismo de controle social.

A Resolução nº 215/2015 dispõe sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei nº 12.527/2011 na seara judiciária. Com a redação dada pela Resolução nº 389/2021, o artigo 2º do ato normativo preconiza que os órgãos judiciais e administrativos do Judiciário devem garantir às pessoas naturais e jurídicas o direito de acesso à informação, por meio de procedimentos ágeis e objetivos, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. O capítulo II do regulamento, que trata da transparência ativa, estipula no artigo 5º que a divulgação das informações de interesse geral, produzidas ou custodiadas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, deve ser realizada por meio dos respectivos sítios eletrônicos, independentemente de requerimento. O artigo 8º referente à transparência passiva impõe que o Poder Judiciário deverá zelar pela efetiva proteção dos direitos previstos na Lei de Acesso à Informação e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei nº 13.709/2018).

Em seguida, a Resolução nº 221/2016 foi editada com o intuito de instituir princípios de gestão democrática e participativa na elaboração das Metas Nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do CNJ.

A Resolução nº 260/2018 alterou a Resolução nº 215/2015 para instituir o Ranking da Transparência do Poder Judiciário, que tem por finalidade avaliar anualmente (artigo 42-A, §4º) o grau e a qualidade da informação que os Tribunais e Conselhos disponibilizam para a sociedade.

A Resolução nº 325/2020 estabelece a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o ciclo 2021-2026 e elenca a transparência e a eficiência como atributos de valor do Judiciário. O fortalecimento da relação institucional com a sociedade é um dos macrodesafios para o alcance da visão de futuro do Judiciário, de ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para o desenvolvimento do país e pacificação social.

Nesse ponto, a Portaria nº 59/2019 do CNJ regulamenta e estabelece procedimentos sobre a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, composta por representantes dos órgãos do Judiciário, que objetiva propor diretrizes relacionadas à Estratégia Nacional e alavancar a sua implementação, monitorar e divulgar os resultados. Entre as atribuições dos representantes dos Tribunais na Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário estão o assessoramento da Presidência do Tribunal na aprovação e execução da Estratégia Nacional do Judiciário e do Planejamento Estratégico do respectivo Tribunal; a representação do Tribunal nas discussões dos Comitês e Subcomitês Gestores do Segmento; a participação nas reuniões e encontros preparatórios para a discussão da Estratégia Nacional; a promoção de ações de sensibilização prévias aos processos participativos para manifestação de magistrados, servidores e, quando couber, da sociedade; e a coordenação dos processos participativos na formulação das Metas Nacionais do Poder Judiciário.

[93] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/. Acesso em: 07 mar. 2024.

Em sequência, a Resolução nº 333/2020 determinou a inclusão de espaço denominado Estatística na página principal dos *sites* dos órgãos do Poder Judiciário indicados nos incisos I-A a IV, VI e VII do artigo 92 da Carta da República.

Outra resolução importante do CNJ que coaduna com os princípios da publicidade e eficiência é a nº 444/2022, que instituiu o Banco Nacional de Precedentes[94] (BNP) para divulgação e consulta, por instituições e pelo público em geral, dos precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927[95] do Código de Processo Civil.

A Resolução nº 462/2022 criou a Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) para dispor sobre gestão estatística, gestão de dados e produção de pesquisas judiciárias.

No âmbito da judicialização da saúde, o CNJ editou a Resolução nº 479/2022, que regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus)[96], um banco de dados nacional que contempla notas técnicas e pareceres técnico-científicos alicerçados em evidências científicas, emitidos pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NatJus), para apoio das decisões judiciais.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu poder regulamentar, tem uma relevante função na unificação de procedimentos e sistemas, na definição de estratégias, no estímulo à inovação, entre outros aspectos que resultam na melhoria da prestação jurisdicional (Schwartz, 2023, p. 234).

2 O RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS

A Emenda Constitucional nº 45/2004 impôs ao Conselho Nacional de Justiça a atribuição de elaborar relatório estatístico semestral sobre processos e sentenças prolatadas pelos diferentes órgãos judiciais (artigo 103-B, §4º, VI) e relatório anual sobre a situação do Poder Judiciário no país e as atividades do Conselho (artigo 103-B, §4º, VII).

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça aprovado pela Resolução nº 67/2009 estabelece no artigo 4º, XII, a e b, que compete ao Plenário do CNJ a elaboração de relatório anual versando sobre a avaliação de desempenho de Juízos e Tribunais, com a divulgação de dados estatísticos sobre cada um dos ramos do sistema de Justiça nas regiões, no Distrito Federal e nos Estados, em todos os graus de jurisdição, discriminando dados quantitativos sobre movimentação e classificação processual, execução orçamentária, recursos humanos e tecnológicos, as atividades desenvolvidas e os resultados obtidos, bem como as providências que julgar necessárias para o desenvolvimento do Judiciário.

Diante de um cenário de excessiva judicialização, o Poder Judiciário tornou-se protagonista na resolução dos mais diversos tipos de litígios da sociedade para assegurar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. E, nesse ponto, a jurimetria é fundamental para a análise das estatísticas judiciais, indicadores de desempenho e dos caminhos a serem percorridos.

Para Hippert, a jurimetria contempla a aplicação de técnicas próprias do ramo da estatística para o contexto do Judiciário para predição, descrição e elaboração de diagnósticos (2023, p. 144).

A jurimetria se coloca justamente neste momento em que os árduos desafios enfrentados para o aprimoramento da prestação jurisdicional e o cumprimento do dever de eficiência impõem a intersecção do Direito com outras ciências capazes de agregar estrategicamente (Nogueira; Kanayama; Calixto, 2024, p. 90).

---

[94] Disponível em: https://pangeabnp.pdpj.jus.br/. Acesso em: 07 mar. 2024.

[95] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[96] Disponível em: https://www.pje.jus.br/e-natjus/index.php. Acesso em: 07 mar. 2024.

O Relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, é um exemplo prático de jurimetria e demonstra os principais indicadores de desempenho do Poder Judiciário brasileiro. A edição 2023 - ano base 2022 - revela que o Poder Judiciário está estruturado com 15.231 (quinze mil, duzentas e trinta e uma) unidades judiciárias distribuídas em solo brasileiro e que 89% da população brasileira reside em município-sede da Justiça Estadual. Em análise à malha territorial das comarcas brasileiras, verifica-se uma grande concentração das unidades judiciais na faixa litorânea do país, com distribuição esparsa nos estados da Região Norte e nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul (CNJ, 2023, p. 26-32). Em que pese o cenário delineado apresente ampla possibilidade de acesso à justiça, faz-se necessária a atuação da Justiça Itinerante, estimulada pelo CNJ por intermédio da Resolução nº 460/2022, notadamente nas regiões norte do país e nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Nessa perspectiva, a recente Resolução CNJ nº 508/2023 incumbe aos Tribunais a instalação, por meio de ações conjuntas com os demais ramos da jurisdição da localidade, de Pontos de Inclusão Digital (PID), que são espaços que permitem a realização de atos processuais por sistema de videoconferência e atendimento pelo Balcão Virtual inaugurado pela Resolução nº 372/2021, com a possibilidade de agregação de outros serviços públicos voltados à cidadania. A iniciativa tem o objetivo de maximizar o acesso à justiça nas cidades, aldeias, povoados e distritos que não são sedes de comarca ou unidade física do Poder Judiciário.

A pesquisa Justiça em Números 2023 também demonstra o alto grau de litigiosidade da sociedade brasileira. O acervo processual judiciário no fim de 2022 era de 81,4 milhões de processos em tramitação aguardando uma solução definitiva, ano em que ingressaram 31,5 milhões de demandas. Apesar da alta produtividade de magistrados, servidores e colaboradores, que resultou em 30,3 milhões de processos baixados em 2022 (CNJ, 2023, p. 92-93) e 33,5 milhões[97] em 2023, somente o uso da tecnologia, da inteligência artificial e de métodos alternativos de solução de conflitos poderá proporcionar mudanças significativas para a morosidade do sistema judicial, problema inerente aos sistemas de Justiça em âmbito global.

Os métodos adequados de solução de conflitos - como a mediação e a conciliação - podem ser mais bem utilizados para a desjudicialização e para iniciar uma mudança de cultura na sociedade, em que as pessoas consigam ter autonomia para a resolução das suas próprias contendas, sem que todo litígio seja encaminhado para apreciação judicial.

Na doutrina de Bacellar:

> Para que o Sistema Judiciário como um todo possa cumprir o seu papel com eficiência e em tempo razoável (nossa posição) deve ser reservado ao Poder Judiciário, fundamentalmente, causas mais significativas que exijam o controle da legalidade nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos.
>
> Todas as demais questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, relações convencionais conflituosas, dentre outras, podem encontrar melhor resolução por outros métodos que não o mecanismo público tradicional desenvolvido perante o Poder Judiciário (2016, p. 6).

O Índice de Conciliação – percentual de sentenças e decisões homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas - do Poder Judiciário em 2022 foi de 12,3% (CNJ, 2023, p. 192), o que permite a conclusão de que existe a possibilidade de efetiva melhora do índice de acordos por meio de uma melhor estruturação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) instituídos pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, bem como pela ampla divulgação da disponibilidade desses serviços à população.

Outro ponto que chama atenção são os gargalos da execução e a enorme quantidade de executivos fiscais pendentes no Poder Judiciário, que contabilizavam 27,3 milhões em 2022, com taxa de congestionamento de 88%, ou seja, de cada cem execuções fiscais em trâmite em 2022, apenas doze foram baixadas. Ainda, o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal baixado

[97] Estatísticas do DATAJUD – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário. Disponível em: https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html. Acesso em: 11 mar. 2024.

no Judiciário é de 6 anos e 7 meses (CNJ, 2023, p. 149-154). Diante disso e com base no julgamento do tema 1184[98] da repercussão geral pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 547/2024 visando tratamento eficiente na tramitação das ações fiscais com a possibilidade de extinção de execuções fiscais de valor inferior a dez mil reais quando do ajuizamento, em que não haja movimentação útil há mais de um ano. Registra-se que, inobstante o julgamento pela Corte Suprema, o ato normativo foi editado sem a existência prévia de lei autorizadora.

Cumpre destacar a relação entre processos eletrônicos e o tempo médio de tramitação processual. No final do ano de 2022, 87,6% dos processos em andamento no Judiciário eram eletrônicos. O tempo médio da tramitação processual eletrônica é de 3 anos e 5 meses, o que representa quase um terço do tempo de tramitação dos processos físicos (10 anos e 10 meses) (CNJ, 2023, p. 182-186). Assim, diante do atual grau de informatização do Judiciário, faz-se necessária a digitalização do acervo de processos físicos restante, em obediência à razoável duração do processo e ao acesso à justiça.

Fux afirma que, se a digitalização dos serviços judiciários era algo desejado, a insondável pandemia obrigou a aceleração da digitalização da Justiça. A Suprema Corte brasileira tornou-se a primeira Corte Constitucional Digital do mundo e foi criado o Laboratório de Inovação do STF (InovaSTF), diante da remodelação da gestão de tecnologias da informação do Tribunal (2022, p. 31).

O gerenciamento de fluxos de trabalho e a gestão por competência são questões que devem ser aperfeiçoadas pelas instituições públicas de modo a mapear processos, atribuir responsabilidades, desenvolver as habilidades dos colaboradores e aumentar a produtividade (Schwartz; Guilherme, 2023, p. 50).

O Relatório Justiça em Números 2023 contempla um capítulo sobre a atuação do Poder Judiciário para o cumprimento da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, uma agenda global de sustentabilidade, que tem como objetivos: (i) erradicação da pobreza; (ii) fome zero e agricultura sustentável; (iii) saúde e bem-estar; (iv) educação de qualidade; (v) igualdade de gênero; (vi) água potável e saneamento; (vii) energia limpa e acessível; (viii) trabalho decente e crescimento econômico; (ix) indústria, inovação e infraestrutura; (x) redução das desigualdades; (xi) cidades e comunidades sustentáveis; (xii) consumo e produção responsáveis; (xiii) ação contra a mudança global do clima; (xiv) vida na água; (xv) vida terrestre; (xvi) paz, justiça e instituições eficazes e (xvii) parcerias e meios de implementação (ONU, 2015).

O documento do CNJ também descreve o programa de transformação digital e a atuação inovadora do Judiciário, como por exemplo com a efetivação do Programa Justiça 4.0, do Juízo 100% Digital, dos Núcleos de Justiça 4.0, do Balcão Virtual e dos painéis de *business intelligence* (inteligência de negócios) com estatísticas processuais para a gestão judiciária.

Observa-se, portanto, que o Relatório Justiça em Números consiste em importante instrumento para a publicidade e para a avaliação da atuação do Poder Judiciário, com indicadores de desempenho que possibilitam traçar estratégias em busca da visão de futuro institucional[99].

3 METAS NACIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO

A Resolução nº 221/2016 instituiu princípios de gestão democrática e participativa para a elaboração das Metas Nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do CNJ. A gestão democrática e participativa é um método que enseja a possibilidade de magistrados, servidores e da própria sociedade de participar do processo decisório da formulação das metas do Judiciário e das políticas judiciárias.

A coordenação dos processos participativos na formulação das metas nacionais judiciárias é uma das atribuições dos representantes dos tribunais que integram a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, conforme previsto no artigo 5º, V, da Portaria nº 59/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

---

[98] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1355208/SC. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 19/12/2023.
[99] Artigo 1º, II e Anexo I, da Resolução nº 325/2020 do CNJ.

As Metas Nacionais do Poder Judiciário foram delineadas pela primeira vez no ano de 2009 e constituem importante ferramenta para controle e alcance dos objetivos institucionais. São definidas anualmente no Encontro Nacional do Poder Judiciário – ENPJ, evento organizado pelo CNJ que reúne a alta administração dos Tribunais brasileiros.

Para o ano de 2024, as Metas Nacionais aprovadas no 17º Encontro Nacional do Poder Judiciário são as seguintes: (i) julgar mais processos que os distribuídos; (ii) julgar os processos mais antigos; (iii) estimular a conciliação; (iv) priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra à administração pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais; (v) reduzir a taxa de congestionamento; (vi) priorizar o julgamento das ações coletivas; (vii) priorizar o julgamento dos processos dos recursos repetitivos; (viii) priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres; (ix) estimular a inovação no Poder Judiciário; (x) impulsionar os processos de ações ambientais e os processos relacionados aos direitos das comunidades indígenas e quilombolas; e (xi) promover os direitos da criança e do adolescente (CNJ, 2023).

A necessidade de informação das metas ao CNJ levou ao aperfeiçoamento dos sistemas de informática dos Tribunais e a contabilização das estatísticas de processos antigos que, em alguns casos, já estavam arquivados, porém não eram computados nos indicadores de produtividade do Judiciário.

A organização dos dados estatísticos também facilita a implementação de novas tecnologias e a utilização da inteligência artificial no aprimoramento do serviço público.

Em substituição ao antigo Selo Justiça em Números, o CNJ criou em 2019 o Prêmio CNJ de Qualidade, uma premiação que avalia e classifica os Tribunais brasileiros com base em quatro critérios: governança, produtividade, transparência, dados e tecnologia. Os Tribunais são classificados nas categorias excelência, diamante, ouro e prata, de acordo com a pontuação recebida quando da avaliação dos quatro critérios supracitados. Em 2023, o prêmio excelência foi recebido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul que obteve uma performance de 98,8% do total de critérios avaliados. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi o único tribunal estadual de grande porte a atingir o prêmio na categoria ouro em 2023.

Aceleraram-se os tempos e foram superadas resistências à mudança. Os desafios desse novo mundo interconectado e digital requerem a capacidade de gestão redobrada e a lógica do trabalho em equipe, com dinamismo, agilidade e flexibilidade (Toffoli, 2022, p. 74-75).

O sistema de Justiça deve servir como fonte de informação, por meio da transparência e da disponibilização de dados estatísticos confiáveis que revelem os problemas sistêmicos da sociedade, para a definição de rumos de atuação (Schwartz; Guilherme, 2023, p. 50).

CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais da publicidade e da eficiência impõem à administração pública uma atuação transparente e responsável em busca dos melhores resultados para a sociedade.

Observa-se que a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, criadora do Conselho Nacional de Justiça, foi de grande importância para todo o sistema de Justiça. O CNJ, por meio de sua atribuição regulamentar concedida constitucionalmente, impulsiona a transparência e a eficiência por meio da edição de atos normativos atinentes ao tema.

A Justiça contemporânea é cada vez mais demandada para a resolução de questões de grande complexidade, de natureza social, política, econômica, ética e cultural. A sociedade brasileira passou a cobrar, cada vez mais, uma Justiça eficiente, qualificada pela transparência (Toffoli; Kim, 2023, p. 102).

Os relatórios publicados e os instrumentos de avaliação de desempenho estabelecidos pelo CNJ, como o Relatório Justiça em Números e as Metas Nacionais, permitem a análise do

panorama judiciário atual e contribuem para a segura entrega da jurisdição ao cidadão brasileiro, fim máximo e motivo de existir do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Integração de competências e mudança de cultura para o desempenho das atividades de conciliador e mediador. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). **Conciliação e mediação: ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos Normativos.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 06 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Gestão Estratégica e Planejamento. Metas. **Metas Nacionais 2024.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/metas-nacionais-aprovadas-no-17o-enpj-1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Gestão Estratégica e Planejamento. Metas. **Sobre as Metas.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sobre-as-metas/. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Pesquisas Judiciárias. **Prêmio CNJ de Qualidade.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/premio-cnj-de-qualidade/. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Pesquisas Judiciárias. **Prêmio CNJ de Qualidade.** Resultados. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/premio-cnj-de-qualidade/resultados-premiocnj/. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Programas e Ações. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus). **Sistema e-NatJus.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/e-natjus/. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Sistemas. **Banco Nacional de Precedentes Integrado ao Sistema de Pesquisas de Precedentes (Pangea/BNP).** Disponível em: https://pangeabnp.pdpj.jus.br/. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Sistemas. **DATAJUD.** Base Nacional de Dados do Poder Judiciário**.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Início. Transparência e Prestação de Contas. **Ranking da Transparência.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/transparencia-cnj/ranking-da-transparencia/. Acesso em: 06 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2023.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 08 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus)**. Disponível em: https://www.pje.jus.br/e-natjus/. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Último acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 06 mar. 2024.

BRASIL**. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1355208/SC**. Tema 1.184 da repercussão geral. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19 de dezembro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6291425. Acesso em: 11 mar. 2024.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 865.401/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 25 de abril de 2018. Diário da Justiça, Brasília, 19 de outubro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392966/false. Acesso em: 05 mar. 2024.
CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Forense, 2022.
FIOREZE, Ricardo. Gestão processual: mecanismos de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 259-279, out./dez. 2011.
FUX, Luiz. Prefácio. In: **O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo**/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial – os impactos da crise do Judiciário na empresa: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça.** 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.
KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; SEGURA, Larissa Garrido Benetti; PÔRTO, Inês da Fonseca. O sistema de integridade e *compliance* no Poder Judiciário. In: **Sistema de integridade e Poder Judiciário: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux** / organizado por Larissa Garrido Benetti Segura; coordenado por Luiz Fernando Tomasi Keppen, Marcelo Zenkner. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Capítulo 7. Princípio da Transparência. In: **Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Wallace Paiva Martins Junior. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Tratado de direito administrativo; v. 1 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.
MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 41. ed. Colaboração Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
NOGUEIRA, Ramon de Medeiros; KANAYAMA, Rodrigo Luís; CALIXTO, Adriane Garcel Chueire. Jurimetria e principais indicadores do Judiciário paranaense. **Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD-PR.** Curitiba, v. 1, n. 21, p. 82-97, dez. 2023/jan. 2024. Disponível em: https://ejud.tjpr.jus.br/documents/d/ejud/7. Acesso em: 08 mar. 2024.
NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional [livro eletrônico].** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas Brasil. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel. Acesso em: 11 mar. 2024.
PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado** / Christiane Vieira Soares Pedersoli; prefácio de José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins; GUILHERME, Gustavo Chueire Calixto. Direito, ação e jurisdição: os desafios do sistema de justiça no pós-pandemia. In: **Direito, ação e jurisdição: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber** / organização Adriane Garcel, Júlio César Craveiro Devechi, Heloisa Bagatin Cardoso; coordenação Luiz Fernando Tomasi Keppen... [*et al.*]; prefácio Ministro Luís Roberto Barroso. Curitiba, PR: Ed. dos Autores, 2023.
SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins. **O Poder Regulamentar do CNJ.** 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.
TOFFOLI, José Antonio Dias. Inovação Tecnológica na gestão do sistema de Justiça. In: **O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo**/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
TOFFOLI, José Antonio Dias; KIM, Richard Pae. Políticas judiciárias transparentes, eficientes e responsáveis. **Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça.** Brasília, v. 7, n. 1, p. 99-108, jan. /jun. 2023.

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL À MODA PREVENTIVA

João José Custódio Da Silveira[100]

1 JUSTIÇA PREVENTIVA

Ainda é incipiente, no Brasil, a atenção com temas condizentes com a *gestão na justiça*, algo de todo diverso de estudos unicamente centrados na 'administração da justiça' ou 'gerenciamento processual', cujo foco principal desconsidera, no mais das vezes, as raízes da litigiosidade. É fato que não constitui seu escopo, mas tais agendas acabam merecendo grande atenção nos estudos judiciários e, ao fim e ao cabo, não apresentam resultados sensivelmente eficazes para a redução da litigiosidade ou aceleramento da prestação jurisdicional.

Reconhece-se a importância de trabalhos destinados ao aprimoramento do *gerenciamento processual*, tendentes a instigar nos magistrados a utilização de todo o instrumental disponível para "alcançar uma resolução justa, rápida e não dispendiosa do litígio";[101] tributa-se idêntico respeito aos estudos sobre *governança judicial*, aí incluídos os temas de administração e organização judiciária.[102] Ocorre que a premissa subjacente a tais conceitos é sempre a de tratamento do conflito, passando ao largo da ideia de investigar mais a fundo suas causas a fim de forjar ferramentaria adequada para antecipar-se à sua eclosão.

Invariavelmente, a busca pela 'eficiência judicial' aposta na obtenção de fórmulas capazes de remediar lides de maneira célere, ministrando indiscriminadamente o tratamento 'processo adversarial'. Descobertas de soluções hábeis a prevenir litígios não passam de fortuitos bem-vindos nos estudos judiciários, havendo pouco incentivo à sua compreensão cuidada e ao seu desenvolvimento.

Não é diferente no espaço legislativo. Mesmo em atualizadas codificações processuais, prevalece a inventividade de acelerações procedimentais voltadas a desbaratar contendas judicializadas em detrimento da percepção de que o problema da litigiosidade merece estudos de raiz.[103] Já no campo do direito material, o que se vê é a positivação de regras de conduta sem preocupação com a potencialidade conflitual que possam gerar.

Ocorre que já é tempo de reconhecer a insuficiência do modelo processual adversarial, bem assim a parcial valia dos incensados meios alternativos à solução de conflitos para absorver a demanda de litigiosidade em curso. Refrear sua expansão e procurar retrocedê-la parece mais inteligente do que pesquisar novas fórmulas para que a estrutura existente possa atendê-la, tanto do ponto de vista econômico quanto social.

Em razão dessas considerações, promoveu este autor, em âmbito acadêmico, reflexões e proposições de caráter preventivo para a *Gestão da Justiça*, sugerindo fórmulas de tratamento

---

[100] Magistrado, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura.

[101] MATOS, José Igreja. 'A gestão processual: um radical regresso às origens', **in:** *Revista Julgar,* n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. 2010, p. 123. Na mesma publicação vale a conferência de: LOPES, José Moura. 'Gestão processual: tópicos para um incremento de qualidade da decisão judicial', p. 139-150; TEIXEIRA, Paulo Duarte. 'A estratégia processual: da arte da guerra à fuga para a paz', p. 151-174.

[102] Nesse sentido, vale o destaque para alguns estudos, nomeadamente acerca da (re)organização judiciária em Portugal: COELHO, Nuno. 'A reorganização judiciária e as profissões da justiça', in: Revista Julgar n. 13. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. 2011, p. 29-44; MOREIRA, Rui. 'Organização judiciária (a necessária reforma e as suas diferentes leituras), **in:** Reforma da organização judiciária. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 47-64 (ainda, no mesmo periódico: AFONSO, Orlando. 'Apontamentos sobre organização judiciária', p. 19-28; PAIVA, José Ferreira Correia de. 'Organização Judiciária', p. 39-48).

[103] "A maioria desses problemas, contudo, não será resolvida por alterações legislativas, pois constituem questões que podem ser objeto de melhorias na gestão administrativa, ou por fiscalização e controle" (FERREIRA, Ivette Senise. A administração da justiça e seu controle. São Paulo: Informativo IASP, nov.-dez. 2010, p. 05).

adequado para a litigiosidade que possam impedir a eclosão de novos conflitos ou diminuir sua judicialização.[104] Frise-se, sempre sob os contornos do respeito à garantia de acesso à justiça.

Não se trata apenas de acurar para as dificuldades financeiras do Estado moderno, cujas responsabilidades sociais exigem cada vez mais uma administração eficiente e enxuta, inclusive na dimensão judiciária. E mesmo na abundância de recursos, soa evidente que a insistência no modelo tradicional de jurisdição por meio da hipertrofia de órgãos jurisdicionais, sobretudo com a diminuição no custo ao seu acesso, ainda destravará uma litigiosidade contida,[105] ora refreada pelo senso comum de morosidade e por aspectos socioeconômicos.

Cuida-se de aceitar que o conflito é inerente às relações interpessoais, mas seu desenlace não pode depender ou aguardar unicamente por uma atuação sanativa – e impositiva – do estado juiz, por mais célere e justa que possa ser. Pensar em termos preventivos significa auscultar raízes dos conflitos e causas de proliferação dos processos judiciais com o fito de conceber fórmulas capazes de evitá-los ou diminuir sua incidência. De certa forma, aplicar à Justiça preceitos de gestão preventiva utilizados de há muito em outras atividades estatais de semelhante estatura, como saúde, educação ou segurança pública.[106]

2 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL PERSPECTIVADA PELA PREVENÇÃO

Medidas de índole preventiva podem ser qualificadas como aquelas destinadas a "evitar o aparecimento de litígios ou ajudar a resolvê-los numa fase precoce".[107]

Sob o ponto de vista do serviço justiça, a prevenção contra seu imoderado consumo não quer significar a imposição de obstáculos à garantia constitucional de acesso jurisdição, mas a pesquisa por instrumentos e medidas capazes de racionalizá-la.

Nessa empreitada, destacam-se duas dimensões basilares: de um lado, a prevenção de conflitos propriamente dita, colorida por iniciativas capazes de identificar e eliminar potenciais focos beligerantes; de outro, à vista de dissensões instaladas, evitar o quanto possível sua judicialização por meio de soluções alternativas ou desestímulos. Aqui o suave encaixe da Justiça Constitucional quando atua seu mister de cristalizar a melhor solução para conflitos oriundos de incertezas na interpretação da Constituição.

Tomando proveito da interdisciplinaridade extraível da denominada 'Teoria dos Jogos', pode-se dizer que o conhecimento antecipado (*anticipation*) é fator determinante para o engajamento ou não no jogo.[108] Justo por isso, potencializar a previsibilidade no ordenamento jurídico

---

[104] SILVEIRA, João José Custódio da: *Justiça preventiva: um novo paradigma para a redução da litigiosidade e da judicialização*. São Paulo: Portal Livros Abertos da Universidade de São Paulo, 2024. Disponível em: https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1306.

[105] Na feliz expressão de Kazuo WATANABE ('Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas', in *Juizado Especial de Pequenas Causas* (coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2.

[106] Vale também tomar proveito da visão diplomática, que enfatiza a prevenção como instrumento de grande valia na abordagem de conflitos internacionais, firme na convicção de detectar e trabalhar hostilidades ao início como meio de evitar opções de força quando aberta a escalada conflituosa "A prevenção de conflitos está, por isso, a afirmar-se progressivamente como uma forma de acção privilegiada da comunidade internacional, particularmente das Nações Unidas. Procura-se evoluir de uma cultura de reacção a conflitos armados e confrontações violentas para uma estratégia de passos activos visando evitar a sua eclosão" (MONTEIRO, António. 'As Nações Unidas e a Prevenção de Conflitos', **in** *Revista Nação e Defesa,* n. 95/96 – 2ª série, Instituto de Defesa Nacional. Lisboa: Europress, outono-inverno de 2000, p. 57).

[107] Aqui a referência de estudo produzido pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, a versar administração e gestão da justiça. Embora breve a nota sobre prevenção, identifica como potenciais medidas: a) maior divulgação da legislação no intuito de conscientização coletiva, disponibilização efetiva de serviços consultivos na área jurídica, principalmente em prol daqueles com recursos financeiros limitados; c) promoção de avaliadores neutrais, capazes de conhecer do conflito e promover uma avaliação não vinculativa que serviria de base para um acordo. Naturalmente por não ser o principal objeto da pesquisa, o tema não merece maiores evoluções, em especial com indicativos de meios hábeis a materializar tais medidas (GOMES, Conceição [coord.]. *A administração e gestão da justiça – análise comparada das tendências de reforma,* policópia. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, novembro de 2001, p. 81-82).

[108] Cf. NASH, John F. 'The bargaining problem', in *Econometrica*, v. 18, n. 2. New York: The Econometric Society, april-1950, p. 156.

pode constituir ferramenta de suma importância para refrear a judicialização de conflitos.[109] Vale dizer, na medida em que a sedimentação de entendimento nos tribunais superiores antecipa a futuros contendores o mais provável desfecho para uma demanda judicial, desestimula sua materialização – consciente o pretenso detentor do direito acerca de seu equívoco – ou incentiva a autocomposição extrajudicial – compreendendo o violador do direito sua falta de razão e possíveis efeitos negativos na hipótese de ajuizamento.

Trata-se de compreender a utilização nobre da sistemática de precedentes jurisprudenciais não apenas para a resolução de ações em curso, mas, acima de tudo, como meio didático de convencimento sobre a inocuidade de postulações que contrariem a orientação sedimentada na Corte.[110] Amplifica seu potencial persuasivo, ademais, pensar que o conhecimento sobre a orientação das Cortes possa transcender a comunidade jurídica e aproximar-se da coletividade, ainda que os estreitos lindes deste estudo não permitam digressões sobre os meios aptos àquela finalidade de disseminação de conhecimento.

Outra consideração relevante diz com a potencialidade de readequar o número de demandas submetidas ao Poder Judiciário por seu maior consumidor, qual seja, o setor público.[111] Levando em conta que as ações propostas e suportadas circulam em torno de temas recorrentes, grande parte derivada de interpretações controversas sobre diplomas legislativos à luz da Constituição Federal, ações constitucionais (diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, por exemplo) devem servir como instrumento de extrema valia na obtenção de soluções vinculativas das esferas públicas, com reflexo imediato para arrefecer a reiteração de ações versando benefícios previdenciários, incidência de tributos e inúmeros outros temas rediscutidos à exaustão em demandas individuais.

Embora haja resistência em alguns ordenamentos jurídicos, que recusam a vinculação da administração pública a precedentes judiciais sob o argumento de estar aquela balizada exclusivamente pelo princípio da legalidade,[112] vale lembrar que a hipótese é expressamente prevista na Constituição Federal brasileira, conquanto a utilização efetiva do mecanismo ainda se mostre aquém das expectativas do legislador constituinte.[113]

Não se trata de defender o mecanismo de vinculação vertical dos órgãos jurisdicionais às Cortes Constitucionais como chave para travar insegurança ou imprevisibilidade que possam acossar o sistema judicial, até porque um descompromissado e empírico comparativo entre sistemas puros de *common law* e *civil law* demonstra que dessa escolha não depende a percepção de segurança jurídica em maior ou menor grau (v.g., sistema inglês e sistema alemão). Em verdade, tal predicado eflui da qualidade e da confiabilidade das decisões de um Judiciário que leve a sério seu mister de concretizar a Constituição e orientar a aplicação da lei em conformidade com seus ditames.[114]

São preliminares considerações sobre a força da Justiça Constitucional como fonte preventiva da eclosão e mesmo judicialização de conflitos, prestigiada, ademais, por recentes emendas constitucionais e diplomas processuais brasileiros.

---

[109] Cf. SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos (coord). *Demandas judiciais e morosidade da justiça civil.* Relatório de Pesquisa da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: 2011, p. 10.

[110] Michael J. GERHARDT refere dez funções elementares dos precedentes, das quais se destaca a viabilização do diálogo e a educação como tangíveis à linha ora defendida de caráter preventivo ('The Multiple Functions of Precedent', in *The power of precedent,* (acesso online). Oxford: Oxford Scholarship Online, 2008, passim).

[111] Os relatórios sequencialmente produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro demonstram que o setor público sempre foi e continua sendo, na liderança isolada, o maior litigante (cf. relatórios pormenorizados dos 100 maiores litigantes no sítio eletrônico do Órgão).

[112] Cf. SASTRE, Silvia Díez. 'El precedente administrativo – concepto y efectos jurídicos', in *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo,* VALIM, Rafael, OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e DAL POZZO, Augusto Neves (*coord.)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 264).

[113] Art. 102, § 2º, CF: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[114] NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. '*Stare decisis* VS direito jurisprudencial', in *Novas tendências do processo civil,* coords. FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; NUNES, Dierle {et al}. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013, p. 486.

3 A DISSUASÃO PREVENTIVA NA SISTEMÁTICA BRASILEIRA DOS PRECEDENTES

A opção pelo desenvolvimento de mecanismos vinculativos das instâncias inferiores a determinadas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, nomeadamente Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, recusa tradução como singela guinada ao sistema da *Common Law*.[115] Não se trata, à evidência, de sobreposição paciente de julgados à estratificação de um posicionamento que será irradiado aos demais órgãos jurisdicionais.[116]

Uma das razões invocadas para a introdução paulatina da sistemática de precedentes na Constituição Federal e na codificação processual civil partiria da constatação de que o desmedido individualismo do juiz, escorado nos dogmas da liberdade de convencimento e julgamento, estaria a corroer os imprescindíveis predicados de segurança e previsibilidade do ordenamento jurídico.[117] E muito embora a análise da pertinência de tal câmbio não seja o mote desta narrativa, firma-se posição favorável a ideias capazes de evitar distorções oriundas do descompromisso individual com uma visão sistemática da prestação jurisdicional.[118]

Noutro aspecto, também já se pontuou de maneira pragmática que aceitar "a mecânica consistente em se cometer efeito vinculante às decisões do Excelso Pretório, a par de bloquear o reiterado ingresso de casos similares a já apreciados e matérias decididas por consenso dos ministros julgadores, tem por finalidade desanuviar o Poder Judiciário".[119]

Seja qual for o verdadeiro intuito da uniformização de entendimentos nas Cortes à guisa de vincular os demais órgãos jurisdicionais, designadamente em primeira instância, importa reconhecer o potencial didático dos precedentes como forma de evitar a proliferação de discussões repetitivas sobre temas já sedimentados. E ainda que não seja factível estender sua compreensão à população, o endurecimento das decisões judiciais por meio da imposição de penalidades processuais desestimulará a litigância temerária – na postulação ou na defesa frontalmente desrespeitosas a precedentes consolidados.

Um exemplo paradigmático pode representar o potencial de ganhos preventivos com a institucionalização da sistemática em lume. Todavia, serve igualmente para evidenciar a responsabilidade das Cortes na identificação e julgamento céleres de casos cuja repetição possa engripar a máquina judiciária.

Durante quase duas décadas, milhares de ações tramitaram em torno do debate sobre aplicabilidade imediata ou necessidade de lei complementar para estipulação limitativa da taxa de juros reais, ao sabor das mais diversas interpretações conferidas a dispositivo da Constituição Federal Brasileira de 1998. Em junho de 2008, quase vinte anos após a promulgação da Carta, o Supremo Tribunal Federal encerrou de vez a questão, editando súmula vinculante a respeito.[120]

---

[115] Também Cassio Scarpinella BUENO recusa a ideia de que estaria em curso uma 'migração' do direito brasileiro na direção da *common law* (*Novo código de processo civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 567).

[116] Mormente considerando que, na Common Law, "a ideia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas" (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA,* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53). Nossa edificação codificada persiste intacta, tratando-se mesmo de introduzir mecanismo de convergência interpretativa em prol da previsibilidade do sistema, requisito imprescindível ao selo de segurança jurídica.

[117] Rememore-se que o sistema norte-americano, forte nas premissas da common law, aposta na aplicação do stare decisis como pedra fundamental para edificar a previsibilidade nas decisões e estabilidade do sistema (MIRANDA, Tássia Baia. 'Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano', in Revista da AJURIS, v. 34, n. 106. Porto Alegre: Ajuris, junho de 2007, p. 260).

[118] Na dura, porém certeira afirmação de Luiz Guilherme MARINONI, a objeção de interferência no livre convencimento e liberdade de julgar constituiria "grosseiro mal-entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo" (Precedentes obrigatórios, 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64-65).

[119] CAGGIANO, Monica Herman Salem. 'Reforma do Judiciário - Aspectos Polêmicos da E.C. n 45/2004', Centro de Estudos Politicos e Sociais, v. 5: São Paulo, CEPES, p. 185-195, 2005.

[120] STF, *Súmula Vinculante n. 7*: "A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar".

Doravante, acredita-se que a sistemática de precedentes adotada no ordenamento jurídico brasileiro possa colaborar para uma atuação preventiva mais firme e eficaz da Justiça Constitucional, identificando e eliminando focos de dubiedade sobre a interpretação de dispositivos constitucionais capazes de gerar uma multiplicidade de ações judiciais.

Mas diante dessa nova realidade na estrutura processual brasileira, prudente o alerta aos operadores do direito quanto à necessidade de compreender melhor conceituações sobre temas avizinhados, conquanto diversos em substância, tais como 'precedentes' e 'jurisprudência' – este, usual até então, aquele, novel.[121]

ÚLTIMAS PALAVRAS

Eis um rascunho preliminar de ideias matizadas pelas tonalidades da *prevenção* e do *desestímulo à judicialização* de conflitos. Gravitam em torno de um núcleo bem definido: a mudança do paradigma da prestação jurisdicional como instrumento exclusivo à solução de litígios para um viés de antecipação e macrovisão com foco em suas causas. A consecução do objetivo, para além do desenvolvimento de propostas à otimização de sistemas processuais, administração/gerenciamento judiciais ou mesmo mecanismos alternativos de autocomposição, leva em conta o potencial da Justiça Constitucional para evitar a profusão ou inibir a reiteração de demandas repetitivas.

Como se vê, vincado o cercamento inerente à formatação deste breve ensaio, que destaca a utilização cuidada da sistemática dos precedentes como um entre inúmeros mecanismos voltados à prevenção de litígios – ventilados em estudo acadêmico de fôlego que vem sendo desenvolvido por este autor na Universidade de Lisboa –, sobreleva o papel da Justiça Constitucional ao definir e sedimentar a melhor interpretação da Carta como meio de *desincentivar a judicialização* e *prevenir o surgimento de conflitos*.

Na primeira vertente, expor o entendimento consolidado das Cortes de maneira inibidora para lides temerárias voltadas à sua rediscussão. Na segunda, definir de maneira clara a superior interpretação de dispositivos constitucionais no intuito de estabelecer nortes de conduta, sobretudo à Administração Pública, para seu cumprimento voluntário.

Entrementes, é possível avançar ainda mais, aderindo uma reflexão final para densificar a atuação preventiva da Justiça Constitucional.

No Brasil, de cada dez leis submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, seis são consideradas inconstitucionais.[122] O problema é que, anteriormente aos julgamentos, tais diplomas legais já cuidaram de produzir incontáveis demandas motivadas por sua ofensa inconstitucional a direitos.

Segue daí a pertinência em cogitar-se a instituição de mecanismos que viabilizem à Corte uma fiscalização prévia, capaz de evitar os efeitos nocivos de legislação cuja inconstitucionalidade seria fatalmente reconhecida em Ação Direta, antecipando-se à gestação de inúmeras demandas judiciais. A ideia não é inédita, vicejando experiências de ordenamentos estrangeiros que podem servir de base ao aperfeiçoamento da sistemática brasileira; a propósito, o *Conseil Constitutionnel* francês (art. 61, da Constituição Francesa), há muito, opera crivo preventivo, assim como o Tribunal Constitucional português, em sua fiscalização preventiva (arts. 278º e 279º, da Constituição Portuguesa).[123-124]

Em suma, ante o fenômeno genericamente denominado 'crise da justiça', mais importante do que redobrar esforços voltados à aceleração e qualificação dos julgamentos, quadra

---

[121] Vale o recurso à Michele TARUFFO para relembrar a dificuldade em discernir posicionamento predominante na 'jurisprudência', bem assim o cuidado ao listar o 'precedente' na aplicação a casos sucessivos ('Precedente e giurisprudenza', in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, v. 61, fascicolo 3, 2007, passim).
[122] Cf. *Anuário da Justiça 2015.* Brasília: Ed. Conjur, 2015.
[123] Cf. Jorge Reis NOVAIS, Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 244.
[124] Cf., também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 978.

readequar o foco para iniciativas capazes de estancar o exponencial surgimento e a massiva judicialização de conflitos. Uma novel visão para equalizar *acesso à justiça* e *prestação jurisdicional célere e qualificada*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Orlando. 'Apontamentos sobre organização judiciária', *in Reforma da organização judiciária – instrumentos de racionalização do trabalho dos juízes,* Conselho Superior da Magistratura Português. Coimbra: Coimbra Editora, p. 19-29.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). *O livre arbítrio,* trad. António Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1986.

AMARO, António Duarte. 'O socorro em Portugal: mudança de perspectiva', *in Revista de Direito e Segurança,* n. 1. Lisboa: Instituto de Direito Público, janeiro-julho de 2013, p. 9-36.

BARBAS HOMEM, António Pedro. *O espírito das instituições.* Coimbra: Edições Almedina, 2006.

BARBAS HOMEM, António Pedro. 'O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal', in *O perfil do juiz na tradição ocidental,* org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 53-70.

BRANCO, José António. 'De Kronos às Horai', *in Revista do CEJ, n. 10.* Coimbra: Almedina, 2º semestre de 2008, p. 347-362.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

BURGSTALLER, Mark. *Theories of compliance with internacional law.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. 'Reforma do Judiciário - Aspectos Polêmicos da E.C. n 45/2004', *Centro de Estudos Politicos e Sociais*, v. 5: São Paulo, CEPES, p. 185-195, 2005.

CAMPOS, Francisco Carlos Cardoso de; FARIA, Horácio Pereira de; SANTOS, Max André dos. *Planejamento e avaliação das ações em saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Nescon/UFMG, Coopmed, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica,* trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais,* reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. *Imperiaes Resoluções – Tomadas sobre consultas da secção de justiça ao Conselho de Estado,* v. I. Rio de Janeiro: B.L. Garnier Livreiro Editor, 1884.

COELHO, Nuno. 'A organização dos tribunais e juízes', in *O perfil do juiz na tradição ocidental,* org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 347-401.

COELHO, Nuno. 'A reorganização judiciária e as profissões da justiça', in *Revista Julgar n.* 13. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. de 2011, p. 29-44.

CONJUR, *Anuário da Justiça 2015.* Brasília: Ed. Conjur, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – 2013, ano base 2012.* Brasília: CNJ, 2013 (http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf).

DAUER, E. A. and NYHARD, J. D. 'Dispute Resolution and Preventive Law: A Reply to Professor Brown', v. 1986. Journal of Dispute Resolution by an authorized administrator of University of Missouri School of Law Scholarship Repository, p. 01/04 (http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1986/iss/6, Acesso em: 01 set.2014).

EDER, Klaus. 'Taming risks though dialogues: the rationality and funcionality of discursive institutions in risk society', *in Risk in the modern age – social theory, science and environmental decision-making,* edited by COHEN, Maurie J. New York: St. Martins Press, 2000, p. 225-250.

FERNANDES, Plácido Conde. 'Justiça e *media:* legitimação pela comunicação, *in Revista do CEJ, n. 10.* Coimbra: Almedina, 2º semestre de 2008, p. 311-346.

FERREIRA, Ivette Senise. *A administração da justiça e seu controle.* São Paulo: Informativo IASP, nov. -dez. 2010, p. 04-05.

FIALHO, António José. 'Simplificação e gestão processual', in *Regime processual civil experimental – simplificação e gestão processual,* coord. BRITO, Rita. Coimbra: CEJUR, 2008, p. 54-82.

GERHARDT, Michael J. "The Multiple Functions of Precedent', in *The power of precedent*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2008, p. 1-26.

GOMES, Conceição [coord.]. *A administração e gestão da justiça – análise comparada das tendências de reforma,* policópia. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, novembro de 2001.
GOUVEIA, Mariana França (coord.), [et al]. *Justiça económica em Portugal,* v.. II/III. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.
GRAES, Isabel. *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*. Lisboa: AAFDL, 2014.
HABERMAS, Jürgen. *A transformação estrutural da esfera pública – Investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa.* Trad. Lumir Nahodil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social.* Curitiba: Juruá, 2011.
JOERGES, Christian. 'Compliance research in legal perspectives', *in Law and governance in postnacional europe,* co-editor ZÜRN, Michael. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 218-261.
KÔROKU, Tonia Yuka. *O sistema judiciário japonês.* São Paulo: USP, 2005. Tese de doutoramento apresentada à FADUSP.
KUHN, Thomas S. *The structure of scietific revolutions,* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
LOPES, José Moura. 'Gestão processual: tópicos para um incremento de qualidade da decisão judicial', *in Revista Julgar,* n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. 2010, p. 123-138.
LOURENÇO, Paula Meira. 'The portuguese system of control over the profession of enforcement agent, in compliance with criteria defined by the the european commission for the efficiency of justice', in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* v. 1, org. Armando Marques Guedes [et al]. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1119-1136.
LOURENÇO, Nelson. 'Globalização, metropolização e insegurança: América Latina e África', in *Revista de Direito e Segurança,* n. 1. Lisboa: Instituto de Direito Público, janeiro-julho de 2013, p. 87-116.
LUHMANN, Niklas. *Law as a social system,* trad. Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.
LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento,* trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios,* 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
MATOS, José Igreja. 'A gestão processual: um radical regresso às origens', in *Revista Julgar,* n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. 2010, p. 123-138.
MENDES, Luís Azevedo. 'Uma linha de vida: organização judiciária e gestão processual nos tribunais judiciais', in *Revista Julgar,* n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro-abril de 2010, p. 105-121.
MENDES, Luís Azevedo. 'A organização dos tribunais e os juízes', in *O perfil do juiz na tradição ocidental,* org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 415-428.
MIRANDA, Tássia Baia. '*Stare decisis* e a aplicação do precedente no sistema norte-americano', *in* Revista da AJURIS, v. 34, n. 106. Porto Alegre: Ajuris, junho de 2007, p. 259-292.
MONTEIRO, António. 'As Nações Unidas e a Prevenção de Conflitos', in *Revista Nação e Defesa,* n. 95/96 – 2ª série (Instituto de Defesa Nacional). Lisboa: Europress, outono-inverno de 2000, p. 55-67.
MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia.* Trad. Roberto Leal Ferreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
MOREIRA, Rui. 'Organização judiciária (a necessária reforma e as suas diferentes leituras), in *Reforma da organização judiciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 47-64.
NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. '*Stare decisis* VS direito jurisprudencial', in *Novas tendências do processo civil,* coords. FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; NUNES, Dierle {et al}. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013, p. p. 485-514.
NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
PAIVA, José Ferreira Correia de. 'Organização Judiciária', *in Revista Julgar n.* 13. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr. 2011, p. 39-48.
PEREIRA JR., Ricardo. 'O centro judiciário de solução de conflitos e cidadania de São Paulo', in *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça,* coord. SILVEIRA, João José Custódio e AMORIM, José Roberto Neves. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 267-312.
PEREIRA, Marivaldo de Castro. 'É preciso aprofundar a reforma do sistema de justiça', in Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 27 de dezembro de 2010 - http://www.conjur.com.br/2010-dez-27/retrospectiva-2010-preciso-aprofundar-reforma-sistema-justica, acesso em 31/07/2014.

PESSOA DE MELLO, Bellarmino Braziliense. *Imperiaes Resoluções – sobre consultas da secção de justiça do Conselho do Estado,* V. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1877.
RANGEL JR., Hamilton. *Princípio da moralidade institucional.* São Paulo: USP, 2000. Tese de doutoramento apresentada à FADUSP.
RIBEIRO, Helena Mesquita. 'Organização dos tribunais e juízes', *in O perfil do juiz na tradição ocidental,* org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 403-413.
SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. 'O moderno conceito de acesso à Justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos – A mediação e a escolha do mediador', *in Revista Forense, v. 376.* Rio de Janeiro: Forense, novembro-dezembro de 2004, p., 95/108.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o Político na Pós-Modernidade.* Porto: Edições Afrontamento, 1997.
SASTRE, Silvia Díez. 'El precedente administrativo – concepto y efectos jurídicos', *in Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo,* VALIM, Rafael, OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e DAL POZZO, Augusto Neves (*coord.).*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 263-294.
SCHWARZER, William W., 'Os elementos de gestão processual – um guia de bolso para juízes', *in Revista Julgar,* n. 19. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro-abril de 2013, p. 189-206.
SILVA, Paula Costa e. 'Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS', *in Revista de Informação Legislativa,* n. 190. Brasília: Senado Federal, abril-junho de 2011, p. 137-150.
SILVEIRA, João José Custódio e AMORIM, José Roberto Neves (coord). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA,* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil.* Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.
TEIXEIRA, Paulo Duarte. 'O poder de gestão no processo experimental', *in Regime processual civil experimental – simplificação e gestão processual,* coord. BRITO, Rita. Coimbra: CEJUR, 2008, p. 09-52.
TEIXEIRA, Paulo Duarte. 'A estratégia processual: da arte da guerra à fuga para a paz', in *Revista Julgar,* n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, jan-abr, 2010, p. 123-138.
TREVES, Renato. *Sociologia del diritto – origini, ricerche, problemi,* 3. ed. Torino: Giulio Einaudi, 1988.
TUNC, André e Suzanne. *Le droit des états-unis d'amérique – sources et techniques.* Paris: Libraire Dallos, 1955.
VIAL, Marilza Salete. "O perfil dos parlamentares da Câmara dos Deputados - Quadro comparativo da 48ª com a 52ª Legislatura". Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados (http://bd.camara.gov.br), 2007.
WATANABE, Kazuo. Kazuo WATANABE ('Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas', in Juizado Especial de Pequenas Causas (coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
WATANABE, Kazuo. 'Acesso à Justiça na sociedade moderna', *in* Participação e processo, org. GRINOVER, Ada Pellegrini {et al}. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A "ESSÊNCIA" DO ESTADO MODERNO SOB A PERSPECTIVA DE ARISTÓTELES: LIMITES E DIREÇÃO DE REFORMAS NO ESTADO.

Glaucio Francisco Moura Cruvinel[125]

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do estado não se deu de modo uniforme e homogêneo ao longo dos séculos. Tampouco erigiram-se estruturas similares em todas as formações existentes. Coexistiram e coexistem ditaduras e democracias; repúblicas e monarquias; Estados Federados e Estados Unitários. Enfim, as formas de organização e estruturação do Estado são variadas e não há qualquer argumento que indique a necessidade de uniformização dessas estruturas.

A variedade de formas e modos de organização, entretanto, não retira a classificação da entidade como estado. Pode-se, assim, denominar tanto a República Popular Democrática da Coreia quanto o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte; tanto a República de Cuba quanto a República Federativa do Brasil como estados. Encontrar o que há de comum, ou essencial, em todas essas estruturas denominadas "estado" é o objetivo do presente trabalho.

Utilizar-se-ão, para tanto, noções de essência e acidente tratadas por Aristóteles. A compreensão de essência, em Aristóteles, contribuirá para definição do Estado, da identificação de *o que é* o Estado, sua substância, seus predicados universais. Para o autor: "*A propriedade essencial é a atribuída a alguma coisa em contraste com tudo o mais, e que distingue uma coisa de tudo o mais (...) A propriedade permanente é aquela que é verdadeira em todo o tempo e que é infalível*" (2019, p. 462).

Com a identificação dos elementos essenciais do Estado, se terá, por exclusão, os elementos acidentais, que seriam aqueles que, embora prediquem (qualifiquem) o sujeito (no caso o Estado), sua ausência não o descaracteriza. Em outras palavras, ausente um dos elementos acidentais, o Estado continua sendo qualificado como tal. Nas palavras do autor grego:

> O acidente é aquilo que, não sendo nem definição, nem propriedade, nem gênero, ainda assim tem pertinência com a coisa. Ademais, é alguma coisa que pode se aplicar ou não se aplicar a qualquer coisa particular (2019, p. 375).

A identificação de elementos acidentais e essenciais da estrutura social e jurídica nominada como Estado é importante para compreensão de eventuais reformas a serem operacionalizadas, seus limites, bem como das funções das várias estruturas existentes nos órgãos estatais e suas ramificações, já que *"conhecer a essência de uma coisa é o mesmo que conhecer sua causa"* (Aristóteles, 2019, 333).

1 NOÇÕES DE ESSÊNCIA E ACIDENTE PARA ARISTÓTELES

Essência e acidente são conceitos fundamentais em Aristóteles. O autor trata do tema em diversas obras, com destaque para as obras "Órganon" e "Metafísica". Encontrar a essência de determinado objeto, de determinada coisa é fundamental para defini-la, para individualizá-la.

Antes de se falar em essência ou acidente, deve-se compreender as *categorias*, ou *tópicos*, que são estudo sobre a classificação dos predicados. Aristóteles as divide em dez: *"essência[126], quantidade, qualidade, relação, espaço, tempo, posição, estado, ação, paixão."* (2019, p.

[125] Juiz de Direito no Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVEL – Cascavel/PR. Mestrando em direito empresarial e cidadania pela UNICURITIBA.

[126] Nota constante no livro: "... τι εστί... (tí esti), *o que é,* o mesmo que ουσία (oysía), substância. (...)".

379). A compreensão dessa classificação é necessária para entendimento do que é trazido sobre essência e acidente na obra Metafísica:

> Temos que indagar se a essência é idêntica à coisa particular, ou diferente, o que se revelará proveitoso à nossa investigação sobre a substância, já que se considera que uma coisa particular não é distinta de sua própria substância e se diz que a essência é a substância de cada coisa. Nas predicações acidentais, com efeito, a própria coisa pareceria ser diferente da essência (2020, p. 189).

Tomás de Aquino comenta o estudo de Aristóteles, e auxilia a compreensão de essência. O Monge italiano diz que a essência é a própria natureza da coisa:

> Pois, a coisa não é inteligível senão pela sua definição e sua essência; e, deste modo, o Filósofo também diz no quinto livro da Metafísica (V, 4, 1015a, 12) que toda substância é natureza. No entanto, o nome de natureza tomada deste modo parece significar a essência da coisa na medida em que está ordenada à operação própria da coisa, uma vez que nenhuma coisa é destituída de operação própria (2014, p. 20).

Portanto, essência pode ser entendida como a definição da própria coisa, sua natureza, a quem o filósofo grego também chama de *quididade.* A ausência de qualquer dos aspectos ou elementos essenciais de uma coisa o descaracteriza, o torna outro objeto, outra substância. Portanto, definida a essência e seus elementos de determinado objeto, qualquer ente que não tenha ou não comporte tais elementos essenciais será outro objeto, mas não o definido pelos elementos essenciais.

Já os elementos acidentais podem ou não estar presentes no objeto de análise, sem lhe modificar a essência, a natureza. Trata-se de acessório dispensável para a definição da coisa. Sobre o tema, Tomás de Aquino esclarece:

> Com efeito, a substância que tem a quididade absoluta não depende de outro em sua quididade. O acidente depende do sujeito, embora o sujeito não seja da essência do acidente, como a criatura depende do criador e o criador não é da essência da criatura, assim também é preciso pôr uma essência extrínseca em sua definição. Os acidentes têm de ser apenas por serem inerentes ao sujeito. E, por isso, a quididade deles depende da do sujeito. E, por causa disso, é preciso que se coloque o sujeito na definição do acidente, às vezes, pois, diretamente, mas, às vezes, indiretamente (2017, p. 301).

Portanto, o método empregado por Aristóteles auxilia a encontrar a definição do objeto de estudo, a essência sem a qual ele não existe. E esse método pode ser empregado para compreensão e identificação da essência do estado, formação social e jurídica, com presença e influência crescente na realidade humana.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO

Ao se tratar de tema tão amplo e vasto, seja temporal ou espacialmente – como é a formação histórica do Estado -, deve-se tomar especial cuidado para não se incorrer em impureza metodológica e anacronismos.

Deve-se considerar, sobretudo, que a evolução da história humana não é linear. Ela é plural e diversificada, além de não comportar simplificações relacionadas à eventual constância em sua evolução. Segundo Eric Voeglin:

> Já podemos dizer que a antiga concepção de uma história linear, ainda predominante no nível vulgar sob a forma de construções epigônicas na esteira de Condorcet, Comte, Hegel e Marx, está definitivamente obsoleta. A história da humanidade se diversifica por serem amplamente dispersos os fatores de

> diferenciação. (...) Quando, por exemplo, Marx e Engels abrem o *Manifesto Comunista* com a assertiva de que toda a história social até o presente foi a história da luta de classes, proferem uma tolice insolente (2007. p. 127/218).

Entretanto, apesar de toda dificuldade relacionada ao estudo da formação histórica do estado, a missão é simplificada quando se parte de recorte metodológico específico. De fato, não há necessidade de estudo aprofundado de todas as formas de organização políticas presentes na história da humanidade. Se o nosso objetivo é a análise do estado em sua formação atual, basta entender como a atual estrutura de poder foi construída. O autor José Pedro Galvão de Souza identifica que a atual conformação do estado é recente e tem-se ampliado seu poder:

> O Estado, tal como o conhecemos hoje, é uma formação política datada de cerca de quatro a cinco séculos. A organização de um aparelhamento político-administrativo centralizador inexistiu na Idade Média e a soberania se fragmentava nas mãos dos senhores de terras. (...) o crescimento e a centralização do poder se tornaram muito mais acentuados nas democracias oriundas da Revolução de 1789 (De Souza, 1977, p. 103).

O chamado "Estado Moderno", surgido no mundo de cultura ocidental, de influência europeia, após a formação dos Estados Absolutistas é que será objeto de estudo do presente trabalho. Com efeito, houve ampla difusão de tal forma de organização política no mundo contemporâneo e pouquíssimos povos e territórios não estão formalmente sob domínio de algum estado soberano organizado de acordo a perspectiva dessa formação de estado. Sobre a importância desse recorte metodológico:

> O Estado que efetivamente importa mais estudar diretamente para a compreensão do que levou ao actual Estado Constitucional é o Estado moderno, ou Estado em sentido mais preciso. Evidentemente, não negando o grande interesse formativo do estudo de outras formações políticas anteriores, ou eventualmente paralelas ou afins (Cunha, 2018. Sem paginação – livro digital).

Várias teorias foram criadas para fundamentar a formação do estado. Destacam-se as que possuem viés contratualista, ou seja, a formação do Estado tem base em um contrato social, firmado pela vontade dos participantes; e as que explicam a formação do Estado pelo método natural, em outras palavras, em função de ser o homem gregário por natureza, as pequenas organizações sociais vão se fundindo até se formarem os Estados.

Não há amparo histórico a dar suporta às teorias contratualistas, apesar de seu sucesso no meio acadêmico. Yoram Hazoni chega a comparar as teorias contratualistas à fabulas infantis (2019. p. 89), e destaca o papel nocivo que a ausência da correta compreensão de formação do Estado pode causar em jovens estudantes. Por outro lado, Fustel de Coulanges é extremamente didático ao expor e defender a formação gradual da sociedade e das primeiras cidades, organizações que evoluíram até a formação do Estado:

> A tribo, como a família e a fratria, era constituída para ser um corpo independente, visto que tinha um culto especial de que estava excluído o estrangeiro. Uma vez formada, nenhuma família nova podia ser admitida. Duas tribos tampouco podiam fundir-se numa só; sua religião opunha-se a isso. Mas assim como diversas fratrias se haviam reunido numa tribo, várias tribos puderam associar-se entre si, com a condição de que fosse respeitado o culto de cada uma delas. O dia em que se fez essa aliança, a cidade passou a existir (2009. p. 143).

Entendida a formação dos Estados sob esta perspectiva, as formações sociais, inicialmente com interesses particulares e específicos, quase exclusivamente familiares, aos se expandirem foram agregando funções e ganhando complexidade, em alguns casos mantendo concepção mais liberal, menos intervencionista, em outros com maior nível de intervenção, passando pelo Estado Social e pelo Estado Socialista. Di Pietro sintetiza a aglutinação de funções no Estado:

> Com isso, o Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada (2017. p. 15).

Essas diferentes formas de atuação estatal fizeram que com que surgisse, para Cunha, verdadeira disputa entre as concepções de Estado, de um lado o Estado Liberal e de outro o Estado Social:

> Falam alguns já de Estado Pós-social. Cremos hoje ser apressando para declarar essa abertura de um novo ciclo. O que parece estar aí é apenas o simples e normal nestes casos. Há uma luta entre dois paradigmas: o que um Estado social que tem de se reformar para sobreviver, evoluindo; e o que um anarcocapitalismo que roça o Antiestatismo, nas suas versões mais agressivas. O futuro dirá se algum deles triunfará, ou se algo de novo poderá emergir, como síntese ou como superação desta luta, que não deixa de atravessar a teoria do Estado e a teoria da Constituição" (2018. Sem paginação – livro digital).

Mesmo a forma de chegada ao poder pode não ser relevante para a formação do estado. Eric Voeglin traz o conceito de "representação existencial" para afirmar que o povo será representado pelo governo desde que estejam presentes determinadas condições. Nesse caso, a forma como o representante ascendeu ao poder teria importância secundária:

> A garantia da paz interna, a defesa do reino, a administração da justiça e o cuidado com o bem-estar da população. Se o governo desempenha de forma moderadamente satisfatória essas funções, os procedimentos que lhe permitem chegar ao poder são de importância secundária (2007. p. 104).

Portanto, a proliferação de estruturas, de formas de ascensão ao poder, a diversidade de funções assumidas, mesmo em estados modernos mais liberais, pode dificultar a compreensão da essência do Estado, qual sua real definição. Por esse motivo importante aplicar os conceitos de essência e acidente para correta delimitação de estado.

3 ESSÊNCIA E ACIDENTE APLICADAS AO ESTADO MODERNO

Há certo consenso em relação a quais elementos são imprescindíveis para formação do estado, e que formaram o estado moderno. Cunha sintetiza esses elementos:

> A Teoria Geral do Estado tem de acolher no seu seio, desde logo na enunciação dos 'elementos' do Estado, a dimensão 'cultura', pelo menos a par dos clássicos 'território', do 'povo' e do 'poder político' (com alternativas 'governo' ou 'soberania' – mas apontando sempre mais ou menos para a mesma concepção (2018. Sem paginação – livro digital).

Sahid Maluf também trabalha os elementos constitutivos do Estado, elencando três deles: *"A condição de Estado Perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população homogênea, território certo e inalienável e governo independente" (2018. Sem paginação – livro digital).* Dallari é mais minucioso em sua definição, e descreve quatro elementos, para o autor:

> Quanto às notas características do Estado Moderno, que muitos autores preferem denominar elementos essenciais por serem todos indispensáveis para a existência do Estado, existe uma grande diversidade de opiniões, tanto a respeito da identificação quanto do número (...)Em face dessa variedade de posições, sem descer aos pormenores de cada teoria, vamos proceder à análise de quatro notas características – a soberania, o território, o povo e a finalidade - , cuja síntese nos conduzirá a um conceito de Estado que nos parece realista, porque considera todas as peculiaridades verificáveis no plano da realidade social (2011. p. 65/66).

Observa-se, assim, que a maioria dos autores enumera, com pequenas variações, os mesmos elementos para caracterização do Estado Moderno, sendo eles o Povo, o Território, o Governo organização política e Governo Soberania. Os quatro elementos indicados, sem dúvidas, são elementos essenciais sob a perspectiva de Aristóteles.

O povo é a população, independente de etnia, raça ou mesmo a língua. Ora, o Brasil é um país extremamente miscigenado, nem por isso deixa de ser Estado. A Suíça, por outro lado, não tem uma única língua oficial, tampouco perde a condição de Estado. Desta forma, etnia, raça e língua não são elementos essenciais, mas povo (pessoas) sim, não há estado sem pessoas.

Território é a base material do Estado, é a parcela espacial em que ele exercer soberania. Maluf indica que há divergência quanto à essencialidade ou não deste elemento, e conclui que ele é essencial, apesar exceções temporárias na história:

> Para Duguit e Le Fur o território não é elemento necessário à existência de um Estado. Invocam eles o direito internacional moderno, que tem reconhecido a existência de Estados sem território, como nos casos do Vaticano, depois da unificação italiana; do Grão-Priorado de Malta,; da Abissínia; e de todos os governos que se refugiaram em Londres em consequência das invasões do chamado 'Eixo Roma-Berlim'. Não passaram tais Estados, porém, de mera ficção. Não existiram senão em caráter precário, em período de anormalidade internacional. Deveram eles a sua vida às conveniências momentâneas das potências que os reconheceram e ampararam sob os imperativos do momento histórico (2018. Sem paginação – livro digital).

O Governo, como forma de organização política do Estado, é caracterizado pela liberdade em sua constituição. Há Estados cuja organização política se constitui em Monarquia, outros em República e nenhum deles perderá a condição de Estado por este motivo. Entretanto, não haverá estado sem organização política qualquer.

Para ilustrar a flexibilidade da forma de governo a ser adotada, citamos o artigo 2º do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil: *"No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País" (BRASIL, 1988).*

O Governo, sob a perspectiva da soberania, representa o poder do Estado em relação a seus súditos. Em verdade, o governo representado pela soberania é a possibilidade de submissão do particular, do individual à vontade geral, representada pelo Estado Soberano. Para Dallari: *"Procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder." (Dallari, 2011. p. 71).* Não há estado sem soberania, estado anárquico é um não estado. Por outro lado, se um povo, em determinado território, estiver sob domínio/soberania de outro estado, será apenas uma extensão de quem efetivamente exerce a soberania.

Os elementos enumerados como essenciais (Povo; Território; Governo organização política e Governo soberania), entretanto, possuem derivações que podem ser inferidas de suas finalidades ou objetivos, já que *"conhecer o que uma coisa é o mesmo que conhecer a causa de sua existência" (Aristóteles, 2019, p. 341)*. São meios de manutenção dos elementos essenciais.

Assim, a segurança interna é necessária para manutenção do elemento povo. Já a segurança externa é necessária para manutenção dos elementos território e soberania. Por sua vez, a existência de uma constituição, escrita ou não, é necessária para manutenção do elemento governo organização política.

Os demais elementos que podem caracterizar o Estado moderno, e podemos elencar elementos que caracterizam Estados Sociais ou Estados Liberais (políticas públicas mais amplas; liberdade econômica etc.), embora possam conter relevância em determinado contexto espacial e temporal específico, são todos elementos acidentais. Ou seja, sua presença ou ausência não descaracterizam a existência do Estado.

Destaca-se que sequer a lealdade mútua, ou seja, a vontade coletiva de formar um estado é elemento necessário para sua constituição. Poderia ser para constituição de um estado livre, democrático, mas não faz parte da essência do Estado em sua definição intrínseca, em sua *quididade* (para utilizar vocabulário aristotélico).

A mesma conclusão é cabível quanto a outros elementos existentes, tanto no Estado Social como no Estado Liberal. Em relação ao primeiro, pode-se dizer que não é elemento essencial para definição de Estado a educação e saúde públicas, assim como qualquer forma de assistência estatal. Quanto ao Estado Liberal, pode-se dizer que a liberdade econômica e individual não integra a essência de Estado.

Sob a perspectiva Aristotélica, portanto, esse é o núcleo rígido do Estado Moderno. Sua natureza, sua *quididade.* É óbvio que doutrinadores com viés social ou liberal defenderão que a liberdade, o direito à educação, a liberdade de expressão, o direito à saúde são elementos essenciais para formação do Estado.

Entretanto, tal conclusão encontraria contradição com a própria realidade, já que há estados, reconhecidos como tal, em que não há tais elementos, sejam os presentes nos estados sociais desenvolvidos (saúde, educação etc.) ou nos estados liberais ou libertários (ampla liberdade econômica, ampla liberdade individual). Todos esses elementos, embora possam representar avanços para a qualidade da vida humana (sob viés de cada perspectiva), são elementos acidentais na definição de Estado Moderno.

Somente com a definição de estado sob perspectiva Aristotélica, com a exata noção de elementos essenciais e acidentais, é que se pode compreender a coexistência de estados tão diversos em seus predicados acidentais, como liberdade (econômica, individual, de expressão, de portar armas), amplo acesso à educação pública ou à saúde pública etc. Os Estados, por mais variados que sejam seus predicados acidentais, não deixam de ser Estados, pois seus elementos Essenciais estão presentes.

Por outro lado, se retirado o povo, o território ou o governo (soberania ou organização política), não haverá estado. Por isso é que é correto qualificar como Estado, como dito no início do trabalho, seja República Popular Democrática da Coreia ou Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Seja a República de Cuba ou os Estados Unidos da América. Em todos os casos assinalados há a presença dos elementos essenciais, o que os diferencia são os elementos acidentais.

Pode, obviamente, haver predileção por uma ou outra forma, ou mesmo se comprovar, empiricamente, que uma forma melhor satisfaz ao homem que outra, entretanto, não será esse fato que permitirá descaracterizar o Estado, pois os elementos essenciais estarão presentes. Todavia, retirado um dos elementos essenciais, exclui-se a própria concepção de Estado.

CONCLUSÃO

Partiu-se da concepção Aristotélica de classificação e definição das coisas. Trabalhou-se, nesta perspectiva, as noções de essência e acidente para o filósofo grego.

Em paralelo, aprofundou-se no estudo da formação do Estado Moderno, seus elementos constitutivos e formação histórica. Com isso chegou-se ao que seriam os elementos essenciais do Estado Moderno, sendo eles o Povo, o Território, o Governo organização política e Governo Soberania.

Os demais elementos, portanto, seriam acidentais, que são aqueles que a sua presença ou ausência não altera a substância, a natureza do objeto de análise.

A identificação da essência do estado moderno, da sua *quididade*, segundo Aristóteles, é de capital importância para o conhecimento do próprio estado, de seu núcleo rígido e da direção que eventuais reformas devem tomar. Trata-se de elementos que, naturalmente, não são passíveis de reformas ou modificações.

Ora, se se identifica a essência do Estado como sendo Povo, o Território, o Governo organização política e Governo Soberania, todas as estruturas do Estado, bem como suas reformas, devem se pautar, primeiramente no fortalecimento e manutenção de tais elementos, como forma de

garantir sua sobrevivência. Assim, devem ser priorizadas, para sua não extinção, a manutenção do povo, manutenção do território, manutenção da organização política e da soberania.

Garantidos os elementos essenciais, e somente a partir daí se pode "predicar" (qualificar) o estado com elementos acidentais que dirijam o espírito da geração que o conduz, seja com enfoque liberal ou social.

Confundir a essência do Estado Moderno com seus predicados acidentais, e dirigir reformas somente com conhecimento do que é acidental, pode subverter a própria natureza do Estado e deformá-lo. Por outro lado, negligenciar os aspectos essenciais do Estado pode ocasionar sua extinção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Comentário à Metafísica de Aristóteles V-VIII.** V. II. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2017.

AQUINO, Tomás de. **Comentário ao Sobre a interpretação de Aristóteles.** Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2018.

AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência.** Tradução de Carlos Arthur do Nascimento; apresentação de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 2014.

ARISTÓTELES. **Órganon.** Tradução de Edson Bini. 3. ed. 1ª reimpressão**.** São Paulo: EDIPRO, 2019.

ARISTÓTELES. **Metafísica.** Tradução de Edson Bini. 2. ed. 4ª reimpressão**.** São Paulo: EDIPRO, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade,** fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz &Terra, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência Política -** São Paulo: Saraiva Edição, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 30. ed. [S.l]: Editora Saraiva, 2011. Disponível em: http://files.monitoriatgeflf.webnode.com/200000149-2fca42fca7/1887-Dalmo-de-Abreu-Dallari-Elementos-de-teoria-geral-do-Estado-2011.pdf

DE SOUSA, José Pedro Galvão. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado.** Com a colaboração de Peter Hänni; tradução de Marlene Holzhausen; revisão técnica Flávia Portella Puschel. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. Disponível em: https://core.ac.uk/reader/79062050

HAZONY, Yoram. **A virtude do nacionalismo.** Tradução de Evandro Fernandes Pontes – Campinas: Vide Editorial, 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. **Max Weber e o Estado Racional Moderno.** Capítulo 4 da primeira parte da tese de doutorado os desafios do Estado Moderno. Federalismo e integração regional, defendida junto ao programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado da UFPR. Publicada na revista eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: file:///C:/Users/00966696913/Downloads/14830-50639-2-PB.pdf

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado;** atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 34. Ed. – São Paulo: Saraiva Edução, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=ZdRiDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=Estado+e+forma%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rica+e+elementos&ots=9WcOwx9aMq&sig=VUiVx4RIPTlN3ua7drKg5uvdYE4#v=onepage&q=Estado%20e%20forma%C3%A7%C3%A3o%20e%20hist%C3%B3rica%20e%20elementos&f=false

VOEGLIN, Eric. **Reflexões autobiográficas.** Tradução: Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007.

A PERMANENTE REVISÃO DOS ESPAÇOS DE CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz[127], Cláudio Smirne Diniz[128]

INTRODUÇÃO

As políticas públicas destinam-se à concretização dos direitos fundamentais, notadamente à superação das desigualdades sociais. Notório que tais políticas se apresentam, em regra, insuficientes para a consecução de seus objetivos constitucionais, voltados ao asseguramento da dignidade humana e da justiça nas mais diversas relações interpessoais, razões pelas quais o controle, em especial o judicial, mostra-se absolutamente indispensável.

Sucede que o correspondente e necessário controle judicial sobre tais políticas não demonstra níveis satisfatórios de efetividade. Um dos fatores que explica o problema está na morosidade da tramitação das ações judiciais. Outro óbice, não menos relevante, é atribuído à complexidade inerente às tutelas coletivas, especialmente aquelas dotadas de intensa litigiosidade, passando pela necessidade de enfrentamento de questões ligadas ao planejamento público, ao orçamento (com os consequentes remanejamentos de recursos) e à admissão de pessoal.

Esses aspectos diminuem a efetividade do provimento jurisdicional[129]. Destaca-se que o insucesso a que se está a referir, muitas vezes, não se faz presente no processo de conhecimento, mas decorre dos percalços que despontam na fase executória, ambiente dentro do qual, não raras vezes, o Estado alega a inexistência de recursos ou óbices estruturais para o cumprimento do comando judicial.

Encontra-se delineado, portanto, cenário que incita a reflexão sobre as técnicas do controle judicial nesse importante segmento, com o propósito de conferir-lhe maior êxito, para o que se propõe que novos elementos sejam agregados ao modelo de atuação, notadamente a incorporação de determinados institutos do processo estrutural[130].

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Entende-se por políticas públicas os programas de ação governamental, estabelecidos com a finalidade de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (Bucci, 2002, p. 241). Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 816):

> A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas

[127] Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutora em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4489148332604211 Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8802-5322
E-mail: hirminia@mppr.mp.br
[128] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutor em Direito (PUC/PR). Professor de Direito Administrativo. Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).
Lattes: http://lattes.cnpq.br/5614757979259718 Orcid: https://orcid.org/0000-0002-9637-4773 **E-mail:** claudio.diniz@tjpr.jus.br
[129] Dentre os efeitos indesejados do controle judicial das políticas públicas, apontam-se os processos individuais, os quais poderão, em tese, comprometer outros direitos fundamentais, considerando que a decisão judicial em caso isolado gera despesas, as quais poderão refletir no equilíbrio dos recursos públicos destinados à política pública, naturalmente mais abrangente.
[130] No âmbito do Senado Federal, foi instituída Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural (Boletim Administrativo do Senado Federal. p. 12.04.2024).

> públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais.

As políticas públicas encerram um processo de escolha. Vale dizer, dentre tantas finalidades, há que se definir quais seriam as realmente indispensáveis; dentre tantos meios, há que se mensurar a disponibilidade orçamentária efetivamente adequada e quais os instrumentos jurídicos seriam válidos para sua respectiva consecução.

Odete Medauar descreve a "grade sequencial" das políticas públicas, desde a sua concepção até a avaliação de seus resultados (2014, p. 192):

> Na literatura sobre o tema, são mencionadas, com algumas variações, as fases ou *grade sequencial* das políticas públicas: a) identificação do problema e sua inserção na agenda governamental; b) formulação do plano ou programa ou estratégia para sua solução (p. ex.: quais métodos, meios, atores, prazos etc.); c) previsão e alocação de recursos financeiros e provisão de outros recursos; d) implantação; e) análise dos resultados e, se for o caso, encerramento do programa ou projeto.

O êxito das políticas públicas, ressalta-se, está condicionado à existência, à correta destinação e ao bom gerenciamento dos recursos públicos. Daí a relevância dos controles que devem incidir sobre essa atividade estatal, dentre os quais, para o fim aqui proposto, destaca-se o controle judicial.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ADMISSIBILIDADE

Ao longo do tempo, foi consolidado o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido da admissibilidade do controle do mérito do ato administrativo, ainda que dentro de certos parâmetros e sempre em caráter excepcional. Por isso, é perfeitamente possível a tutela jurisdicional tendente a determinar a adequação de política pública, a qual não atenda aos fins constitucionais a que se presta.

Juarez Freitas ressalta a importância do controle das políticas públicas à luz do direito fundamental à boa Administração Pública (2014a, p. 32):

> O controle das políticas públicas, imantado pelo direito fundamental à boa administração pública, requer o escrutínio em inovadores termos, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, sempre no encalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico, ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos sociais, ambientais e econômicos.

Afinal, as políticas públicas não se tratam de "protocolares agendas daquilo que os governos pretendem realizar, isto é, simples programas governamentais, não de Estado" (Freitas, 2014b, p. 20), já que "a liberdade administrativa, em matéria de políticas públicas, só pode ser exercida 'em razão e nos limites' das prioridades constitucionais" (Freitas, 2014b, p. 23). Nesse sentido: STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011.

Sobre a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, extrai-se do voto do Min. Celso de Mello na ADPF 45:

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais,

> econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, [...] – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

No REXtr. 592.581 (j. 13.08.2015), foi fixada a seguinte tese:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Recentemente, no julgamento do Mandado de Injunção 7.300, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão estatal em relação à implementação da renda básica da cidadania, porque não regulamentada a Lei nº 10.835/2004:

> O Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem injuncional, para: i) determinar ao Presidente da República que, nos termos do art. 8º, I, da Lei nº 13.300/2016, implemente, "no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)", a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei nº 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza - renda per capita inferior a R$ 89,00 e R$ 178,00, respectivamente - Decreto nº 5.209/2004), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o PPA, além de previsão na LDO e na LOA de 2022; e ii) realizar apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei nº 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei nº 10.835/2004, unificando-os, se possível.

Do quanto se verifica, parte-se, portanto, da admissibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas. Resta, de toda sorte, delinear a moldura dentro da qual está adstrito, assim como refletir sobre métodos estratégicos que lhe confeririam maior efetividade, pois, como se sabe, há sérias dificuldades a serem superadas neste campo.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OBSTÁCULOS

De fato, em que pesem os avanços vivenciados nesta matéria, constata-se a pouca efetividade do controle judicial, nos moldes atualmente exercidos[131].

[131] Com essa preocupação, mesmo que de maneira ainda tímida, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 "institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário". Destaca-se: "Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida. § 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa. § 2º O planejamento

É certa a baixa legitimidade do Poder Judiciário para determinadas intervenções, em razão de não terem seus membros sido eleitos por voto popular. Nesse sentido, é verdadeiro que o processo político, a envolver a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, seria o foro adequado para o tratamento e sistematização das múltiplas visões, naturalmente colidentes, presentes no processo de formulação e de implementação das políticas públicas.

Logo, a atuação do Poder Judiciário deverá ser, sempre, excepcional e cautelosa, fundada na proteção do mínimo existencial. Deve, sobretudo, a atuação do Poder Judiciário, centrar-se na definição de qual instituição deve fazer as escolhas ou formular a política, e não, sobrepor-se a quem quer que seja, substituindo-se em tal formulação. Do contrário, a tutela da ordem jurídica poderá desbordar em invasão de competências e, portanto, dos próprios fundamentos para seu exercício.

Há de ser ponderado que a intervenção casuística do Poder Judiciário coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas, uma vez que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos recursos públicos. Por isso, a excepcionalidade da intervenção judicial, sempre respeitada a discricionariedade do administrador em definir e implementar políticas públicas.

Natural que assim ocorra, porquanto a efetividade dos processos movidos em desfavor do Poder Público depende da implementação de receita, de orçamento, de licitação, de prestação pecuniária pela via dos precatórios, dentre outros. Além disso, a realização dos direitos sociais não prescinde da sustentabilidade fiscal e do equilíbrio orçamentário.

Exemplos paradigmáticos dos problemas tratados encontram-se nas ações judiciais que buscam a matrícula na educação infantil, cuja satisfação depende da ampliação da estrutura física e humana existente e, portanto, a evidente dificuldade de seu imediato adimplemento.

Além disso, o provimento jurisdicional tem o potencial de provocar distorções nas prestações estatais, como ocorre nas hipóteses em que simplesmente se substituem os destinatários atuais do serviço pelos beneficiários da decisão judicial (por exemplo, nos casos de dispensação de medicamentos); privilegia-se os que demandam judicialmente, em detrimento daqueles que não têm acesso à jurisdição ("fura-filas", no caso da educação infantil); ou reduz-se a qualidade do serviço, quando, para cumprir a decisão judicial, apenas se insere o aluno na sala já existente, sem se promover o incremento da rede de ensino, dando causa a um cumprimento precário do comando judicial.

São por esses motivos que o enfrentamento da presente temática deve encontrar caminhos para a superação dos obstáculos apontados.

4 O TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Recomendação Conjunta da Presidência e da Corregedoria Nacional nº 02, de 18.06.2020, do Conselho Nacional do Ministério Público, com o propósito de evitar indevida intromissão na gestão das políticas públicas, apontou critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas às unidades do Ministério Público.

Não obstante a legítima e pertinente preocupação com a matéria, não parece, todavia, ter encontrado a solução mais adequada. Verifica-se que o texto se inicia com algumas justificativas, sob a forma de "considerandos", os quais encerram tópicos relativos a fundamentos do Direito Administrativo, há muito discutidos e superados pela doutrina e pela jurisprudência.

Dentre eles, destaca-se uma nítida tomada de posição: "o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia".

---

será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. [...]".

Trata-se de retorno amargo ao pensamento prevalente na década de 1970 e, com isso, desconsidera avanços teóricos em matéria de controle, reduzindo indevidamente as atribuições do Ministério Público e, por conseguinte, as competências do Poder Judiciário. Se, de um lado, de fato, não incumbe aos órgãos de controle a eleição de políticas públicas; de outro, é seu dever atuar como garante da juridicidade dos atos administrativos e como agente indutor da efetivação dos direitos fundamentais, concretizados por meio das políticas públicas.

Na verdade, não se trata de abolir ou diminuir o inescusável dever de controle, mas de aprimorá-lo, na esteira do quanto definido pelo Supremo Tribunal Federal, ao fixar parâmetros tendentes a nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais. Em detrimento do estabelecimento de medidas pontuais pelo Poder Judiciário, priorizou a Corte Constitucional a indicação das finalidades a serem alcançadas e a determinação dirigida à Administração Pública para que apresente plano para o atingimento de tais resultados.

O recurso teve origem em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em que se apontou diversas irregularidades em hospital destinado ao atendimento de pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), a exemplo da ausência de vedação dos recipientes coletores de lixo, o encontro de material estéril com contaminado e a insuficiente manutenção de equipamentos (STF. RExtr. 684.612/RJ. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão Min. Roberto Barroso. J. 30.06.2023).

Em hipóteses como tais, deve o Judiciário indicar as finalidades pretendidas e impor à Administração Pública a apresentação dos meios adequados para alcançá-las. Ponderou o eminente Relator, Min. Luís Roberto Barroso, que: "Negar a possibilidade de atuação jurisdicional nessa matéria equivaleria a negar a própria efetividade do direito social constitucionalmente assegurado, retornando à ultrapassada ideia de que tais direitos seriam normas meramente programáticas ou principiológicas".

Nesse contexto, para viabilizar a atuação judicial efetiva e organizada, o STF fixou os seguintes parâmetros a serem observados: (i) a ausência ou a grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público; (ii) deve-se questionar se é razoável e faticamente viável que a obrigação pleiteada seja universalizada pelo ente público devedor, considerados os recursos efetivamente existentes; (iii) determina-se a finalidade a ser atingida e não o modo como ela deverá ser alcançada pelo administrador, prestigiando-se a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis; (iv) na implementação de políticas públicas, a decisão judicial deve apoiar-se em documentos ou manifestações de órgãos técnicos; e (v) sempre que possível, deve-se permitir a participação de terceiros no processo, com a admissão de *amici curiae* e a designação de audiências públicas.

A tese de repercussão geral aprovada recebeu a seguinte redação:

> 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
> 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.
> 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Nessa linha, emblemático o julgamento do Recurso Extraordinário 1.008.166, Tema 548 da repercussão geral, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional. A tese fixada foi a seguinte:

> 1 – A educação básica em todas as suas fases, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
> 2 – A educação infantil compreende creche, de 0 a 3 anos, e a pré-escola, de 4 a 5 anos. Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.
> 3 – O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

A partir dessas balizas, passa-se a examinar algumas propostas para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas.

5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: APRIMORAMENTOS

Postas as premissas da análise sobre o tema, segundo as quais as políticas públicas são judicialmente sindicáveis, dentro de certos parâmetros, assim como indicados aspectos que comprometem a plena efetividade do referido controle judicial, procura-se, em seguida, submeter ao debate algumas proposições de aprimoramento.

5.1. É necessário que, no exercício do controle judicial, sejam examinadas em profundidade as alegações de insuficiência orçamentária para a implementação de políticas públicas, especialmente em contexto de crise fiscal. Essa análise perpassa as motivações das escolhas efetuadas pelo gestor público, dando ensejo a processo de verificação da real pertinência da alusão ao princípio da reserva do possível.

Para Daniel Sarmento (2016, p. 229):

> A garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também vale para a proteção do mínimo existencial. A escassez obriga o Estado, em alguns casos, a se confrontar com verdadeiras escolhas trágicas, pois, diante da limitação de recursos para atender a múltiplas demandas, ele é forçado a eleger prioridades entre diversas necessidades e exigências legítimas. As escolhas alocativas acabam sendo também desalocativas, pois subtraem fatias do bolo dos recursos existentes, mesmo quando isso não seja explicitado. Para lidar com este fenômeno elaborou-se o conceito de reserva do possível.

Considera-se, quanto a esse aspecto, que as restrições orçamentárias se constituem em destacado óbice aos comandos judiciais voltados a interferir nas políticas públicas, sendo esse o ambiente para a verificação dos dilemas de alocação de recursos e de mediação orçamentária, para que se evite frustrações nos projetos de concretização dos direitos fundamentais ou mesmo a obtenção de sentenças favoráveis, porém inexequíveis, porque em descompasso com a realidade.

Há que se ter em mente que os orçamentos públicos têm por finalidade a apresentação das estimativas de receitas e as correspondentes autorizações para a realização de despesas. Logo, por ser no processo legislativo orçamentário, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que são estabelecidas as "escolhas trágicas", intuitivo que seja intensificada a aplicação dos mecanismos de controle nesse espaço de discussão, de forma que seja plenamente exercido o controle sobre as decisões alocativas de recursos.

Busca-se, com isso, a perfeita compreensão das plúrimas opções de pactuação no exercício das competências administrativas, para que, assim, possa ser verificada a pertinência e mesmo a legitimidade para eventual intervenção, não se olvidando da consequencialidade social, política e econômica das decisões, de inegável inspiração utilitarista, segundo a qual a validade das ações encontra-se condicionada à maximização do bem-estar, com o menor sacrifício possível.

Importante contribuição nesse sentido adveio das Recomendações CNMP 44 e 48 de 2016 que indicaram frentes de atuação do Ministério Público no controle das despesas mínimas em

saúde e educação, permitindo que se deflagre o controle judicial, sempre que se mostre pertinente e adequado.

5.2 Importa que se proceda à análise pormenorizada da relevância do direito que está sendo preterido pela insuficiência da política pública, pois apenas o denominado "mínimo existencial" pode ser oposto a reserva do possível.

Em outras palavras, diante da demonstração da insuficiência dos recursos financeiros e porque os gestores públicos são os agentes estatais competentes para efetuarem as correspondentes alocações, resta apenas ao controlador verificar se aquilo que se está a preterir efetivamente ofende necessidades básicas, e, por isso, integra o denominado "mínimo existencial", corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Lenio Luiz Streck propõe "fórmula" para a verificação quanto à pertinência da atuação judicial (2020, p. 103):

> [...] pode ser feita a partir das três perguntas que um juiz-tribunal deve fazer: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado – quer dizer, concedido às demais pessoas – e se, para atender àquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.

Insiste-se que se legitima o controle judicial apenas em relação ao núcleo essencial de direitos. Nas demais hipóteses, as escolhas quanto às alocações de recursos devem se esgotar no Poder Legislativo, a quem compete a aprovação dos orçamentos públicos.

5.3. Mostra-se prudente a verificação do posicionamento do controle interno e dos demais órgãos de controle externo acerca do tema do qual se esteja a tratar. Nesse sentido, importa a menção de que a Emenda Constitucional 109/2021 prevê a responsabilidade dos órgãos e das entidades da Administração Pública pela avaliação das políticas públicas.

Faz-se, aqui, alusão ao dever de motivação do administrador público, porque as decisões devem ser sempre fundadas em argumentos razoáveis, extraídos do ordenamento jurídico, os quais poderão esclarecer, aos órgãos de controle, os riscos ponderados para agir de tal ou qual forma, os aspectos econômicos considerados, os reflexos sociais e a técnica que balizou a decisão.

Nesse passo, exemplifica-se com o Acórdão 871/2022, do Tribunal de Contas da União, que evidenciou a autorização para construção de 2.000 novas escolas, creches e quadras, mesmo com 3.500 obras inacabadas no setor de educação. Tal constatação, por evidente, poderá orientar eventual controle judicial.

5.4. De relevância extrema é a democratização do processo. Considera-se que o "processo não é um fenômeno restrito ao âmbito de manifestação da vontade do Estado no exercício da função jurisdicional, mas se estende, com idêntica importância, aos âmbitos de manifestação da vontade estatal no exercício de todas as demais funções: a legislativa e a administrativa" (Moreira Neto, 1997, p. 11-12).

Além disso, não raras vezes, determinado litígio coletivo atinge diferentes grupos sociais, de certa maneira, com interesses colidentes. Nesse sentido (Costa; Fernandes, 2017, p. 367):

> Nos últimos anos, tem-se observado esforços em todo o sistema jurisdicional brasileiro no sentido de melhorar os mecanismos de participação social nas decisões. O fato de o Poder Judiciário começar a intervir de forma reiterada em políticas públicas também o credenciou a procurar técnicas processuais capazes de legitimar as suas decisões. Tradicionalmente, a decisão judicial retira a sua legitimidade da participação das partes, pela via do contraditório travado no processo.

Igual linha de raciocínio é desenvolvida por Ada Pellegrini Grinover (2017, p. 448):

> A tutela jurisdicional adequada aos chamados conflitos de direito público, envolvendo a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, deve se servir de um novo processo de natureza dialogal, com contraditório e cognição ampliada, servindo-se o magistrado da assessoria dos mais diversos expertos, e que acabe fixando aos demais Poderes ordens abertas e sucessivas, a serem cumpridas segundo planejamento a ser oferecido pela administração, aprovado pelo juiz e executado progressivamente, sob a fiscalização deste.

Para Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 215):

> O contraditório visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz, aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial. Ainda assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia.

Ainda nesse mesmo sentido, necessária a manutenção de diálogos interinstitucionais. Resgatando-se o exemplo da educação infantil, observa-se que o provimento a ser proferido atingirá a esfera de interesses das crianças atualmente matriculadas, das crianças beneficiárias da decisão, do município que ofertará as vagas, dos professores que prestarão o serviço, dos contribuintes que suportarão o custo da prestação e da própria sociedade, que conjuntamente considerada, será beneficiada com o serviço. Todos esses grupos submetidos a uma mesma decisão judicial.

O controle judicial, não há dúvidas, merece um redimensionamento.

6 PROCESSOS ESTRUTURAIS

Apresentam-se os processos estruturais como alternativa para a superação dos limites ínsitos à concepção clássica do processo, voltada à solução de problemas estanques que envolvem sujeitos determinados. Não equivale ao processo coletivo, porquanto, segundo Edilson Vitorelli, os litígios coletivos são classificados em globais, locais e irradiados (2019), sendo certo que, ainda "que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado" (2018, p. 7), na medida em que surge da violação de direitos que "atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e formas diferentes, afetando os interesses desses grupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada" (2018, p. 7).

Os processos estruturais decorrem de demandas judiciais complexas, marcadas pela pluralidade de atores e de fatores, em que se busca a solução de uma situação de desconformidade, provocada por déficit de atuação do poder público, que sugere uma reorganização ou reestruturação de instituições. Vale dizer, o litígio encontra suas raízes no modo equivocado de funcionamento de determinada estrutura burocrática, conquanto, não raras vezes, "o pedido é apenas um reflexo da necessidade de se alterar estruturas públicas destinadas a promover prestações à coletividade em geral" (Vitorelli, 2018b, p. 340).

O mencionado estado de desconformidade, "não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas" (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 47).

A magnitude dos problemas de que se está a tratar impõe a necessidade de respostas diferenciadas, que não se esgotam em um único ato, porque dependem da alteração de elementos

sociais, econômicos e jurídicos. A problemática, portanto, sugere a adoção de providências complexas que devem ser aplicadas de forma progressiva e gradual, mediante processo contínuo que demanda tempo dos atores competentes e, exatamente por isso, vislumbra-se, na realidade, a existência de variadas lides a serem solucionadas.

Para que isso ocorra, muitas vezes, faz-se necessária a elaboração de plano de longo prazo e sua respectiva implementação, mediante providências gradativas e incrementais, as quais deverão submeter-se ao devido acompanhamento. Essas etapas são cumpridas e avaliadas continuamente (Vitorelli, 2018b, p. 333-369), de tal forma que a fase de conhecimento se limite a reconhecer a ilegalidade e, na execução, são criadas as condições para a concretização das necessárias correções.

O processo estrutural presta-se a definir a transição de uma situação de insuficiência para um contexto mais desejado. Deve, portanto, identificar o problema estrutural, que termina com uma sentença estrutural e, após, parte-se para a estruturação. Assim, na "medida em que a realidade se altera, pela passagem do tempo e, também, pela efetivação das providências anteriormente determinadas, cabe ao juiz reestruturar a ordem inicial e modificar os planos, de acordo com o novo contexto" (Vitorelli, 2018b, p. 340).

Nesse sentido, deve-se "prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento do direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais" (LINDB, art. 23).

Diante de tais fatores, o processo civil tradicional não se mostra suficiente para uma tutela diferenciada "dos litígios policêntricos, que possuem em sua *ratio* a construção de decisões de mérito em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração, por exemplo, dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações trazidas pelo Estado (em sentido *lato*) e pela sociedade civil [...]" (STJ. RESp. 1.854.842-CE. Relª. Minª Nancy Andrighi. J. 02.06.2020).

Marcela Ferraro discorre sobre a abrangência do que seria a flexibilização processual da qual se está a tratar (2015, p. 141-142):

> (i) maleabilidade da demanda, relacionada às questões da coletivização, do delineamento da demanda pelo autor ao propô-la, da estabilidade a ela atribuída no processo tradicional e da sua correspondência com a sentença e; (ii) a multipolaridade processual (despolarização do processo), contemplando a ampliação dos sujeitos processuais e uma possível "transpolaridade".

Muitas vezes o processo estrutural é marcado pela multipolaridade, compreendida pela presença de múltiplos interesses envolvidos, normalmente antagônicos. Diante disso, alguns instrumentos próprios devem ser utilizados, a exemplo das audiências públicas e da participação do *amicus curiae*, de forma que se assegure o direito de influir, tanto pelos variados núcleos de interesse, quanto pelos especialistas aptos a trazerem subsídios técnicos para a compreensão e para a solução dos problemas (Arenhart, 2015, p. 215):

> Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae* são fundamentais. Audiências que permitam a participação ampla da comunidade envolvida, embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo, são indispensáveis. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, em que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia.

Esses traços de flexibilização do processo civil tradicional podem ser concretizados pela utilização de procedimento bifásico, operacionalizado pelo fracionamento da resolução de mérito (CPC, art. 354, parágrafo único; art. 356), de maneira que seja proferida uma primeira decisão nuclear, contendo as principais diretrizes acerca da tutela dos direitos e, posteriormente, a depender da definição de novas situações, novas decisões darão conta dos ajustes pontuais. Registra-se,

igualmente, a orientação da atipicidade dos meios de prova[132] (CPC, art. 369), das medidas executivas (CPC, art. 139, IV; art. 536, § 1º) e dos instrumentos de cooperação judiciária (CPC, art. 69).

Por outro lado, alguns institutos do processo civil individual também devem ser revisitados, a exemplo do princípio da adstrição judicial à pretensão ou princípio da demanda. Isso porque a discussão que envolve políticas públicas é marcada pela dinamicidade, fazendo com que a causa de pedir seja ajustada ao longo do processo, situação que dificulta ao autor, no início da ação, deduzir pedido específico (certo e determinado) que, uma vez atendido, venha a solucionar o problema ao final do processo. Além disso, por ocasião da propositura da demanda, pode não ser possível identificar todos os responsáveis.

Por outro lado, ênfase deve ser conferida à consensualidade. Consigne-se que, na história jurídica brasileira, prepondera a concepção segundo a qual há certa exclusividade do Estado-juiz na solução das controvérsias[133]. Esse pensamento enfraquece as propostas de utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, os quais são vistos, por muitos, com relativa predisposição contrária à sua viabilidade.

Entretanto, de maneira promissora, acompanha-se, no cenário jurídico brasileiro, significativa modificação de concepção no tocante a esses mecanismos de solução dos conflitos, sendo possível observar o surgimento, ainda que em níveis embrionários, de novas frentes desjudicializadas, de onde se destacam a arbitragem, a mediação e a conciliação (CPC, art. 165).

Diversos marcos regulatórios, recentemente introduzidos na ordem jurídica nacional, evidenciam a tendência à modificação de paradigma de que se está a tratar[134]. Dentre eles, destaca-se o Código de Processo Civil, especialmente quando prevê a produção antecipada para "viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" ou "evitar o ajuizamento de ação" (CPC, art. 381, II e III).

A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655, de 25.04.2018) determina que:

> Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após a realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar **compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial (art. 26, caput).

Em síntese, denota-se a priorização dos métodos alternativos de solução dos conflitos, caminho que se mostra pertinente ao exercício do controle das políticas públicas.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 sinaliza para o modelo processual cooperativo ou colaborativo, o que se extrai, dentre outros, de seu art. 6º: "*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*".

Tanto a vertente da desjudicialização, quanto a da colaboração processual, convergem para o instituto dos negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos. Quer-se, com isso, a ampla utilização das variadas técnicas de negociação, não apenas em relação ao conteúdo de direito material, como também no que se refere à eventual necessidade de adaptação do procedimento, diante das especificidades do caso concreto, a abranger os ônus, poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais.

---

[132] São exemplos de provas atípicas a amostragem, a estatística, a indiciária, dentre outras.

[133] Ver WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação social. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

[134] A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a Política Nacional de Resolução Apropriada de Conflitos e apresenta as primeiras diretrizes para a implementação dos meios não adjudicatórios de resolução de conflitos. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, editou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Todos esses aspectos, comprometidos com a eficiência e com a efetividade do processo, devem ser incorporados ao controle judicial das políticas públicas. Em razão de suas peculiaridades, tratar-se a seguir, em separado, dos negócios jurídicos processuais.

7 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil, em prestigiamento ao princípio da autonomia da vontade, possibilita o autorregramento, ao prever que, se o processo versar sobre direitos que admitam composição, "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" (CPC, art. 190). Trata-se de cláusula geral que faculta às partes a celebração de acordo sobre aspectos que dizem respeito à relação processual, permitindo os respectivos ajustes às necessidades concretas.

Ainda diante da desnecessidade de homologação judicial (CPC, art. 200), as convenções processuais vinculam o juiz, estando ele circunscritos ao controle da validade do negócio jurídico. Podem ser recusadas judicialmente apenas nas hipóteses de nulidade ou de vulnerabilidade de uma das partes (CPC, art. 190, parágrafo único[135]).

Transcreve-se o conceito do instituto dado por Antonio do Passo Cabral: "Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento" (2016, p. 68).

Houve resistência inicial às convenções em processos que versassem sobre direito público, sob o fundamento de que as normas processuais são cogentes. Entretanto, a indisponibilidade do direito material não impede a negociação sobre o processo, mesmo porque, nas convenções que tratam do direito processual, não há disposição de direitos materiais coletivos[136].

São exemplos de convenções processuais, dentre outros, os ajustes que: a) estabeleçam deveres e sanções para o cumprimento dos acordos; b) ampliem prazos de qualquer natureza; c) dispensem ou invertam os ônus probatórios[137]; d) pactuem sobre a produção obrigatória de prova antecipada (inclusive para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado à solução do conflito; CPC, art. 381, inc. II); e) fixem o rateio de despesas processuais; f) excluam a recorribilidade; g) estipulem a obrigatoriedade de mediação ou conciliação extrajudicial; e, h) excluam a audiência de mediação ou de conciliação, prevista no art. 334 do CPC[138].

Especificamente nos litígios estruturais, em especial naqueles em que se pretenda a adequação de políticas públicas, vislumbra-se a possibilidade de convenção sobre a entrega de relatórios periódicos, com o necessário detalhamento acerca das medidas tomadas, incluindo justificativas para as metas não cumpridas e reformulações de cronogramas. De igual forma, cogita-se da obtenção de autorização do requerido para o acesso irrestrito a certas informações.

Nesse sentido, concebe-se o negócio jurídico processual, cuja celebração não se presta a transigir, por óbvio, em relação ao direito material, de cunho social, mas, antes, compor em relação

---

[135] "De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

[136] Nos termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual", pois direito indisponível não equivale a direito que não admite autocomposição. Por isso, no mesmo ambiente de debates, foi aprovado o Enunciado 253: "O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte"; e o Enunciado 256: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual".

[137] As partes encontram limites em normas de ordem pública. Nesse sentido, Marinoni pondera que as partes não dispõem de poderes, por exemplo, que impliquem na renúncia à prova, de maneira a obstar a formação da convicção judicial: "Tudo isso significa que as convenções processuais que restringem prova, exatamente porque podem inviabilizar a coisa julgada sobre questão e a formação de precedentes, negam um dos principais fins do processo, o de tutelar a segurança jurídica. Desse modo, e por consequência, as convenções limitadoras de prova também impedem que o processo realize os seus objetivos de promoção da liberdade e da igualdade" (Marinoni, 2019, p. 127).

[138] Nesse sentido, conferir o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

à forma de sua implementação, mediante ajuste voltado ao aprimoramento das políticas públicas, fixando-se, por exemplo, cronograma de cumprimento da obrigação.

Além disso, é certo que há espaço para convencionar-se sobre a distribuição do ônus da prova, assumindo o Poder Público o compromisso de, em cronograma igualmente convencionado, demonstrar a tomada de decisões e respectivas realizações de aportes de recursos para a implementação da política pública tida por insuficiente.

Outro aspecto que poderia ser contemplado no negócio jurídico processual refere-se à participação de terceiros, fomentando a atuação colaborativa, destinada ao fornecimento de elementos de convicção para a futura decisão judicial.

O negócio jurídico processual, em suma, apresenta-se como mecanismo capaz de aperfeiçoar a forma de controle das políticas públicas.

8 EXEMPLOS DE DECISÕES ESTRUTURAIS

Brown* v. *Board Education. O grande paradigma, que inaugurou a concepção estrutural do processo, foi o julgamento do caso *Brown* v. *Board Education* (1954), pela Suprema Corte Norte-Americana, quando foi reconhecido que a doutrina "separated but equal" não seria convergente com a 14ª Emenda à Constituição Americana. Assim, foi constatada a inconstitucionalidade da prática de segregação racial existente no sistema escolar, herança de um pensamento cultural escravagista, consistente na existência de escolas exclusivas para negros e escolas exclusivas para brancos. Definiu-se, assim, por um processo de reconstrução dessa sistemática, conduzido por magistrados ("*structural injuction*"), mediante devido acompanhamento judicial da implantação de medidas estruturantes.

Raposa Serra do Sol. Na Ação Popular 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol), o Supremo Tribunal Federal admitiu a demarcação de terras em favor da população indígena, com a condição de que o usufruto da terra, porque situada na fronteira do país, observasse a Política de Defesa Nacional.

Sistema Penitenciário Nacional. Na ADPF 347 (STF. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. J. 04.10.2023), o Supremo Tribunal Federal reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" no sistema penitenciário nacional, proveniente de falhas estruturais e da insuficiência de políticas públicas, causadoras de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, a reivindicar medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Extrai-se do acórdão: "Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como 'estado de coisas inconstitucional'".

Constatou-se que a superlotação dos presídios, o descontrole na entrada e as condições da saída do sistema prisional, além da má qualidade das vagas disponibilizadas, impedem a prestação de serviços e bens essenciais que integram o mínimo existencial. Essas circunstâncias comprometem a capacidade do sistema em cumprir seus fins de ressocialização e de funcionar a favor da segurança pública.

Foi fixada tese nos seguintes termos:

> 1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.
> 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.

> 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Ao final, a Corte apresentou propostas de políticas públicas a serem instituídas no Plano Nacional, com o intuito de minimizar, a longo prazo, os problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro: (i) juízes devem realizar, em até noventa dias e preferencialmente de modo presencial, audiências de custódia dos presos, além de declinarem, na hipótese de decretação da prisão provisória, as razões pelas quais deixaram de aplicar medidas cautelares diversas; (ii) seja ordenada a liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional; (iii) sejam elaborados o Plano Nacional e Planos Estaduais e Distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional; (iv) todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo.

Acolhimento institucional de crianças e adolescentes. No REsp. 1.854.842-CE, de Relatoria da Minª. Nancy Andrighi (J. 02.06.2020), no qual se tratava do acolhimento institucional de crianças e adolescentes, por período superior ao limite legal, houve também a identificação da presença de litígio de natureza estrutural. Extrai-se da ementa:

> 6- Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual.

Concluiu-se, assim, pela inadequação dos instrumentos clássicos do processo civil para a solução da lide.

Plano de redução da letalidade policial. O Min. Edson Fachin (STF. ADPF 635. J. 12.04.2021), ao reconhecer quadro de violações sistemáticas e de omissão estrutural, proferiu voto, determinando ao Estado do Rio de Janeiro que elaborasse, no prazo de 90 dias, plano de redução da letalidade policial e de controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança. O plano deverá conter medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos correspondentes recursos financeiros.

A ordem judicial ensejou a aprovação do Plano de Redução da Letalidade pelo Estado do Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 48.272/2022), sendo que, diante da insurgência de interessados em relação à suposta falta de concretude do Decreto, o eminente Relator requisitou ao governo do Estado do Rio de Janeiro a apresentação de cronograma para a instalação e funcionamento de câmeras de áudio e vídeo em fardas e viaturas dos batalhões especiais da polícia. De igual forma, requisitou as metas de redução da letalidade policial, a definição dos indicadores objetivos de cada uma delas, bem como o calendário de realização.

Desmatamento da Amazônia. A Minª. Cármen Lúcia (STF. ADPF nº 760-DF. J. 06.04.2022), diante de quadro de redução de recursos, abandono do plano de preservação do bioma, desregulação ambiental e diminuição da cobertura vegetal, votou no sentido de reconhecer o estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Amazônia para, na sequência, determinar à União e aos órgãos competentes (IBAMA, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e Fundação Nacional do Índio) a apresentação de Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm), no prazo de 60 dias, para corrigir esse cenário.

Consta do respectivo voto, na condição de Relatora, que:

> Não compete a este Supremo Tribunal a escolha da política pública mais apropriada para o combate às queimadas ilegais, ao desmatamento e à degradação ambiental. Mas, no desempenho da função precípua desta Casa de guarda da Constituição e do Estado de direito ambiental, compete a este Supremo Tribunal assegurar o cumprimento da ordem constitucional com a observância do princípio constitucional da prevenção para preservação do meio ambiente equilibrado e proibição do retrocesso.

Assim, justifica a intervenção judicial:

> A Constituição da República impõe o agir estatal para preservar, proteger, se for o caso, restaurar o meio ambiente. A inércia do administrador ou sua atuação insuficiente ou, pior ainda, contrária aos deveres constitucionais estatais macula de inconstitucionalidade a atuação do Estado, impondo-se a intervenção judicial para restabelecer a eficácia dos direitos constitucionais à dignidade ambiental, aos direitos fundamentais dos indivíduos da presente e das futuras gerações.

No Plano devem ser detalhadas medidas e metas para a redução do desmatamento, para o combate das atividades ilícitas e crimes ambientais e para a preservação dos direitos de indígenas.

Fundo Nacional de Meio Ambiente. A ADPF nº 651 questionou o Decreto Presidencial nº 10.224/2020, que promoveu diversas alterações na composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Por maioria dos votos, no Plenário, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma que excluiu a participação da sociedade civil do correspondente Conselho Deliberativo.

Padrões de qualidade do ar. No julgamento da ADI nº 6.148, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Resolução CONAMA nº 49/2018, por não regulamentar, de forma minimamente eficaz e adequada, os padrões de qualidade do ar.

Terras da FUNAI. O Plenário do STF também referendou a liminar que obstara a transferência de demarcação de terras da FUNAI para o Ministério da Agricultura (ADI's nº 6.172, nº 6.173 e nº 6.174).

População indígena. No julgamento da ADPF nº 709, o STF determinou ao governo federal que adotasse medidas para conter o avanço da Covid-19 entre a população indígena. Situação similar ocorreu na ADPF nº 742, que obrigou o governo a elaborar plano de combate à Covid-19 para a população quilombola.

Omissão estatal na proteção da Amazônia Legal. O Supremo Tribunal Federal entendeu configurar omissão normativa (CF, art. 225, § 4º), em violação às obrigações referentes à ativação do Fundo da Amazônia, o inadimplemento dos deveres constitucionais de tutela do meio ambiente pela União, materializado na ausência de políticas públicas adequadas para a proteção da Amazônia Legal e na desestruturação institucional daquelas formuladas em períodos antecedentes.

A conclusão deu-se pela inconstitucionalidade dos decretos que implicaram na paralisação do Fundo e na determinação à União para que adotasse, no prazo de 60 dias, as providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia, nos limites de suas competências (STF. ADO nº 59/DF. Rel. Min. Rosa Weber. J. 03.11.2022).

População em situação de rua no Brasil. Em decisão tomada na ADPF nº 976-MC/DF (J. 21.08.2023), o Min. Alexandre de Moraes, em caráter liminar, determinou que o Poder Público adotasse diversas medidas para garantir os direitos e a proteção da população em situação de rua.

Aponta a inicial para a existência de omissões estruturais dos poderes Executivo e Legislativo, de forma a violar preceitos fundamentais como o direito social à saúde, à vida, à igualdade, à dignidade e à moradia. A decisão funda-se nos seguintes pontos: (i) as condições precárias de vida da população em situação de rua no Brasil demandam reestruturação institucional que decorre de quadro grave e urgente de desrespeito a direitos fundamentais; e (ii) a violação maciça de direitos humanos — a indicar potencial estado de coisas inconstitucional — impele o Poder Judiciário a intervir, mediar e promover esforços para estabelecer uma estrutura adequada de enfrentamento.

A atenção à população em situação de rua deve ser realizada com o intuito de: (i) evitar a entrada nas ruas; (ii) garantir direitos enquanto o indivíduo estiver nessa condição; e (iii) promover incentivos para a saída das ruas. Também foram sopesados outros fatores: (i) os desafios do retorno da população em situação de rua à educação escolar, que vão além da falta de acesso a programas; (ii) os obstáculos relacionados à reinserção no mercado de trabalho; (iii) a "aporofobia", entendida como violadora dos objetivos fundamentais, em especial o relacionado ao combate a todas as formas de discriminação (CF, art. 3º, IV); (iv) o direito à identidade além do mero registro; (v) o acolhimento institucional e o direito fundamental à moradia; (vi) a presença de atos comissivos e omissivos,

imputados a agentes públicos e pessoas privadas, que atentam flagrantemente contra a dignidade dessa população; (vii) a necessidade de medidas paliativas que impulsionem a construção de respostas estatais duradouras; e (viii) a necessidade de elaboração de estudo capaz de delinear todas as nuances que permeiam o problema crônico social em debate, para evitar políticas desassociadas do espaço e do tempo de aplicação.

Nesse contexto, os estados, o Distrito Federal e os municípios devem, de modo imediato, observar as diretrizes contidas no Decreto federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, em conjunto e nos moldes das determinações estabelecidas na parte dispositiva da decisão da Corte.

Foi considerada, na decisão que fora instituída pelo Decreto nº 7.053/2009, a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR). Entretanto, "a política ainda não conta com a adesão da grande maioria dos entes federativos descentralizados".

Licença-paternidade. O Supremo Tribunal Federal ingressou em questão complexa, a envolver a licença-paternidade, reconhecendo a omissão legislativa e estabelecendo prazo para o regramento pelo Parlamento, sem a definição de eventual regra transitória, caso subsistente a inércia. Não o fazendo, o STF anuncia que determinará o respectivo período a ser aplicado e, portanto, diante dessa hipótese, a matéria deverá ser novamente submetida à Corte para tal finalidade (ADO nº 20). Em 14.12.2023, fixou a seguinte tese:

> 1. Existe omissão inconstitucional relativamente à edição da lei regulamentadora da licença-paternidade, prevista no art. 7º, XIX, da Constituição. 2. Fica estabelecido o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão apontada, contados da publicação da ata de julgamento. 3. Não sobrevindo a lei regulamentadora no prazo acima estabelecido, caberá a este Tribunal fixar o período da licença paternidade.

Com esse encaminhamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a fixação de período de licença-paternidade pode contribuir para o prestígio a valores constitucionalmente assegurados, como a igualdade e o melhor interesse da criança. Não menos certo, todavia, é que essa mesma disciplina traz, como um de seus efeitos, o impacto do financiamento do referido afastamento em regimes públicos e privados de previdência, como também em outros segmentos objeto de políticas públicas específicas como, por exemplo, igualdade de gênero e empregabilidade. Consigne-se, ainda, que o quanto foi deliberado não atinge o extenso contingente de trabalhadores informais.

Plano de combate a incêndios. Em 20.03.2024, o Supremo Tribunal Federal, ao avançar na chamada "pauta verde", determinou à União que apresente, em 90 dias, plano de prevenção e combate a incêndios no Pantanal e na Amazônia, com monitoramento, metas e estatísticas (ADPFs 743, 746 e 857). Dentre as providências a serem adotadas estão a elaboração de plano de recuperação da capacidade operacional do Sistema Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais e de plano de ação com medidas concretas para processamento das informações prestadas ao Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Fez-se o breve relato dos julgados acima, com a finalidade de demonstrar que, de fato, a jurisprudência caminha no sentido da adoção de providências estruturantes para a solução de situações complexas, o que, conforme foi examinado, concentra mais eficiência na atuação judicial.

CONCLUSÃO

O controle judicial das políticas públicas, embora admitido e essencial, dentro de certos parâmetros, não se mostra suficientemente adequado. O aperfeiçoamento desse controle recomenda a verticalização dos aspectos orçamentários envolvidos, a demonstração da relevância do direito tutelado, o exame criterioso da motivação da Administração Pública, a democratização das

decisões e a utilização das ferramentas do processo estrutural, práticas que podem ser instrumentalizadas, dentre outras, pelas convenções processuais.

Necessário que o Sistema de Justiça tenha a percepção da dimensão estrutural de certos conflitos, empregando as técnicas essenciais a essa espécie de litígio, promovendo debates, coordenando ações e monitorando resultados, de forma a superar óbices políticos e institucionais e, com isso, conferir maior efetividade à atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado. v. 2/2015, p. 211-229, Jul – Dez/2015

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira;
SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d´Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de processo civil completo. São Paulo: RT, 2017.

CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil. In: Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (orgs.). O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Bahia: JusPodivm, 2017, p. 359-381.

DIDIER JÚNIOR; Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. v. 303/2020, maio/2020, p. 45-81.

FERRARO, Marcela Pereira. Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo Estrutural. 2015. 224f. Dissertação apresentada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2014a.

FREITAS, Juarez. O controle jurisdicional das políticas públicas e o início do fim do Estado omisso. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 16, n. 84, mar./abr. 2014b.

GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Samira Viana. A flexibilidade dos procedimentos em litígios estruturais: uma análise do destino da ADPF nº 347. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 30, n. 120, p. 183-208, out./dez. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (orgs.). O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Bahia: JusPodivm, 2017, p. 423-448.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Convenção Processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. Revista de Processo. v. 288/2019, p. 127-153, fev./2019.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 210, p. 11-23, out./dez. 1997.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da Constituição: o papel do Direito e da Jurisdição Constitucional. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020.

VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 273-310, jan. 2018a.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. São Paulo, v. 284, p. 333-369, out. 2018b.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação social. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

JURIMETRIA: A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANAENSE

Ramon de Medeiros Nogueira [139], Rodrigo Luís Kanayama[140], Adriane Garcel Chueire Calixto[141]

INTRODUÇÃO

A trajetória de busca pela eficiência e melhoria nos serviços Judiciários não é nenhuma novidade.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/2004, os pesquisadores, gestores, e Tribunais de um modo geral, já buscam saídas para o fenômeno da crise da jurisdição na tentativa de conseguir realizar o dever de eficiência em um cenário no qual, cada vez mais, a Justiça é demandada.

No entanto, a grande imensa maioria das pesquisas no contexto do Judiciário seguem o padrão tradicional de aplicação da metodologia qualitativa de análise, que perde de vista questões fundamentais.

Um grande passo foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, que passou a elaborar o Relatório Justiça em Números para traçar o panorama anual do Judiciário.

No entanto, o panorama desafiador oriundo do Estado de Direito e da era do Big Data, como também as grandes mudanças provocadas pelo contexto de excepcionalidade, causado pela crise sanitária, impõe a adoção de mudanças drásticas nos parâmetros necessários à gestão eficiente dos tribunais.

Em 2009, a Resolução nº 76/2009, do Conselho Nacional de Justiça, passou a dispor sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelecer indicadores, fixar prazos e determinar penalidades.

Em 2020, a Resolução CNJ nº 331/2020, instituiu a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) para os tribunais.

Ato contínuo, atenta às mudanças no cenário jurídico, a Resolução nº 462/2022, do Conselho Nacional de Justiça, deu um salto importante ao dispor sobre a gestão de dados estatísticos e criar a chamada Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ), com mecanismos de colaboração,

---

[139] Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Formador de Formadores reconhecido pela Enfam. Atuou como Procurador-Geral do Tribunal de Justiça Desportiva, Diretor Jurídico da Sanepar e Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Paraná. Atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Diretor-Geral da Escola Judicial do Paraná - EJUD-PR. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/9197999980079503

[140] Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2012). Advogado em Curitiba (2002). Professor Associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Ministra as disciplinas de: Direito Financeiro, Direito Administrativo, Direito Notarial e Registral, e Política e Políticas Públicas. Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná (2010-2012, 2013-2015, 2016-2018, 2019-2021, 2022-2024). Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais (2016-2018, 2019-2021, 2022-2024) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6130548557084828

[141] Doutoranda e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial. Possui graduação em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade (2005) e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (2012). Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP (2014). Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região - EMATRA vinculada ao Centro Universitário UNIBRASIL (2015). Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a UNIVERSIDADE POSITIVO (2019). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2021). É Assessora Parlamentar do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Coordenadora Editorial da Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito do Centro Universitário do Paraná - UNIFAESP. Registro ORCID 0000-0002-5096-9982. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/3684019694966209

comunicação e divulgação dos estudos e diagnósticos entre os grupos de pesquisas judiciárias dos tribunais.

A resolução reconhece a importância da utilização da base de dados do Datajud, que fornece informações críticas e dados dos serviços prestados, como fonte de diagnóstico do Judiciário – um caminho para acompanhar e aperfeiçoar as políticas judiciárias. Como também, a relevância da pesquisa contínua e colaborativa para a evolução das cortes de Justiça no país. Não é possível aprimorar os serviços, senão, por meio da investigação científica de qualidade.

Ao passo que a Resolução nº 325/2020 traça a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, a Resolução nº 462/2022 sistematiza o caminho a ser trilhado para a superação dos macrodesafios. O aperfeiçoamento da gestão administrativa e de governança do Judiciário dependerá eminentemente da atividade constante de pesquisa integrada dos tribunais.

Por isso, é importante que se incentive, cada vez mais, a investigação científica por parte dos operadores do direito, inclusive, os magistrados, uma vez que vivenciam o dia a dia da jurisdição.

A história do Direito bem demonstra a importância da pesquisa continua para a evolução do pensamento jurídico e estruturas do Estado. Em tempos de crise judiciária, caberá aos pesquisadores definirem os novos contornos da Administração Pública. A produção científica é fundamental para que se proponham melhorias e mudanças nos serviços, com mais eficiência, adequação e alinhamento com a realidade social.

As modificações imprescindíveis para a otimização da administração judiciária resultarão, necessariamente, das pesquisas, vez que permitem um diagnóstico dos gargalos para que, a partir daí se pensem proposições e estratégias – em especial, em termos de gestão estratégica, daquelas que se utilizam de dados estatísticos confiáveis.

A resolução, neste segmento, enfatiza a importância da produção científica, sobretudo, pelos magistrados e gestores das cortes, como processo necessário para a melhoria dos serviços prestados, nos termos do que exige o artigo 37 da Constituição Federal, que trata do princípio da eficiência administrativa.

Neste cenário, o estudo busca compreender a jurimetria como metodologia auxiliar na busca pela efetividade no contexto do Judiciário paranaense.

Para tanto, utiliza-se do método lógico dedutivo combinado com a análise de dados estatísticos levantados pelos principais indicadores, desenvolvendo-se ao longo de três capítulos principais.

Em um primeiro momento, como ponto de partida, o estudo irá investigar a jurimetria em termos gerais. Na sequência, analisar a questão da efetividade da jurisdição e o papel da metodologia como ferramenta de gestão. Por fim, analisar os principais indicadores do Judiciário paranaense de modo a compreender a aplicação prática da jurimetria.

1 JURIMETRIA: CONCEITO, SURGIMENTO E REFERENCIAL TEÓRICO

De modo usual, o estudo do direito fundamenta-se no mecanicismo clássico, abstratismo, que se firma na mera revisão bibliográfica com base no tripé, doutrina, lei e jurisprudência.

Conforme destacam Juliana Cristina Luvizzoto e Gilson Piqueras Garcia (2020, p. 47):

> Desde a referida época romana, era comum que as opiniões de célebres juristas gozassem de autoridade e força obrigatória de lei, o que culmina, ainda hoje, numa estratégia profissional de utilização daquilo que se convencionou denominar de "argumentos de autoridade". O mesmo se pode afirmar quanto à técnica de realização de pesquisas jurídicas, as quais, basicamente, consistem na revisão bibliográfica de obras clássicas, com alguma citação exemplificativa ou de reforço da jurisprudência. Contudo, hoje, a atividade jurídica profissional e acadêmica reflete a aspiração de examinar as consequências da aplicação da lei ao caso concreto, do impacto de decisões judiciais ou de outras instâncias julgadoras no contexto da sociedade.

A investigação meramente qualitativa, com análise não numérica, com vistas a compreensão dos fenômenos jurídicos, gestão e adequada entrega da prestação jurisdicional pelos tribunais, vem se mostrando insuficiente em um cenário em que se busca a materialização dos direitos e efetiva realização da justiça.

Nos últimos anos tem se tornado cada vez mais frequente o estudo empírico, com aplicação do campo da econometria e aproximação da estatística e probabilidade do universo jurídico para melhor compreensão do escopo investigativo.

A metodologia usual acaba por impossibilitar a adequada análise do fenômeno jurídico, que alinhado às mudanças sociais e exigências constitucionais, carece de uma investigação mais realística e precisa da realidade social.

A análise quantitativa, com aporte numérico na estatística, é trazida pelo método jurimétrico como giro epistêmico racionalizador.

Atualmente, no entanto, ainda não existe um conceito exato e aprofundado acerca do que viria a ser jurimetria.

Na doutrina, ainda busca-se definir com exatidão o método e seu âmbito de abrangência, o que segundo Adilson Pereira, Sandra Vieira, Maicon Rodrigo, Wilson Cabral, Hildeglan Carneiro, Mariana de Alcântra (2022, p. 67) "é uma missão desafiadora".

Em termos conceituais, Muilder, Noortwijk e Combrink-Kuiters (2010) explicam que a jurimetria é metodologia que aplica a matemática para analisar "[...] sentenças que possuam alguma relação entre processos com cenários". Paulo Roberto Colombo Arnoldi (2010, p. 93 – 94), em contrapartida, destaca que a jurimeria é área do conhecimento originada pela "aplicação dos métodos da Estatística e da Probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos".

A partir da análise interpretativa dos conceitos trazidos por Loevinger e Mulder, Filipe Zabala e Fabiano Silveira (2014, p. 76) definem a jurimetria de modo semelhante aos demais autores, como "a aplicação de métodos quantitativos no Direito".

Conforme destaca Hippertt (2023, p. 144) a jurimetria compreende "[...] a aplicação de técnicas próprias do ramo da estatística para o contexto do Judiciário, predição, descrição e diagnósticos.

A metodologia proposta pela jurimetria é inovadora e permite uma avaliação muito mais concreta dos fenômenos jurídicos, o que resulta no aprimoramento das políticas públicas judiciárias e ampliação do acesso à justiça em um cenário de escassez de recursos e maior demanda por justiça. Conforme destacam Daniel Francisco Nagao Menezes e Cássio Modenesi Barbosa (2015, p. 286):

> A Jurimetria é uma metodologia que quebra o paradigma do conhecimento científico que vem se firmando nos últimos 20 anos no ensino dogmático. Nos últimos 40 anos o conhecimento jurídico está pautado na reprodução das "lições" jurídicas contidas nos livros de direito direcionados à graduação, obras estas que não passam da simplificação de conceitos jurídicos pensados em outros países a um século atrás.[...] A estratégia metodológica para organizar os dados assim coligidos se dá pelo uso da Estatística, ciência que possui como objeto de estudo os dados empíricos quantitativamente organizados para possibilitar a identificação de comportamento em um dado conjunto de elementos concretos, como o número de demandas relativas, por exemplo, aos contratos de prestação de serviços de telefonia, objeto deste artigo. Outro efeito importante é o de deslocar o foco do estudo do Direito da pesquisa qualitativa para a quantitativa e, apenas após compreender, interpretar e modelar os dados fornecidos projetar conclusões qualitativas com relação à natureza da prestação jurisdicional. Assim, a eleição desta ou aquela natureza de demanda – considerada em seu conjunto e não em uma unidade isolada – como a mais relevante para determinado grupo social e quais as políticas públicas necessárias para solucionar os conflitos produzidos nas suas relações materiais e não mais em modelos arbitrariamente estabelecidos.

Filipi Zabala e Fabiano Silveira (2014, p. 76) explicam que, no Direito, a jurimetria é aplicável ao exercício de cada um dos três poderes do Estado, embasando a tomada de decisão pelo

magistrado, a elaboração legislativa, a gestão pública e, inclusive, a advocacia no âmbito da instrução probatória. Em qualquer um dos casos a metodologia, quando aplicada, traria um maior rigor metodológico na avaliação das informações.

No contexto do legislativo, a tomada de decisão política é substituída por um maior rigor e embasamento na criação e manutenção da legislação, o que agrega em termos de eficiência e coerência, com diminuição da distância entre a criação da lei e a realidade, conforme explicam os autores (Zabala; Silveira, 2014, p. 77):

> Uma das mais destacadas atuações da Jurimetria é a análise de informações organizadas em bancos de dados públicos, fundamentais para o entendimento da situação socioeconômica vigente. A organização e análise de dados proporcionam um ambiente favorável para a produção de leis coerentes, criando um alicerce comum para discussões políticas.

No contexto da gestão, a jurimetria permite a tomada de decisão mais assertiva pelo gestor, enquanto, na seara da atividade jurisdicional, confere aporte técnico de informações para uma análise inteligente dos dados pelo magistrado.

Neste contexto, Pinto e Mendes (2015, p. 10) destacam que, mesmo com a aplicação da metodologia, ainda sim, a figura do magistrado se fará presente na tomada de decisão, de modo que não se defende a substituição do julgador, mas uma somatória de esforços para otimizar a prestação.

Na advocacia, as métricas permitem uma análise mais segura dos caminhos a tomar, com avaliação da chance de sucesso pelo advogado, como também servem de evidências que fundamentam a argumentação em sede de instrução probatória.[142]

A estatística aplicada ao direito é ferramenta técnica que agrega substancialidade a informação que, quantificada, resulta em declarações mais precisas. A análise estatística "oferece ferramentas para analisar informações, medir incertezas e auxiliar na tomada de decisão" (Zabala; Silveira, 2014, p. 76). Isto é, confere cientificismo à mera opinião a partir da quantificação da informação.

Apesar do ceticismo no cenário nacional, no contexto internacional o estudo jurimétrico não é tão recente e a primeira alusão foi feita, em 1949, por Lee Loevinger, criador e referência no estudo do método.

O advogado aplicou a estatística às palavras-chave na tentativa de compreender os padrões da decisão judicial (Loevinger, 1949), com o estudo "no artigo intitulado "*Jurimetrics: the next step forward*", publicados no *Minnesota Law Review.*

Segundo Ricardo Haddad (2010, p. 3927), Loevinger demonstrou como as decisões judiciais podem ser "experimentadas (como ocorre com os experimentos das ciências exatas) e não somente" comentadas.

Em 1961 e 1963, Loevinger publicou os artigos "*Jurimetrics: science and prediction in the field of law*" e "*Jurimetrics: the methodology of legal inquiry*".

Na década de 70, Mario Losano cria o termo "juscibernética" para definir a aplicação do computador como ferramenta do direito, quando o termo jurimetria cai no esquecimento.

Em um momento inicial, a jurimetria não foi bem aceita porque na concepção da doutrina o método lógico matemático destoava da lógica da atividade jurisdicional (Haddad, 2010, p. 3920).

---

[142] "A atividade jurídica tem cada vez mais inclinado o seu olhar para a matemática. Conhecer os números para discernir qual é a jurisprudência majoritária virou uma estratégia processual para um bom advogado, que não pode mais ficar alheio à identificação de tendências para montar seu plano de atuação e argumentação. Do mesmo modo, o recurso à matemática para avaliar o impacto de determinadas decisões apresenta fundamental importância para julgadores que, atualmente, para além da exigência legal constante no artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), necessitam identificar prováveis consequências fáticas decorrentes da aplicação de atos normativos, até para que suas decisões se tornem efetivas e equânimes" (Luvizotto; Garcia, 2020, p. 49).

Ao longo do século XX, o movimento da *Law and Economics* desenvolveu-se, cindindo o estudo compartimentado e interpenetrando a Economia no Direito, o que contribuiu com o desenvolvimento da jurimetria.

O grande destaque da corrente deu-se na década de 60, somando estudos de diversos autores com o passar do tempo, Ronald Coase, Oliver Williamson e Elinor Ostron, Douglas North, Richard Posner, Guido Calabresi, Gary Becher, Henry Mainne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema e Trimarcchi.

Conforme destaca Paulo Roberto Colombo Arnoldi (2010, p. 91), a cisão entre as disciplinas é superada pela percepção de que os estudos empíricos da economia maximizam os resultados alcançados e são muito úteis para o direito. A conjugação entre Direito e Economia enriquece e traz eficiência para o sistema jurídico.

Para o autor (Arnoldi, 2010, p. 93), a jurimetria é a nova tendencia incorporada ao Direito no país, e origina-se da busca por elucidar os fenômenos jurídicos recorrendo-se a metodologia usual da probabilidade e estatística, "ciência que permite recolher, resumir, interpretar e modelar dados da realidade, esclarecendo como uma determinada população de eventos se comporta".

Neste sentido, Adilson Pereira, Sandra Vieira, Maicon Rodrigo, Wilson Oliveira, Hildeglan Carneiro e Maria de Alcântara (2022, p. 63), explicam que a aplicação da jurimetria resulta na expressão gráfica e estatística dos fatos jurídicos, que podem ser observados quantitativamente, o que resulta em "uma justiça mais sensível e próxima da realidade".

No Brasil, a jurimetria remonta ao ano de 2008, utilizada por advogados paulistas em um estudo que buscava compreender os padrões de comportamento em decisões judiciais. No entanto, apenas ganhou destaque em 2011, quando passou a ser tratada cientificamente na universidade Mackenzie (Macaípe; Valença; Tauchert; Cabral Júnior; Brito; Alencar, 2022, P. 65).

Atualmente, a jurimetria tem sido aplicada, principalmente, para a otimizar a prestação jurisdicional.

No entanto, Paulo Roberto Colómbo Arnoldi (2010, p. 89) adverte que ela é "uma metodologia de estudo do Direito em geral, dentro e fora dos tribunais, capaz de oferecer contribuições relevantes em todas as áreas de especialidade do direito, tanto na pesquisa acadêmica como no exercício privado das profissões jurídicas".

O salto evolutivo provocado pela pandemia do COVID-19, por sua vez, resultou em um segundo nível de associação da jurimetria aos modelos preditivos, "[...] funções matemáticas que aplicadas a certo volume de dados, identificam não apenas padrões como oferecem previsões do que pode ocorrer".

3 JURIMETRIA: EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Com o processo de redemocratização e a ampliação dos direitos, o Judiciário migrou para o centro em uma sociedade eminentemente litigante.

Questões sociais, relacionais e, até mesmo, políticas, passaram a ser trazidas para resolução pela justiça com multiplicação ascendente no número de conflitos.

A importância de que foi dotada a jurisdição no Estado de Direito, como a última instância para a tutela dos direitos e resolução dos conflitos sociais, como também os contornos expressivos da crise do excesso de judicialização, como outra face da ampliação do acesso, encontram-se refletidos no relatório Justiça em Números de 2023.

Em 2022, o Relatório Justiça em Números apontou para um total de 81,4 milhões de processos em tramitação, o equivalente a 7,5% a mais de ações do que no ano anterior (Brasil, 20230)

Ao passo que a justiça se desdobra na sociedade do litígio na tentativa de dar conta do ônus processual elevado, dela exige-se cada vez mais efetividade, em uma crise sem precedentes.

Em contrapartida, o excesso de demandas não afasta a obrigatoriedade do cumprimento pelo Judiciário do dever constitucional da eficiência, muito pelo contrário.

Conforme a sociedade se complexifica e os litígios tornam-se mais frequentes exige-se mais do Judiciário, que é frequentemente provocado a atuar nos momentos de tensão democrática e violação de direitos.

Mesmo em um cenário de litigiosidade ascendente, a jurisdição deve cumprir com a missão constitucional de realizar os direitos fundamentais e consagrar uma sociedade mais justa e solidária, com desenvolvimento econômico e social.[143]

Como órgão da Administração Pública que é, ao lado do Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário desempenhar satisfatoriamente suas funções, com uma administração racional e eficiente.

Conforme destaca Didier (2016, p. 100), "O processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal".

A aplicação da eficiência ao Judiciário é extraída da leitura conjunta do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 8º do Código de Processo Civil.

Neste sentido, Nieto (2005 p. 69), destaca que a ineficácia da jurisdição compreende a síndrome do desgoverno judicial, "um fato indiscutível que sufoca os juízes, oprime o cidadão e regozija os delinquentes".

Por sua vez, Ivo Gigo Jr (2014) refere-se a uma tragédia sem precedentes, a partir da terminologia tragédia dos comuns, para dizer que a crise é trágica, porque não desejada, mas é inevitável diante do contexto criado.

Cássio Mondenesi Barbosa e Daniel Francisco Nagão Menezes (2013, p. 164) apontam que a crise da justiça é a crise da efetividade estrutural do Judiciário e destacam como uma das causas a "má administração judicial embaraçada pelo arcaísmo de seus métodos gerenciais".

Conforme destaca Karen Paiva Hippertt (2023, p. 13), o fenômeno impulsiona a adoção de mudanças para superação dos obstáculos e melhoria contínua para que, mesmo em um cenário de judicialização demasiada, com limitação orçamentária e de pessoal, o sistema de justiça mostre-se cada vez mais eficiente:

> A crise da jurisdição como um fenômeno que se agravou no Estado de Direito precisa ser objeto de debates constantes, porque dos níveis inadequados de acesso à justiça no país resultam reflexos extrajurídicos significativos. A escalada da crise veio a dar lugar ao repensar dos paradigmas até então vigentes, que foram colocados em xeque. Quando o país se recuperou da crise sanitária e as portas do Judiciário reabriram para o presencial, a sociedade e os jurisdicionados depararam-se com um novo normal cada vez mais disruptivo e tecnológico. Por outro lado, é cada vez mais árdua a missão imposta a Justiça brasileira de assegurar acesso à justiça célere, efetivo, satisfativo em um Judiciário com crescimento exponencial de demandas com limitação orçamentária e de pessoal. Desafios de grande magnitude que requerem mudanças sistêmicas e estratégicas (Hippertt, 2023, p. 13).

Quando lida à luz da imposição do dever de eficiência, a crise exige da administração pública, na figura do Judiciário, a melhoria constante da prestação jurisdicional, com alinhamento às exigências impostas, conforme adverte a autora (Hippertt, 2023, p. 139).

A jurimetria se coloca, justamente, neste momento em que os árduos desafios enfrentados para a melhoria da prestação jurisdicional e o cumprimento do dever de eficiência impõe a intersecção do Direito com outras disciplinas capazes de agregar estrategicamente.

A pesquisa quantitativa, com aplicação da estatística, permite uma gestão racional e a tomada de decisão mais acertada pelo gestor público.

Conforme destaca Fernando Correa (2019): "Quando se faz jurimetria, enxerga-se o Judiciário como um grande gerador de dados que descrevem o funcionamento completo do sistema. Quando se faz jurimetria, estuda-se o Direito através das marcas que ele deixa na sociedade".

---

[143] Cf. HIPPERTT, 2023.

Para Karen Paiva Hippertt (2023, p. 144) "A aplicação da estatística [...] propicia a obtenção de informações qualitativas como espécie de diagnóstico da prestação jurisdicional, da efetividade de algumas medidas e a assertividade quanto as práticas de gestão a serem adotadas".

Tem-se, portanto, que jurimetria é método que possibilita uma gestão estratégica, racional e técnica, muito mais eficiente e assertiva, que foge ao abstrativismo do método qualitativo.

Não é possível gerir adequadamente e de forma eficiente, muito menos, guiar a tomada de decisão estratégica, senão, munindo-se de informações qualificadas, precisas, da realidade que se coloca; e sem gestão adequada, não há eficiência.

Por isso, a jurimetria se apresenta como método inovador, já que confere uma perspectiva de análise diferenciada, com mapeamento do fenômeno jurídico, englobando a realidade, os efeitos práticos e a probabilidade de ocorrência, o que fundamenta eventuais interferências e modificações pelo gestor em um contexto prático.

A superação da síndrome do desgoverno judicial citada por Nieto (2005, p. 69), com ganhos em efetividade, nesta perspectiva, precede o alinhamento do Direito com a realidade e o distanciamento da investigação abstrata.

Conforme destaca Hippertt (2023, p. 140), enquanto a eficiência "tem por enfoque a análise custo-benefício, a moderna teoria da Administração traz a eficácia que se centra na análise dos objetivos e métodos e a efetividade, uma somatória entre as duas e que resulta no alcance dos objetivos e métodos da melhor maneira possível". Neste sentido, dá-se a aplicação da jurimetria no contexto da administração da justiça.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 198/2014, dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e elegeu como macrodesafios do Judiciário para o período de 2021-2026, dentre outros, a agilidade e produtividade na prestação jurisdicional; a garantia dos direitos fundamentais; enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais; prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos; consolidação do sistema de precedentes obrigatórios; impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas; aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal; fortalecimento do processo eleitoral; fortalecimento da Política Nacional de Gestão de Pessoas; aperfeiçoamento da gestão orçamentária e financeira; aperfeiçoamento da administração e governança judiciária; fortalecimento da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e de Proteção de dados; e aperfeiçoamento da Política de Sustentabilidade.

Os macrodesafios compreendem problemas-chave e grandes temas objetos da atuação conjunta dos tribunais e conselhos de justiça visando o aprimoramento da prestação jurisdicional. O seu enfrentamento somente será possível por meio de uma gestão estratégica conjunta do Judiciário.

A importância da jurimetria para aperfeiçoar a gestão administrativa e de governança é tamanha que a Resolução nº 462/2022, do Conselho Nacional de Justiça passou a dispor sobre a gestão de dados estatísticos, criação de Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e dos Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário.

Conforme destaca Arnoldi (2010, p. 94), de um modo geral, tanto o judiciário como o Conselho Nacional de Justiça "estão cientes da necessidade de estudos quantitativos-empíricos para aperfeiçoar a sua gestão e iniciaram esforços na promoção de pesquisas desse gênero". Por isso, atualmente, não existe corte que não possa ter o desempenho acompanhado em tempo real e de forma precisa, sobretudo, em se considerando que, paralelamente a aplicação da pesquisa jurimétrica, o Judiciário brasileiro migrou 100% para o digital.

Por possibilitar a análise e gestão estatística dos dados, no contexto do Judiciário, o método quantitativo-empírico alinha-se a meta de aperfeiçoar a gestão administrativa e de governança, com uso dos dados qualificados como diagnóstico do judiciário e da eficiência das políticas judiciárias.

Por sua vez, sem uma governança adequada, em um cenário de crise, a justiça afastar-se-á cada vez mais da realização das demais metas, inclusive, dos fins constitucionalmente eleitos.

Antes de fazer bem-feito, é preciso saber se "as coisas bem-feitas são as que realmente deveriam ser feitas" (Chiavenato, 1994, p. 70) e a escolha do que deve ser feito, o modo de realização e a análise dos impactos para alcance dos objetivos e métodos carece da investigação realística e precisa do fenômeno jurídico que se sucede no contexto da jurisdição, o que só a jurimetria pode fornecer.

4 JUSTIÇA EM NÚMEROS E PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANAENSE

Realizado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, desde o ano de 2004, o Relatório Justiça em Números tem servido como um dos principais indicadores do Judiciário e se aperfeiçoa ano a ano, graças ao avanço da tecnologia.

De acordo com Schwartz e Guilherme, o relatório:

> "Justiça em Números 2023" revela que o Poder Judiciário brasileiro possuía, ao final de 2022, 81,4 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2023, p. 92). Apesar dos grandes avanços do sistema de justiça nos últimos anos, ainda existe um problema relacionado ao acesso à justiça e à morosidade, questão concernente ao sistema de justiça mundial.[144]

Os dados levantados auxiliam a que se trace um verdadeiro diagnóstico atualizado, com uma gestão racional e precisa dos Tribunais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), escopo do presente estudo, é retratado no relatório, data-base 2022, compondo a lista dos tribunais de grande porte do país, ao lado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), São Paulo (TJSP), Minas Gerais (TJMG) e Rio de Janeiro (TJRJ). Segundo o Estudo, o TJSP é o maior deles, antecedido pelo TJMG, TJRJ, TJRS e TJPR.

Em termos orçamentários, o relatório aponta que as despesas totais do Poder Judiciário no ano de 2022 somaram R$ 116 bilhões. O aumento de 5,5%, em relação ao último ano, é atribuído a inflação e acréscimo de 4% nos gastos com pessoal.

O Justiça em Números (2023) indica que a despesa da Justiça Estadual representa 61% da despesa total do Judiciário. Isso porque, o segmento abrange 78% dos processos em tramitação, em comparação à Justiça Federal que corresponde a 15% dos processos para 11% das despesas, como também a Justiça do Trabalho com 6% dos processos e 19% das despesas.

Em 2022, o custo total do serviço de Justiça por habitante do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi de R$ 266,7, valor este que é inferior a grande parcela dos custos por habitante nos demais tribunais estaduais.

O Painel de Estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) também permite o acompanhamento atualizado, em termo real, dos dados da justiça brasileira. Ele é utilizado na produção anual do Justiça em Números pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em média, o relatório aponta que a cada grupo de mil habitantes, 127 ingressaram com uma ação judicial em 2022, um aumento de 7,4% no número de casos novos por habitante em relação ao ano anterior. No Tribunal de Justiça do estado do Paraná, foram 10.103 casos novos por cem mil habitantes.

O Justiça em Número também calcula o índice de carga de trabalho de magistrados e servidores no âmbito nacional, com variação positiva entre 10,7% e 10,5% no país. No caso dos magistrados, no ano de 2022, o volume médio bruto de processos para gestão foi de 6.747 (aumento de 4,7%) e para os servidores a carga foi de 566 processos por pessoa (aumento de 4,4%). No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o índice foi de 1.618 processos por magistrados.

---

[144] SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins; GUILHERME, Gustavo Chueire Calixto. Matemática aplicada ao Direito: A "Calculadora Judicial Eletrônica AGNESI" em prol da celeridade e da eficiência. Revista Judiciária do Paraná. ISSN: 2316-4212 Ano XVII Dez 23-Jan-fev 2024. Disponível em: https://www.revistajudiciaria.com.br/, p. 108. Acesso em: 10 dez.2023.

Já, o índice de produtividade por servidor, apenas para a área judiciária, sofreu um aumento de 10,5% no período, com uma média de 150 processos por servidor, sendo que na Justiça Estadual o aumento foi de 12,3%. No Paraná, o índice de produtividade foi de 178 processos por servidor.

A taxa de congestionamento do Judiciário como um todo tem caído gradativamente chegando 72,9% no ano de 2022. Na Justiça Estadual a queda foi de 1,9 ponto percentual. No Paraná, a taxa líquida de congestionamento, com a exclusão dos processos suspensos, sobrestados ou provisoriamente arquivados, foi de 64,8% e a total de 71,1%, abaixo da média nacional.

O Índice de Atendimento à Demanda (IAD), por seu turno, alcançou o patamar de 96,1%, isto é, menos de 100%, contribuindo para a elevação do estoque em 1,8 milhão de processos. No TJPR, o índice de atendimento a demanda chegou ao patamar de 104,1%, um resultado extremamente positivo.

Com relação ao cumprimento da Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau, estabelecida nas resoluções nº 194/2014, nº 19/2014 e 219/2016, todas do Conselho Nacional de Justiça, criou-se o Painel de Acompanhamento para monitoramento em termo real por Tribunal.

O painel descrimina informações do número de servidores, como também dos valores dos cargos e funções. Segundo o relatório, nenhum dos tribunais do país conseguiu cumprir com a política atingindo a equivalência de despesas destinadas a cargos em comissão entre os dois graus de jurisdição; quanto as funções comissionadas, os avanços também não foram significativos mantendo-se a disparidade. No Paraná, o percentual de servidores na área judiciária de primeiro grau é de 83%, em cargos em comissão e funções comissionadas é de 76% e na área administrativa é de 10%.

Os indicadores de casos novos por servidor e magistrado, excluindo as execuções judiciais iniciadas, do segundo grau supera o do primeiro grau em 68,3%. São 41 casos novos em comparação com 60 no segundo grau. No TJPR, o número é de 1.385 e 1.374, no segundo e primeiro graus respectivamente.

Em contrapartida, a carga de trabalho de primeiro grau dos magistrados é quase que o dobro do que a do segundo grau, isto é, 3.783 ações em comparação às 7.163 de primeiro grau. No Paraná, os valores são de 3.161 no primeiro grau e 6.333 no segundo. Por sua vez, a carga de trabalho por servidor é de 294 no segundo grau e 722 no primeiro.

Os indicadores de produtividade de magistrados e servidores da área judiciária, mensurado com base no total dos casos baixados e pessoas atuantes durante o ano, aumentou em comparação aos anos anterior, apontando para uma produtividade crescente no primeiro grau e decrescente no segundo. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o padrão se manteve, com Índice de Produtividade (IMP) de 1.318 no segundo grau e 1.670 no primeiro, como também o Índice de Produtividade dos (as) Servidores (as) da Área Judiciária (IPS-Jud) de 123 e 190, no segundo e primeiro grau respectivamente.

No corte paranaense, o Índice de Atendimento a Demanda comparativamente entre primeiro e segundo grau foi de 105% e 95%, respectivamente. A taxa de congestionamento, por outro lado, foi maior no primeiro do que no segundo grau, 51% e 73%, respectivamente.

Os processos em fase de execução, por seu turno, apresentam uma tendência de crescimento, após um período de queda, com estoque similar ao de sete anos atrás e destaque para as execuções fiscais. No Paraná, o percentual de casos pendentes de execução com relação ao estoque de processos é de 51,6%; na primeira instancia, a taxa de congestionamento é de 65% na fase de conhecimento e 81% na de execução; além disso, há um total de 808.117 execuções fiscais pendentes, uma proporção de 25% a mais em relação ao total de processos pendentes no primeiro grau, com taxa de congestionamento de 85% e tempo médio de tramitação do processo baixado de 4 anos e 4 meses.

Ato contínuo, o índice de produtividade por magistrados na fase de execução e conhecimento, compreende um total de 600 e 1.106 processos, respectivamente. No TJPR, o número de processos é de 591 e 1.028, respectivamente. No que diz respeito a produtividade por servidor, é de

65 e 117, na fase de execução e conhecimento respectivamente, superior à média nacional de 50 para 94 em cada uma das fases.

O índice de atendimento à demanda comparando as fases de execução e conhecimento no Paraná é de 106%, em ambas as fases, relativamente ao índice geral do Judiciário de 93% e 98%, respectivamente. Já, a Taxa de Congestionamento no Estado, é de 81% e 65%, contra a média nacional de 84% e 67%, nas fases de execução e conhecimento, respectivamente.

Em termos de produtividade, o Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus) e, portanto, de eficiência, do TJPR, incluindo a área administrativa, é de 96, sendo superior à média dos demais Tribunais.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o índice de produtividade dos magistrados do TJPR é de 1.618 processos baixados (IPM realizado), sendo que para que alcançassem a eficiência máxima, com IPC-Jus de 100%, deveriam ter baixado 61 processos a mais. No caso dos servidores, precisariam ter baixado cinco processos a mais, totalizando, 155 processos, para uma eficiência máxima. Fazendo um paralelo, a taxa de congestionamento líquida (TCL) reduziria em 1%, passando para 64%.

Quanto a transformação digital e atuação inovadora, o TJPR possui um percentual 68,4% de adesão das unidades judiciárias ao Juízo 100% Digital, 2 núcleos da Justiça 4.0, não possui Balcões Virtuais e possui 100% de casos novos com ingresso eletrônico.

O relatório, ainda, aponta que o tempo médio de duração dos processos eletrônicos na corte é de 3 anos e 3 meses.

Em termos de conciliação, o TJPR encontra-se nas primeiras posições nos últimos cinco anos consecutivos quanto ao uso dos métodos adequados de resolução de conflitos. Compreende o segundo tribunal com o maior índice de conciliação (14,3%), com destaque para o 1º grau e para a fase de execução, e com o maior número de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, no total são 145 CEJUSC's, em comparação ao TJMG que possui 299.

O tempo médio de tramitação dos processos é de 2 anos e 3 meses para os processos baixados e 3 anos e 3 meses para os pendentes. Comparativamente, a média nacional do Poder Judiciário é de 2 anos e 5 meses, e 4 anos e 5 meses, respectivamente. Ainda, o tempo médio da inicial até a sentença no segundo grau é de 5 meses e no primeiro de 2 anos e 1 mês, inferior à média nacional de 7 meses, e 2 anos e 5 meses, respectivamente.

Por fases, o tempo médio de tramitação é de 2 anos e 11 meses na fase de execução, e 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento, tempo inferior à média nacional de 4 anos, e 1 ano e 6 meses, respectivamente.

Em complementação, a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (Datajud) armazena dados e metadados em âmbito nacional de todos os processos, físicos e eletrônicos, mesmo que sigilosos, dos tribunais do país.

O sistema conta com diversos filtros que permitem uma busca extremamente detalhada e que é atualizada constantemente. Com uso da plataforma, é possível acompanhar em tempo real as estatísticas ligadas a gestão de pessoal, produtividade, indicadores, classes, assuntos, mapas e metas; despesa de pessoal, por ramo, tribunal e período específico; os grandes litigantes.

O Datajud foi instituído, em 2020, pela Resolução n° 331 do Conselho Nacional de Justiça e passou a servir como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ.

Segundo o painel, que conta com dados posteriores àqueles publicados pelo Relatório Justiça em Números, cuja data-base compreende o ano de 2022, em termos de gestão judiciária, o tempo de giro do acervo do Tribunal de Justiça do Paraná é de 2 anos e 5 meses, abaixo da média nacional da Justiça Estadual, que é de 2 anos e 8 meses.

No âmbito da justiça paranaense, até a data de 30/09/2023, havia um total de 3.449.629 processos em andamento, dos quais 679.721 encontram-se arquivados, 2.769.908 pendentes, 400.461 conclusos, 54.893 prontos para julgamento e 24.648 com mais de 100 dias. No ano de 2023, houve um ingresso de 1.167.654 novas ações, 1.215.337 casos julgados e 1.215.337 baixados.

No que diz respeito a produtividade, até setembro de 2023, a corte proferiu cerca de 3.481.553 decisões, 2.530.769 despachos, realizou um total de 420. 272 audiências, sendo 218.291

audiências de conciliação e mediação (art. 334, CPC). O primeiro grau foi o que teve a maior produtividade, com um total de 2.762.924 decisões, sendo que, na série histórica da quantidade de decisões por mês, o de maior produtividade foi o mês de agosto com 456.705 decisões e o de menor produtividade foi o de janeiro, com 293.379 decisões.

No que se refere às despesas e receitas, no ano de 2022, houve um gasto de R$ 116.003.297.535,00, sendo que, do total, 94,72% contemplam recursos humanos e um total de R$ 34.933.151 com informática.

Como 20 maiores litigantes da Justiça Estadual paranaense, no polo passivo, a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, aponta, em primeiro lugar, para o Estado do Paraná, que é responsável por 5,30% dos casos, seguido da Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR), Oi S.A – Em Recuperação Judicial, Município de Curitiba, Instituto Nacional do Seguro Social, Tim Celular S.A, Paranaprevidência, Copel Distribuição S.A, Itaú Unibanco S.A, Banco Bradesco S.A, Tribunal de Justiça do Paraná, Município de Paranaguá, Companhia Paranaense de Energia, Município de Maringá e Telefônica Brasil S.A. No polo ativo, Município de Curitiba, sendo responsável por 8,97% dos casos, seguido do Ministério Público do Paraná (8,56%), Município de Londrina, Estado do Paraná, Ministério da Fazenda, Município de Maringá, Município de Matinhos, Município de Paranaguá, Município de Ponta Grossa, Município de Cascavel, Banco Bradesco S.A, Governo do Paraná – Secretaria de Estado da Fazenda, Município de Colombo, Município de São José dos Pinhais, Município de Guaratuba e Banco do Brasil S.A.

Quanto ao cumprimento das Metas do Poder Judiciário, o Datajud aponta o seguinte no que se refere ao Tribunal de Justiça do Paraná: **1) meta 1** (julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos, excluídos os suspensos e sobrestados no ano corrente): foi cumprida na proporção de 103,64% no 2º grau, 100,23% no Juizado Especial, 99,17% no 1º grau e 92,13% nas Turmas Recursais; de um modo geral, foram julgados mais processos de conhecimento do que distribuídos, com cumprimento da meta; **2) meta 2** (identificar e julgar até 31/12/2023 na Justiça Estadual, pelo menos, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2019 no 1º grau, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2020 no 2º grau, e 90% dos processos distribuídos até 31/12/2020 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais): 102,39% de cumprimento no 1º grau, 97,03% no 2º grau e 91,39% nos Juizados Especiais e Turmas Recursais; **3) meta 3** (aumentar na Justiça Estadual o indicador de Índice de Conciliação do Justiça em Números em 1 ponto percentual com relação a 2022. Cláusula de barreira: 15% de índice de conciliação): ainda inexistem dados cadastrados no sistema; **4) meta 4** (65% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31/12/2019, em especial a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão): inexistem dados cadastrados no sistema.

A análise dos principais indicadores do judiciário paranaense, que foi utilizado como parâmetro da pesquisa, permite concluir por um avanço significativo em pontos estratégicos nos últimos anos que, no entanto, deve continuar a ser buscado.

É preciso ter em mente que a eficiência como meta a ser alcançada requer uma melhoria e adequação constantes, alinhadas ao diagnóstico fornecido pelos dados que sinaliza o que precisa ser feito. No entanto, o mais importante já foi feito, adotar a jurimetria para uma maior racionalização da tomada de decisão viabilizando, de fato, a busca pelo aprimoramento constante a partir de decisões e políticas estratégicas.

CONCLUSÃO

A jurimetria é metodologia inovadora que adiciona compreensão qualitativa à investigação dos fenômenos jurídicos.

Embora, de início, não tivesse sido bem recepcionada pela comunidade jurídica científica brasileira, na atualidade, o método quantitativo-empírico trazido pela jurimetria encontra-se refletido em diversas pesquisas que servem de verdadeiro diagnóstico do judiciário brasileiro e,

como consequência, da efetividade das políticas e práticas adotadas para realização da gestão ótima das cortes, até então.

Os dados coordenados qualificam a análise, que se torna mais precisa, e servem para que o gestor, e os gestores de forma conjunta, possa elaborar e reajustar o plano de gestão estratégica das cortes.

Com eles, é possível traçar um panorama muito mais realístico e perceber em que medida as metas estão sendo alcançadas.

Em contrapartida, torna-se mais viável a prestação de um serviço público de excelência, capaz de efetivamente trazer satisfatividade, compor os conflitos e gerar pacificação social, realizando os direitos fundamentais.

Em um paralelo com o mito da caverna de Platão, é como se a pesquisa qualitativa evidenciasse os fatos e fenômenos do cotidiano da jurisdição que, antes, apenas eram analisados sobre a ótica das sombras, tidas como verdades em razão da dissonância dos resultados obtidos com o método qualitativo de análise.

O alinhamento com a realidade e consequência práticas resulta na maior assertividade das medidas adotadas, com isso, na eficiência.

No contexto do Judiciário paranaense, a análise das estatísticas trazida pelos principais indicadores do Judiciário, Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça e a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, permitiu concluir por um significativo avanço com cumprimento das metas traçadas para o Judiciário brasileiro. Sobretudo, a justiça paranaense tem uma produtividade acima da média e o maior índice de conciliação do país.

No entanto, é certo que ainda há muito que avançar e a melhoria precisa ser contínua buscando sempre contemplar as demandas do cenário emergente.

Os primeiros passos já foram dados, já que a parametrização da justiça brasileira conta com todos os indicadores fundamentais para possibilitar a instituição de metas e adoção de medidas realísticas para alcançá-las. Agora, a melhoria precisa continuar e acompanhar cada vez mais as exigências do contexto social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novas perspectivas para o direito concursal brasileiro com os estudos interdisciplinares da economia e da estatística**. Revista Estudos Jurídicos UNESP**, São Paulo, v. 14, n. 19, p. 89 – 98, jan./jun 2010. Disponível em: https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/222. Acesso em: 20 nov. 20223.

BARBOSA, Cássio Modenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Jurimetria e gerenciamento cartorial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Admministração da Justiça, Brasília**, n. 1, v. 2, p. 280 – 295, jan./jun. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/dell/Downloads/567-1138-2-PB.pdf. Acesso em: 20. nov. 2023.

BARBOSA, Cássio Mondenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagao Menezes. Jurimetria – Buscando um Referencial Teórico. **Revista Intelecttus**, n. 24, p. 161-186, 2013. Disponível em: http://www.revistaintellectus.com.br/artigos/24.257.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Datajud**, base nacional de dados do poder judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**: ano-base 2022. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Macrodesafios do Poder Judiciário.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/. Acesso em: 1 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel de acompanhamento da Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau** – Resolução CNJ nº 219/2016. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=5903cd99-fb51-4e0a-902c-69a1ccc927f2&sheet=66ff6851-b32f-4090-bf18-9c5da3933787&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n° 194**, de 26 de maio de 2014. Institui Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2020. Acesso em: 30 nov. 2023.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 198**, de 1 de julho de 2004. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2029. Acesso em: 30 nov. 2023.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 219**, de 26 de abril de 2016. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2274. Acesso em: 30 nov. 2023.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 331**, de 20 de agosto de 2020. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428. Acesso em: 30 nov. 2023.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 462**, de 6 de junho de 2022. Dispõe sobre a gestão de dados e estatística, cria a Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e os Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4577. Acesso em: 30 nov. 2023.
CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa**: pessoas, organizações e sistemas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
CORRÊA, Fernando. Mas, afinal, o que é jurimetria?. **Associação Brasileira de Jurimetria**, out. 2019. Disponível em: https://lab.abj.org.br/posts/2019-10-15-mas-afinal-o-que-jurimetria/. Acesso em: 30 nov. 2023.
DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 18. ed. Salvador: Juspodivum, 2016.
GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163 - 198, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/ article/view/46462. Acesso em: 17 jun. 2023.
HADDAD, Ricardo Nussrala. **A motivação das decisões judiciais e a jurimetria**: contribuições possíveis. *In:* Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – CE, Fortaleza, p. 3927 – 3935, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3389.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.
HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial - os impactos da crise do Judiciário na empresa**: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.
LOEVINGER, Lee. *Jurimetrics: The Next Step Foward.* ***Minnesota Law Review***, Minnesota, v. 33, n. 5, p. 455 – 493, abr./ 1949. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1796/. Acesso em: 20 nov. 2023.
LUVIZOTTO, Juliana Cristina; GARCIA, Gilson Piqueras. A jurimetria e sua aplicação nos tribunais de contas: análise de estudo sobre o Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista Controle, Fortaleza**, v. 18, n. 1, p. 46 - 73, jan./jun. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/dell/Downloads/Dialnet-AJurimetriaESuaAplicacaoNosTribunaisDeContas-7671524.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.
MACAÍPE, Adilson Pereira; VALENÇA, Sandra Vieira; TAUCHERT, Maicon Rodrigo; JÚNIOR, Wilson Oliveira Cabral; BRITO, Hildeglan Carneiro de; ALENCAR, Marina de Alcântara. Jurimetria no Direito. ***JNT- Facit Business and Technology Journal***, v.1, n. 33, p. 62 – 68, abr./ 2022. Disponível em: https://jnt1.websiteseguro.com/index.php/JNT/article/view/1390. Acesso em: 20 nov. 2023.
MENEZES, Daniel Francisco Nagao; BARBOSA, Cássio Modenesi. **A jurimetria como método autônomo de pesquisa**. *In:* VIII Congreso Latinoamericano de Ciência Política, *Universidad Católica del Perú*, 2015. Disponível em: https://docplayer.com.br/61742284-A-jurimetria-como-metodo-autonomo-de-pesquisa.html. Acesso em: 20 nov. 2023.
MULDER, Richard; Mulder; NOORTWIJK, Kees Van; COMBRINK-KUITERS, Lia. *Jurimetrics Please*. ***European Journal of Law and Technology***, v. 1, n. 1, p. 135 - 165, 2010. Disponível em: https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/13. Acesso em: 20 nov. 2023.
NIETO, Alejandro. ***El Desgobierno Judicial.*** 3. ed. Madri: Ediciones Trotta, 2005.
ORSINI, Adriana Goulart de. Jurimetria e predição: notas sobre uso dos algoritmos e o poder judiciário. **Revista RD Uno**, Unochapecó, v. 3, n. 4, p. 33 – 50, jan, /dez. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.46699/rduno.v3i4.6032. Acesso em: 30 nov. 2023.
PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Jurimetria:** Construindo a Teoria. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=90797bef9ef6175e. Acesso em: 30 nov. 2023.
SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins; GUILHERME, Gustavo Chueire Calixto. Matemática aplicada ao Direito: A "Calculadora Judicial Eletrônica AGNESI" em prol da celeridade e da eficiência. **Revista Judiciária do Paraná**. ISSN: 2316-4212 Ano XVII Dez 23-Jan-fev 2024. Disponível em: https://www.revistajudiciaria.com.br/
ZABALA, Filipe Jaeger Zabala; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. **Revista Direito e Liberdade** – RDL, Rio Grande do Norte, v. 16, n. 1, p. 73 - 86, jan./abr. 2014. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/732. Acesso em: 20 nov. 2023.

ALÉM DA PRIVACIDADE: PROMOVENDO A JUSTIÇA ALGORÍTMICA PELA CURADORIA DOS DADOS

Camila Henning Salmoria[145]

INTRODUÇÃO

À medida que os sistemas de inteligência artificial (IA) se tornam cada vez mais integrados ao tecido de nossa sociedade, ampliam sua capacidade de tomar decisões automatizadas. Prometendo eficiência e objetividade, a realidade dessas tecnologias, no entanto, revela frequentemente decisões enviesadas e impactos desproporcionais sobre diferentes grupos sociais. Os dados históricos, muitas vezes, são espelhos de preconceitos sociais preexistentes e os algoritmos com eles treinados refletem essas discriminações.

Para combater essas distorções, faz-se necessário o aprimoramento da justiça algorítmica e uma curadoria rigorosa dos dados, que transcende a mera seleção cuidadosa. É essencial garantir que os dados incluam representações adequadas dos grupos que serão impactados pelos algoritmos. Esse novo foco na gestão de dados vai além das preocupações tradicionais com a privacidade, redelineando as leis de proteção de dados para assegurar a coleta de dados sensíveis. Essas informações são necessárias para proporcionar representatividade estatística aos conjuntos de treinamento, visando a formação de conjuntos de dados que promovam o desenvolvimento de algoritmos justos e não discriminatórios.

O método adotado foi o hipotético-dedutivo aliado a uma pesquisa bibliográfica exploratória de textos de diversas áreas, sobretudo da tecnologia do direito. Nesse viés, o artigo inicia analisando a necessidade de uma perspectiva interdisciplinar na criação de algoritmos equitativos, fundamento da justiça algorítmica. No segundo capítulo, examinamos as estratégias para identificação e mitigação de vieses. No capítulo final, discutimos a importância de uma curadoria cuidadosa dos dados e a adaptação das leis de proteção de dados para atender à necessidade de inclusão de informações demográficas essenciais na formação de conjuntos de dados justos.

1 FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA ALGORÍTMICA

A justiça algorítmica consiste na incorporação de princípios éticos e valores de justiça social ao desenvolvimento de algoritmos, visando minimizar riscos de modelos discriminatórios. É um campo de estudo transdisciplinar que se situa na confluência da tecnologia, matemática, filosofia e direito, com o objetivo de assegurar que os algoritmos, particularmente aqueles baseados em aprendizado de máquina, sejam desenvolvidos e implementados de maneira justa e equitativa (Ochigame, 2022).

Reconhecer e mitigar vieses algorítmicos exige uma compreensão aprofundada não apenas dos aspectos técnicos envolvidos no desenvolvimento, como os sistemas de IA são programados e como os dados são empregados em seu treinamento, mas também das dinâmicas sociais que os influenciam. É fundamental entender os impactos potenciais desses sistemas em diversos grupos sociais para avaliar completamente suas implicações éticas e sociais.

[145] Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná, titular junto à 5ª Turma Recursal; mestranda em Direito, Eficiência e Sistema de Justiça, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) especialista em Direito Digital pela ENFAM; graduanda em Inteligência Artificial pela Universidade Positivo (UP); pesquisadora de gênero no coletivo Todas da Lei; professora de pós-graduação. E-mail: camilahsalmoria@gmail.com. Lattes: 7247288385539782; ORCID: 0009-0005-8061-214X

O desafio de corrigir vieses algorítmicos perpassa questões fundamentais sobre o que é considerado justo e como as pessoas devem ser tratadas (Fazelpour; Lipton; Danks, 2022). Essa multiplicidade de visões influencia diretamente na avaliação da justiça de um algoritmo. A escolha de uma concepção específica de justiça afeta não apenas a maneira como a justiça é operacionalizada nos algoritmos, mas também as métricas usadas para avaliar essa justiça e as estratégias para aprimorar os sistemas algorítmicos.

Os juristas participam da justiça algorítmica não apenas na regulação e formulação de políticas para sistemas de IA, bem como na arbitragem de disputas relacionadas a decisões algorítmicas. Necessitam, assim, de uma compreensão básica das tecnologias subjacentes, a fim de avaliar de maneira efetiva a legalidade e a ética das práticas algorítmicas. Um exemplo foi o julgamento do sistema SyRI, na Corte de Hague (2020), nos Países Baixos, no qual os julgadores foram chamados a decidir se o modelo fazia apenas análise de *Big Data* por regressão ou operava com algoritmos de aprendizagem profunda (*deep learning*).

Para desenvolvedores, o desafio é criar algoritmos para além de um olhar meramente utilitarista, reconhecendo que a otimização convencional, focada exclusivamente em eficiência ou lucratividade, pode inadvertidamente perpetuar injustiças ou discriminações (Aanestad *et al.*, 2021). É necessário que haja um esforço técnico para assegurar que a equidade seja considerada um componente essencial no design algorítmico, atuando como um contrapeso ou um limitador às práticas de otimização tradicionais.

Além da interdisciplinaridade, outro pilar essencial da justiça algorítmica é o desenvolvimento de sistemas de IA por equipes diversificadas. Segundo Aanestad *et al.* (2021), incluir uma variedade de gêneros, raças, etnias, classes sociais e outros marcadores sociais nas equipes de desenvolvimento é crucial. Equipes heterogêneas trazem uma riqueza de experiências e perspectivas que são fundamentais para identificar e atenuar vieses inconscientes. Elas têm o potencial de ampliar a capacidade de reconhecer e corrigir preconceitos que poderiam permanecer ocultos em grupos mais homogêneos.

Por exemplo, algoritmos criados por equipes predominantemente masculinas podem, sem intenção, favorecer candidatos do mesmo gênero ou, no caso de reconhecimento facial, terem dificuldades para reconhecerem rostos não masculinos (Fra, 2022). Portanto, é vital adotar um design participativo que equilibre a representação de gêneros nas equipes para diminuir os vieses discriminatórios.

2 IDENTIFICAÇÃO E MITIGAÇÃO DE VIESES EM ALGORITMOS

O viés algorítmico ocorre quando algoritmos, por meio de seus processos de aprendizado baseados em grandes volumes de dados e decisões automatizadas, exibem tendências discriminatórias ou parciais. Esse tipo de viés não é meramente um subproduto acidental, mas sim uma consequência direta dos conjuntos de dados de treinamento utilizados, das escolhas metodológicas na construção dos algoritmos e das métricas de sucesso definidas pelos desenvolvedores. Ele tem suas raízes em imperfeições encontradas em diversas fases do ciclo de vida do desenvolvimento de software, abrangendo desde o planejamento e construção até os testes e a implementação, frequentemente, devido a falhas ou descuidos dos desenvolvedores (Gross, 2023). Em essência, os algoritmos aprendem o que lhes é ensinado, e se o ensino for enviesado, suas conclusões também serão.

Na sua origem, o termo "viés algorítmico" deriva do conceito de viés cognitivo e se relaciona com a tendência humana de julgar com base em preconcepções e experiências pessoais. Os vieses cognitivos surgem como uma adaptação biológica dos seres humanos, uma forma de reduzir a carga de informações processadas pelo cérebro (De Castro, 2020).

A "psicologia da predição", conceito desenvolvido por Daniel Kahneman e Amos Tversky, esclarece a distinção entre preconceito e viés (Borges, 2023). A tomada de decisão é baseada em duas estruturas preditivas essenciais: a predição por categorias e a predição por números. Na

primeira, a previsão é expressa de forma nominal, como o vencedor de uma eleição ou um diagnóstico clínico. Já na segunda, a previsão é numérica, por exemplo, o valor futuro de uma ação ou a média de notas de um aluno. Os algoritmos operam principalmente dentro da segunda estrutura, dependendo de números para realizar inferências matemáticas com base em análises probabilísticas.

Mesmo nas técnicas avançadas, como as que envolvem *deep learning* com redes neurais artificiais e retropropagação de erro, as "decisões" são fundamentadas em dados numéricos, processados em estruturas multicamadas antes de serem ponderados, e a escolha final ainda é baseada em números. Portanto, esses processos são desprovidos de influência direta das percepções humanas ou experiências pessoais, mas são fortemente influenciados pelos dados e números com os quais são treinados.

Baseando-se em sua origem, os vieses podem ser categorizados como pré-existentes, técnicos ou emergentes, conforme descrito por Shrestha e Das (2022). Os vieses pré-existentes são originários das normas e práticas sociais e representam um grande desafio, pois estão profundamente enraizados nos dados que alimentam esses sistemas, perpetuando discriminações históricas. Por outro lado, os vieses técnicos surgem das limitações e escolhas metodológicas inerentes ao desenvolvimento de algoritmos. Essas escolhas podem inadvertidamente favorecer certos grupos em detrimento de outros, criando disparidades no desempenho e na precisão dos sistemas de IA, em diversos contextos. Por fim, os vieses emergentes destacam as complicações que surgem quando algoritmos são aplicados fora dos contextos de treinamento original, evidenciando falhas na generalização e adaptabilidade desses sistemas.

A mitigação de vieses é viável por meio de uma série de intervenções estratégicas implementadas em diferentes etapas do processo de treinamento do modelo. Isso geralmente envolve manipular a fonte do viés, que pode ser o conjunto de dados de treinamento ou o próprio algoritmo. Os tipos de mitigação podem ser classificados de acordo com a fase em que são aplicadas: pré-processamento, durante a aprendizagem e pós-processamento.

No estágio de pré-processamento, a intervenção é realizada antes do início do treinamento do modelo, ajusta-se o conjunto de dados para equilibrar representações ou remover distorções (Fazelpour; Lipton; Danks, 2022). Esse é um passo necessário para prevenir vieses não intencionais, envolvendo estratégias como a manipulação ou o aumento de dados, para garantir que o corpus de treinamento seja o mais diversificado e representativo possível. A criação de listas de verificação para avaliar tanto o algoritmo quanto os dados e a coleta direcionada de dados são práticas recomendadas para identificar e corrigir potenciais vieses, antes que eles sejam codificados no modelo (Shrestha; Das, 2022).

Durante a fase de aprendizagem, as intervenções ocorrem enquanto o modelo está sendo treinado (Shrestha; Das, 2022). Alguns métodos que se pode utilizar nesse momento são: o desvio adversarial (que ajusta o modelo em tempo real, para corrigir desvios); a aplicação de restrições em nível de corpus com a reetiquetação de dados (que promove um equilíbrio mais justo nas decisões do modelo); ou a introdução de custos diferenciais (que ajusta o custo de erros de classificação de maneira que os erros em categorias historicamente desfavorecidas sejam penalizados mais severamente) (Fazelpour; Lipton; Danks, 2022).

As estratégias para mitigar vieses, em decorrência do próprio desenvolvimento de justiça algorítmica, estão evoluindo de processos puramente técnicos para discussões mais éticas e filosóficas sobre as métricas de justiça. Passa-se a avaliar se os modelos são capazes de atender a padrões de equidade e não discriminação, especialmente relacionados à distribuição de previsões e recursos de forma justa entre diferentes grupos.

Ganha relevo central a definição de "métricas de justiça", ferramentas projetadas para quantificar disparidades estatísticas nas previsões ou desempenho de algoritmos entre grupos protegidos. O conceito de justiça distributiva, que enfatiza a igualdade de oportunidades e a distribuição equitativa de recursos, passa a ser utilizado em sistemas de IA.

Contudo, para que a IA promova esta forma de justiça, é crucial que os conjuntos de dados usados no treinamento reflitam a diversidade da população de forma representativa. Para

tanto, faz-se necessária a inclusão de dados de grupos historicamente marginalizados e a garantia de que esses dados retratem suas realidades de maneira precisa e abrangente.

A representatividade estatística dos dados é fundamental, transcendendo a mera inclusão de variáveis demográficas para abranger as nuances e complexidades das experiências vividas por diferentes grupos. Isso requer um processo meticuloso de coleta e análise de dados, além de uma avaliação contínua dos vieses potenciais introduzidos em cada etapa do processo (Fazelpour; Lipton; Danks, 2022).

3 A IMPORTÂNCIA DA CURADORIA DE DADOS

No contexto da mitigação de vieses, fica claro o papel fundamental dos dados. Como base para o treinamento desses sistemas, eles permitem que os algoritmos aprendam, façam inferências e tomem decisões.

A curadoria dos dados na representatividade algorítmica é essencial, pois sistemas de IA, ao serem treinados com informações que carregam vieses históricos ou refletem discriminações passadas, podem inadvertidamente perpetuar e até ampliar essas desigualdades (Aanestad *et al.*, 2021). Isso ocorre, especialmente, quando os desenvolvedores se concentram majoritariamente em métricas quantitativas, negligenciando a complexidade e as nuances dos dados (Fazelpour; Lipton; Danks, 2022).

Um dos grandes desafios é, portanto, reconhecer e agir sobre a necessidade de diversificar e enriquecer os conjuntos de dados para garantir que eles representem fielmente a população alvo. Os grupos historicamente sub-representados precisam ter dados precisos e abrangentes que reflitam a diversidade social.

A proteção de dados, na forma como atualmente está estruturada, impõe desafios significativos para a justiça algorítmica. As leis atuais foram projetadas para salvaguardar a privacidade individual e restringir a coleta e o uso indevido de informações pessoais, o que é essencial na era digital. Mas, ao mesmo tempo, limitam a coleta de dados sensíveis (como raça, gênero e orientação sexual), que são necessários para entender e mitigar vieses e discriminação nos sistemas de IA. A compatibilização dessas leis com a busca por algoritmos mais justos, que utilizem técnicas de justiça distributiva e promovam a igualdade de oportunidades, é o desafio atual.

O direito à proteção de dados, que tem sua origem tanto no sistema universal de proteção da ONU, quanto o âmbito do direito europeu[146]. Embora seja fortemente relacionado com o direito à privacidade, o direito à proteção de dados é autônomo e foi expressamente reconhecido pelo artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, que passou a ser vinculante para os Estados membros da União Europeia, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009 (Sarlet, 2020).

O artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que:

> 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados pessoais que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de acessar os dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação (Parlamento Europeu, 2020, p. 10).

Em 2018, a Europa ampliou a proteção de dados com a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que estabeleceu regras rigorosas para o processamento de dados pessoais sensíveis, com o objetivo de preservar os direitos e liberdades individuais do cidadão, no que

[146] A Comissão da ONU para Direitos Humanos desempenhou um papel crucial ao interpretar o artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) contribuíram para esse desenvolvimento. No entanto, somente com a Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, em 1981 e, quase vinte anos depois, com o artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em 2000.

diz respeito aos seus dados. Seu escopo é equilibrar a proteção de dados com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, reconhecendo que o direito à privacidade deve ser ponderado em relação a outros interesses legítimos, como a segurança pública e a liberdade de informação (Rachovitsa, 2022).

O RGPD proíbe o processamento de categorias especiais de dados pessoais, salvo por razões justificáveis detalhadas no Artigo 9º (2), incluindo o consentimento explícito dos titulares dos dados ou a necessidade por razões de interesse público substancial. A detecção de viés ou discriminação algorítmica, contudo, não é especificamente mencionada no RGPD como uma justificativa para o processamento de dados pessoais sensíveis.

A proteção de dados no Brasil se positivou com a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), que entrou em vigor em setembro de 2020, com forte inspiração na regulação europeia. A LGPD também restringiu a coleta de dados sensíveis e estabeleceu diretrizes e requisitos semelhantes ao RGPD, assegurando a necessidade de consentimento explícito para o processamento de dados.

Dados sensíveis, que incluem informações sobre raça, gênero, orientação sexual, entre outros aspectos, são essenciais para o treinamento de algoritmos que aspirem à justiça e equidade. A incorporação consciente e cuidadosa desses dados pode ajudar a evitar o reforço de estereótipos prejudiciais e assegurar que as decisões automatizadas não perpetuem desigualdades.

Para que os desenvolvedores e usuários de sistemas de IA possam avaliar adequadamente a discriminação potencial e, consequentemente, promover a justiça algorítmica, torna-se essencial coletar dados sensíveis que possam identificar minorias e grupos historicamente discriminados, a fim de possibilitar um balanço estatístico da população dos dados (Fra, 2022). Essa coleta, no entanto, deve ser cuidadosamente justificada, baseando-se na estrita necessidade e incorporando salvaguardas rigorosas para a proteção e uso desses dados.

O Ato de Inteligência Artificial da União Europeia (EU AI Act), aprovado em julho de 2023 e ainda aguardando implementação (Wilmerhale, 2023), constitui um marco regulatório inovador sobre o tema. Ele sublinha a necessidade de estabelecer padrões rigorosos para a curadoria de dados em sistemas de IA, visando assegurar a integridade e a representatividade adequada dos mesmos. Conforme estabelecido no artigo 10, cláusula 3, os conjuntos de dados devem ser relevantes, representativos, livres de erros e completos, mantendo uma representatividade estatística que reflita adequadamente o grupo-alvo.

O artigo 10, cláusula 5, da proposta legislativa, aborda de maneira detalhada a necessidade de monitorar, detectar e corrigir vieses como um elemento fundamental no tratamento de categorias sensíveis de dados pessoais em sistemas de IA de alto risco. Essa seção explicita que os gestores de dados podem optar por processar dados sensíveis conforme as estipulações do artigo 9, parágrafo 2, alínea g, do RGPD, mas apenas sob condições estritas definidas pelo artigo 10, cláusula 5, do EU AI Act, o que implica a implementação de robustas salvaguardas para proteger os direitos e liberdades fundamentais das pessoas cujos dados estão sendo processados.

A cláusula sublinha que a correção de vieses em sistemas de IA deve ser uma medida de última instância, adotada apenas quando não for possível atingir esse objetivo por meio do processamento de outros tipos de dados, como dados sintéticos ou anonimizados. Isso destaca o princípio de minimização de dados e a preferência por abordagens que reduzam riscos à privacidade. Ademais, as categorias especiais de dados pessoais devem ser tratadas com extrema cautela, estando sujeitas a limitações técnicas que restringem sua reutilização, além de medidas de segurança e preservação de privacidade alinhadas às práticas mais avançadas, incluindo a pseudonimização.

Esses dados também devem ser protegidos por salvaguardas que assegurem que apenas pessoas autorizadas e com obrigação de confidencialidade tenham acesso, com estritos controles e uma documentação completa sobre esse acesso para evitar abusos. Além disso, é imperativo que esses dados não sejam compartilhados ou transferidos para terceiros e que sejam excluídos assim que o viés identificado for corrigido, ou após o término do período de retenção estabelecido, prevalecendo o que ocorrer primeiro.

A exigência de manter registros detalhados das atividades de processamento, conforme regulamentos e diretrizes europeus, serve para justificar a necessidade crítica de processar dados sensíveis especificamente para a detecção e correção de vieses, reforçando o compromisso com a transparência e a responsabilidade na utilização de IA.

A proposta do EU AI Act pode introduzir uma mudança significativa ao mencionar, explicitamente, monitoramento, detecção e correção de vieses como uma justificativa legítima para o processamento de categorias sensíveis de dados pessoais em contextos de sistemas de IA de alto risco (Fra, 2022).

Apesar de sua importância, a regulamentação tem enfrentado críticas pela falta de detalhamento em áreas vitais, como apontado por Sarah Tähtinen (2022). Um desafio notório é a ausência de diretrizes claras sobre como garantir a conformidade dos conjuntos de dados com as restrições estabelecidas. A regulamentação europeia deixa, assim, lacunas em relação a orientações práticas para garantir a adequação e a ausência de vieses nos conjuntos de dados, representando um desafio contínuo para os profissionais e reguladores no campo da IA.

CONCLUSÃO

A justiça algorítmica não é uma preocupação técnica; é uma necessidade ética e social. O desenvolvimento desse campo do saber é urgente e requer uma abordagem interdisciplinar que integra filosofia, justiça e matemática às tecnologias da informação. Equipes diversificadas são fundamentais para assegurar a inclusão de perspectivas variadas, assegurando o desenvolvimento de sistemas verdadeiramente representativos e justos.

A curadoria rigorosa dos dados é imprescindível para a justiça algorítmica, ultrapassando a simples seleção de dados e garantindo representações estatísticas adequadas dos grupos impactados. Contudo, ela esbarra nas leis de proteção de dados que estão focadas em assegurar a privacidade individual, não tendo ainda se debruçado sobre a outra perspectiva dos direitos humanos, no caso, relativa à garantia da não discriminação de grupos historicamente marginalizados. O papel da proteção de dados precisa evoluir para salvaguardar questões mais amplas de justiça social.

A integração contínua entre legisladores, especialistas em tecnologia e a sociedade civil é essencial para navegar nesse território complexo e garantir que os avanços tecnológicos respeitem tanto a equidade quanto a privacidade, para criar sistemas de IA justos e equitativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AANESTAD, Margunn *et al*. **Digital technologies and social justice**. MIS Quarterly, 2021.

BORGES, Gustavo Silveira; JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. Viés racial em sistemas de inteligência artificial: desafios para a responsabilidade civil e a necessidade de parametrização do risco. **Revista IBERC**, v. 6, n. 2, p. 100-128, 2023.

BOZDAG, Mustafa; SEVIM, Nurullah; KOÇ, Aykut. Measuring and Mitigating Gender Bias in Legal Contextualized Language Models. **ACM Transactions on Knowledge Discovery from Data**, 2023. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3628602. Acesso em: 22 mar. 2024.

DE CASTRO, Bruno Fediuk; BOMFIM, Gilberto. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, O DIREITO E OS VIESES. **Revista Ilustração**, v. 1, n. 3, p. 31-45, 2020.

FAZELPOUR, Sina; LIPTON, Zachary C.; DANKS, David. Algorithmic fairness and the situated dynamics of justice. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 52, n. 1, p. 44-60, 2022.

F.G, J. P. **Uma breve introdução à Justiça Algorítmica**. 2022. Disponível em: https://medium.com/turing-talks/uma-breve-introdu%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-justi%C3%A7a-algor%C3%ADtmica-6f53af7e4ec. Acesso em: 29 jan. 2024.

FRA. **Bias in algorithms** - Artificial intelligence and discrimination. 2022. Disponível em: https://fra.europa.eu/en/publication/2022/bias-algorithm. Acesso em: 22 abr. 2024.

GROSS, Nicole. What ChatGPT Tells Us About Gender: A Cautionary Tale About Performativity and Gender Biases in AI. **Social Sciences**, v. 12, n. 8, p. 435, 2023. Disponível em: https://www.mdpi.com/2076-0760/12/8/435. Acesso em: 24 jan. 2024.

HAGUE DISTRICT COURT. **ECLI:NL: RBDHA: 2020:1878**, 2020. Disponível em: https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878. Acesso em: 30 mar. 2024.

HEAD, A.J. **Keywords and Definitions**. 2022. Disponível em: https://human.libretexts.org/Bookshelves/Research_and_Information_Literacy/Information_Literacy_in_the_Age_of_Algorithms_(Project_Information_Literacy)/zz%3A_Back_Matter/21%3A_6.1%3A_Keywords_and_Definitions. Acesso em: 20 fev. 2024.

HERMANSON, Helene. Defendendo a concepção de "risco objetivo". **Análise de Risco**: Um Jornal Internacional, v.1, p. 16-24, 2012. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1539-6924.2011.01682.x. Acesso em: 18 fev. 2024.

KODIYAN, A. A. An Overview of Ethical Issues in Using AI Systems in Hiring with a Case Study of Amazon's AI Based Hiring Tool. **ResearchGate Preprint**, 2019.

O'CONNOR, Sinead; LIU, Helen. Gender Bias Perpetuation and Mitigation in AI Technologies: Challenges and Opportunities. **AI & Society**, p. 1-13, 2023. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-023-01675-4. Acesso em: 27 jan. 2024.

OCHIGAME, R. A longa história da justiça algorítmica. **Revista Rosa**, v. 5. 2022. Disponível em: https://revistarosa.com/5/justica-algoritmica. Acesso em: 29 jan. 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

POLLI, Frida. **How pymetrics Uses AI to Eliminate Bias in Hiring**. 2024. Disponível em: https://www.toolify.ai/ai-news/how-pymetrics-uses-ai-to-eliminate-bias-in-hiring-719144. Acesso em: 27 jan. 2024.

RACHOVITSA, Adamantia; JOHANN, Niclas. The human rights implications of the use of AI in the digital welfare state: Lessons learned from the Dutch SyRI case. **Human Rights Law Review**, v. 22, n. 2, 2022.

RAGHAVAN, Manish *et al*. Mitigating Bias in Algorithmic Hiring: Evaluating Claims and Practices. *In*: **Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**, 2020. p. 469-481.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista Direito Público**, p. 41, 2020.

SHRESTHA, Sunny; DAS, Sanchari. Exploring Gender Biases in ML and AI Academic Research Through Systematic Literature Review. **Frontiers in Artificial Intelligence**, v. 5, 2022. Disponível em: https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2022.976838/full. Acesso em: 01 fev. 2024.

TÄHTINEN, Sara. **What is the EU's Artificial Intelligence Act and What Will It Change?** Towards Data Science, 2022. Disponível em: https://towardsdatascience.com/what-is-the-eus-artificial-intelligence-act-and-what-will-it-change-b1f6812f5dd5. Acesso em: 01 fev. 2024.

WILMERHALE. **European Parliament Adopts Negotiating Position on the AI Act**, 2023. Disponível em: https://www.wilmerhale.com/en/insights/blogs/wilmerhale-privacy-and-cybersecurity-law/20230615-european-parliament-adopts-negotiating-position-on-the-ai-act. Acesso em: 27 ago. 2023.

GESTÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA CRISE DOS REFUGIADOS UCRANIANOS DIRETIVA TEMPORÁRIA 2001/55/CE

Angela Khury[147]

INTRODUÇÃO

O fenômeno da imigração é comum a várias épocas e locais. Há imigração porque o ser humano sempre se moveu de um local para outro, procurando as condições de vida que se oferecem mais adequadas para as suas necessidades[148]. Os refugiados estão inseridos neste contexto, porém, estão entre as pessoas mais vulneráveis. A guerra, a violência política, étnica e religiosa são as principais razões pelas quais as pessoas fogem de seus países[149]. De acordo com a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) o crescimento do número de refugiados não é um problema temporal nem um produto de acontecimentos casuais, mas sim o resultado de decisões tomadas por indivíduos que exercem poder sobre as vidas humanas

A Rússia invadiu a Ucrânia em 24 de fevereiro de 2022 a partir de uma escalada de tensões que tinham tido início alguns meses antes. Algumas das motivações que conduziram a este cenário, como a maior aproximação da Ucrânia com organizações como Otan e União Europeia, são compreendidas mediante a análise das relações históricas entre os países, remetendo à incorporação da Ucrânia à União Soviética, ao contexto da Guerra Fria e ao domínio sobre a península da Crimeia. Centenas de mortos e feridos, sanções econômicas contra a Rússia e um fluxo maciço sem precedentes de pessoas necessitadas de proteção internacional na Europa foram algumas das consequências desse conflito. Até novembro de 2023 cerca de 4,7milhões entraram na União Europeia, sendo o ingresso, na sua grande maioria, de mulheres, crianças, idosos e estrangeiros que residiam na Ucrânia[150]. Esses estrangeiros que abandonaram o território ucraniano eram nacionais de vários países. Além disso, viviam na Ucrânia cerca de cinco mil refugiados da Síria e do Afeganistão, que tiveram que fugir mais uma vez a procura de um lugar seguro para viver. Foi, então, que a União Europeia, com fronteiras externas diretas com a Ucrânia, teve que enfrentar mais essa "crise", uma onda de refugiados nunca vista.

Esse trabalho tem, portanto, o objetivo de analisar a situação de crise causada pela guerra Russia/Ucrânia, que trouxe à Europa um afluxo maciço de pessoas. A União Europeia, visando regular a migração e asilo em geral, elaborou e vem elaborando diversas normas que tem exigido sucessivas reformas. A solução desemboca num sistema harmônico e uniforme para todos os Estados-Membros que, por cooperação mútua, unam forças no enfrentamento de um desafio que é de todos. O art. 3º do Tratado de União Europeia[151] estabelece que um dos objetivos do bloco é converter-se em um "espaço de liberdade, segurança e justiça", eliminando toda a fronteira de seu interior, permitindo a livre circulação de pessoas e adotando mecanismos de controle das fronteiras externas, do asilo, da imigração e da delinquência. Assim, há que se trabalhar neste sentido, de forma que as diferenças culturais e políticas entre os seus componentes não dificultem a formação de consenso que permita avançar nesta área. Esse trabalho abordará o regime comum de proteção internacional, para em seguida comparar com o regime extraordinário de proteção temporária adotado para responder ao afluxo de pessoas fugidas da Ucrânia, aprofundando a reflexão sobre a

---

[147] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
[148] GIL, Ana Rita. Imigração e Direitos humanos. 2. Lisboa, Portugal: Petrony Editora, 2021.
[149] CUEVAS-MONTES, Franklin, PERCY-ESTRADA, Cesar, PORRAS-SARMIENTO, Sintya and LEIVA-ÑAÑA, Carlos Enrique. El Derecho a la Protección Internacional: La Figura del Refúgio. Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional. Julho 2023. v. 8, no. 7, p. 1090–1104.
[150] CONSILIUM EUROPA. Refugees from Ukraine in the EU. Consilium Europa [online]. 22 janeiro 2024. [Acesso em: 29 jan.2024]. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/ infographics/ukraine-refugees-eu/
[151] Tratado da União Europeia (Versão Consolidada). *EUR-lex* [online]. 2016.
Acesso em: 29 jan. 2024]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar: 9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/ DOC_2&format=PDF

Diretiva de proteção temporária como instrumento jurídico e as vantagens de sua utilização diante da situação apresentada.

1 GUERRA NA UCRÂNIA: PANORAMA HISTÓRICO

O penúltimo conflito bélico em território europeu que deu origem à chegada de muitos requerentes de asilo na União Europeia recém-criada, que contava com 12 Estados-membros, foi em 1992, com a guerra no território da ex Iugoslávia. Naquele ano alcançou-se o número de 672.000 solicitantes, segundo o Conselho Europeu152. Até 2001, o número de solicitantes se manteve controlado. A partir de 2013 o ritmo de solicitações voltou a subir por conta dos conflitos gerados com o movimento da "Primavera Árabe" e pelo conflito na Síria, alcançando 431.100 requerentes. Esse número aumentou drasticamente até chegar a 1.260.920 solicitantes de asilo.

Em 2019, portanto, nos anos anteriores à guerra da Ucrânia, o número baixou para a cifra de 744.810 novos solicitantes. Em 2020 reduziu ainda mais para 472.660 solicitantes devido às numerosas restrições e fechamento de fronteiras para frear a pandemia da COVID-19, voltando a subir em 2021 para 630.890 pessoas. Levando em conta estes antecedentes, mas sem imaginar os acontecimentos seguintes, a Comissão Europeia em 23 de setembro de 2020 aprovou a proposta relativa ao Novo Pacto sobre Migração e Asilo153. A guerra da Ucrânia, deflagrada em 24 de fevereiro de 2022, passou a ser uma prioridade. A União Europeia adotou acordos de emergência para responder a um fluxo de pessoas nunca visto, sem precedentes, que a ACNUR estimou em mais de 4 milhões de pessoas, em sua maioria mulheres, crianças e idosos (os homens estão sujeitos à lei marcial e proibidos de abandonar o território ucraniano).

2 CONCEITOS PRÉVIOS

Segundo Fátima Pacheco[154], não há um direito à imigração, ainda que o artigo 13º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DHDH) reconheça a existência de um direito à emigração, o que vale dizer que há um direito de sair (emigrar) do território de que se é nacional, mas não há o direito de entrar (imigrar)noutro território. Essa constatação traz consequências para o regime jurídico das Migrações, ao mesmo tempo em que revela que a proteção derivada da DHDH é insuficiente.

Portanto, os imigrantes são pessoas que procuram melhores condições de vida em outro país, de forma voluntária e por motivos econômicos. Há outros que são forçados a abandonar o seu país por terem sofrido perseguição ou por correrem o risco de sofrer. Estes, sim, seriam os refugiados. O direito de asilo, portanto, é a resposta para aqueles que estão sujeitos à perseguição em seu próprio país com a possibilidade de serem acolhidos em outro Estado que não o seu, usufruindo de algumas prerrogativas, notadamente, a de não ser devolvido para onde sua vida ou sua liberdade sejam ameaçadas. O direito de procurar asilo está consubstanciado no artigo 14º, n.º, da DHDH, sem caráter vinculativo, já que não há um direito subjetivo de obter refúgio, pois cabe ao Estado requerido a faculdade soberana de conceder o asilo.

O asilo, por sua vez, no âmbito de sua aplicação, é mais amplo que a proteção concedida a um refugiado pois, o asilo deriva de normativas de ordem internacional, europeia e constitucional, enquanto a proteção aos refugiados tem origem em normativa internacional. É bom dizer que para alguém pedir asilo é preciso estar presente no território do Estado onde se pede. Com efeito, a realidade tem demonstrado que o tráfico de seres humanos e imigração ilegal são consequências

---

[152] CONSILIUM EUROPA. Asylum applications in the EU. *Consilium Europa* [online]. Junho 2023. Acesso em: 29 jan. 2024]. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/ asylum-applications-eu/

[153] EUROPEAN COMMISSION. MIGRATION: New Pact on Migration and Asylum. European Commission [online]. 2020. Acesso em: 29 jan.2024]. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/new-pact-on-migration-and-asylum-package_1.pdf

[154] PACHECO, Fátima. Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo. E-Revista de Estudos Interculturais do CEI–ISCAP. Maio 2023. No. 11.

do não reconhecimento internacional de um direito de entrada noutros Estados, que não o país de origem. Ainda, o direito de asilo não pode ser invocado em caso de processo existente por crime comum ou por atividades contrárias aos objetivos das Nações Unidas. É bom lembrar que a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de Nova Iorque de 1967155 são as peças nucleares do Direito Internacional dos Refugiados e estabelecem o que se entende por refugiados:

O artigo 1º, nº 2 da Convenção estabelece:

> (...) qualquer pessoa que, (...) temendo ser perseguida, por motivos de religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Conclui-se, pois, que deve existir um nexo de causalidade entre os motivos de perseguição indicados e os atos de perseguição. Normalmente é o Estado que concretiza a perseguição, mas pode ser um sujeito não estadual. As supostas violações têm de ser discriminatórias (pessoa ou conjunto de pessoas específicas), não englobando as situações de guerra ou as de violações graves de direitos humanos ou as vítimas de violência indiscriminada. Quanto ao "fundado temor", não pode ser um mero receio, mas precisa ser fundado. Ainda, a tal perseguição deve ser fundada num dos motivos taxativamente descritos no texto.

3 A UNIÃO EUROPEIA E O DIREITO DERIVADO (REGIME EUROPEU "ORDINÁRIO")

O Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA)[156] tem como objetivos criar um único procedimento em matéria de concessão e de retirada do estatuto de asilo ou proteção subsidiária, ou temporária, fixar os critérios e mecanismos de determinação do EM responsável pela análise de um pedido, fixar um procedimento comum, garantir o direito de non-refoulement, estabelecer condições mínimas de acolhimento de modo equitativo entre os EM e incentivar parcerias e cooperação com países terceiros.

A. DIRETIVA QUALIFICAÇÃO

A Diretiva 2011/95/UE, em vigor desde 2012, estabelece, taxativamente, as pessoas elegíveis (nacionais de terceiros países ou apátridas) para obterem o estatuto de refugiado e também aquelas que poderão obter o estatuto de proteção subsidiária. Este estatuto é subsidiário ou complementar do estatuto do refugiado, sendo atribuído a indivíduos que fogem devido a serem nacionais de país em guerra, ou em situação de violência generalizada e sistemática de direitos humanos ou, ainda, àqueles que possam ficar sujeitos a pena de morte ou de execução, tortura ou tratamento desumano ou degradante, caso regressem ao seu país de origem ou residência.

Considera, nos seus termos:

> "São ofensas graves: a) a pena de morte ou execução, ou b) a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem, ou c) a ameaça grave e individual contra a vida ou integridade física de um civil, resultante

[155] Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. *ACNUR* [online]. 1967. Acesso em: 29 jan. 2024]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf

[156] MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). *Nossa Europa*[online]. Acesso em: 29 jan. 2024]. Disponível em: https://nossaeuropa.eu/definitions/view/1177/723

> de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno"

Seu objetivo principal é assegurar que os Estados-Membros apliquem critérios comuns de identificação de pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e que exista em todo o EM um nível mínimo de benefícios à disposição dessas pessoas.

B. DIRETIVA DE PROTEÇÃO TEMPORÁRIA

A Diretiva 2001/55/CE estabelece condições de proteção temporária em caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e as medidas que assegurem uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos EM. Visa a dar proteção aos estrangeiros que não possam voltar aos seus países por situações de guerra, violência ou violações de direitos humanos. Os Estados-membros ficam vinculados a conceder uma autorização de permanência em seu território. O Estado-membro que o acolhe é o responsável pela sua análise

C. DIRETIVA PROCEDIMENTOS

A Diretiva 2013/32/UE estabelece regras processuais destinadas a garantir uma apreciação individual, segura e justa de um pedido de proteção internacional, com vista à implementação de um procedimento de asilo comum na União. Garante a presença do requerente no território do Estado requerido desde a entrevista pessoal até a decisão final (exceção para as situações de proteção temporária). Estabelece o direito à informação numa língua que o requerente entenda, serviços de tradução, garantias para menores, exames médicos, apoio jurídico, direito a recurso, entre outros.

D. DIRETIVA ACOLHIMENTO

A Diretiva 2013/33/EU, de 26 de junho de 2013, estabelece normas de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. É aplicável em qualquer fase do processo enquanto os requerentes estejam autorizados a permanecer no território dos Estados requeridos, levando em conta os interesses do menor e as suas circunstâncias familiares. O seu conteúdo não é aplicável às matérias previstas na Diretiva Temporária. A Diretiva prevê, taxativamente, os fundamentos e as condições da detenção dos requerentes, suas garantias judiciárias. Determina, também, regras de detenção de pessoas vulneráveis e dos requerentes com necessidades especiais.

E. REGULAMENTO DUBLIN III

Estabelece os mecanismos e critérios de determinação do Estado-membro responsável pela análise e procedimento de um pedido de proteção internacional, fixando o primeiro país de entrada, com a finalidade de garantir o acesso efetivo e célere aos procedimentos de concessão de proteção internacional157. O pedido de asilo apresentado é transmitido à base de dados EURODAC, que é um sistema de comparação e conservação de impressões digitais para efeitos de aplicação do regulamento pertinente. O recolhimento de dados datiloscópicos deve ser feito de forma rápida e a

[157] NUNES PARAÍSO, Ariana. O Regulamento Dublin III – os critérios de determinação de responsabilidade: Breves Notas. *NOVA Refugee and Migration Clinic* [online]. Maio 2021. Disponível em: https://novarefugeelegalclinic.novalaw.unl.pt/?blog_post=o-regulamento-dublin-iii-os-criterios-de-determinacao-de-responsabilidade-breves-notas. Acesso em: 29 jan. 2024.

ideia é evitar que o requerente faça pedidos simultâneos em mais de um Estado, o que poderia levar a uma sobrecarga dos países mais prósperos. Assim, somente um EM pode analisar o pedido de proteção, e para determinar o Estado-membro responsável seguem-se os seguintes critérios: escolhe-se, primeiramente, o Estado onde está a família do requerente ou no interesse de menor. Não sendo possível, o Estado-membro responsável será aquele que mais esteve envolvido na chegada do requerente. Se não for o caso, será o Estado por onde a entrada ocorreu de forma irregular ou onde foi feito primeiro pedido de asilo.

4 ORIGEM E CONTEXTO DA PROTEÇÃO TEMPORÁRIA NA UNIÃO EUROPEIA

Sendo a imigração matéria de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-membros, segundo Ana Rita Gil[158], os EM só podem legislar na matéria enquanto a UE ainda não tiver adotado medidas sobre ela. Por outro lado, as leis de asilo nacionais são meras transposições do direito da Reconsiderando, pois, essa distribuição de competência, a delegação de poderes pelos EM em matéria de migração foi uma decisão estratégica motivada pela redução de conflitos, na medida em que a coordenação dos fluxos migratórios e do controle de fronteiras seria unificada pela UE, já que as fronteiras "internas" estariam suprimidas. Além disso, o processo de decisão da UE seria mais eficaz e responderia mais rápido aos conflitos, e a UE poderia enfrentar melhor a pressão desigual ocasionada pela migração, utilizando a solidariedade e distribuindo responsabilidade de forma mais equitativa, sem contar que a identidade europeia sairia fortalecida. Neste contexto, foi necessário adotar medidas comuns em matéria de transposição de fronteira, admissão e permanência das pessoas refugiadas para conseguir uniformizar o controle.

A Diretiva 2001/55/EC relativa as normas para concessão de proteção temporária em caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas é uma norma de direito derivado, adotada ao amparo do artigo 63.2 do antigo Tratado da Comunidade Europeia, (atual art.78.1) que estabelece:

> "A União desenvolverá uma política comum em matéria de asilo, proteção subsidiária e proteção temporária destinada a oferecer um estatuto apropriado a todo nacional de um terceiro país que necessite proteção internacional e a garantir o respeito do princípio da não devolução. Esta política deverá ajustar-se à Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e ao Protocolo de 31 de janeiro de 1967 sobre o estatuto dos Refugiados, assim como aos demais tratados pertinentes"

Este artigo dispõe que o Conselho e o Parlamento Europeus devem adotar medidas relativas ao estabelecimento de um sistema comum de asilo, encontrando-se aí um sistema comum para proteção temporária de pessoas deslocadas em caso de afluxo maciço.

A Diretiva foi uma resposta ao conflito da antiga Iugoslávia, que provocou na Europa um deslocamento maciço de pessoas, adotando-se uma série de procedimentos que constituem seus antecedentes. O conflito de Kosovo durante a primeira metade de 1999 impulsionou a criação da diretiva. Sua origem também se viu influenciada pelo Conselho de Tampere, celebrado em outubro de 1999, e onde se estabeleceram as bases do Sistema Europeu Comum de Asilo159. Este Conselho europeu, especificamente, tratou de promover a criação de um "Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", que foi logo incorporado pelo Tratado de Amsterdã, com a ideia de fazer uma União segura, aberta e comprometida com as obrigações derivadas dos direitos humanos e do direito humanitário[160].

---

[158] GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. **Revista Euro latinoamericana de Análisis Social y político** (RELASP). 2023. v. 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr.v4i7.109.

[159] MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Nossa Europa[online]. Acesso em: 29 jan. 2024. Disponível em: https://nossaeuropa.eu/definitions/view/1177/723

[160] 11997D/TXT. EUR-lex [online]. Acesso em :29 jan. 2024]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A11997D%2FTXT

Em 1997 a Comissão Europeia apresentou uma proposta de "Ação Comum ao Conselho" com o propósito de aperfeiçoar a proteção temporária. A proposta foi avalizada tanto pelo Parlamento quanto pelo Alto Comissariado, porém, foi bloqueada pelos Estados e abandonada em 1999. Posteriormente, em maio de 2000, a Comissão fez outra proposta. Originalmente, a Diretiva foi impulsionada pela Alemanha, Países Baixos e Áustria, sendo debatida por oito anos161. Seu objetivo era promover um esforço equitativo e adquirir a capacidade de gestionar os deslocamentos de forma rápida a evitar que o sistema de asilo entrasse em colapso. De forma que, o caráter da Diretiva não poderia ser alternativo, mas sim complementar ao sistema de asilo, tendo como base o atraso de sua aplicação, com o fim de permitir ao coletivo afetado receber proteção imediata.

Em 2001, depois de examinar as consequências da crise de Kosovo, a Comissão concluiu pela necessidade do estabelecimento das medidas que, de maneira preventiva, equilibrariam o esforço dos Estados-membros para enfrentar a situação, criando uma plataforma de solidariedade entre eles162. Pretendia-se avançar em termos de mentalidade e deixar para trás a concepção de medida interina para torná-la norma de caráter sistemático, regional, orientada para dividir a responsabilidade financeira entre os Estados de acolhida.

E apesar da idoneidade da Diretiva como instrumento de gerenciamento de crises, ela não foi ativada, em parte pelo temor do "efeito chamada", vale dizer, a facilitação dos meios para conseguir a regularização da sua situação poderia atrair mais imigrantes, o que não era desejado. Para alguns autores a sua não aplicação em casos prévios de afluxo repentino e maciço revelou a lamentável falta de solidariedade por determinados Estado-Membros, que a obstaculizaram.

A Diretiva de proteção temporária pode ser qualificada como "uma norma histórica enquanto primeiro instrumento jurídico que estabelece a obrigação vinculante de acolhida temporal para um conjunto de Estados, através de uma norma abstrata, geral e voltada à permanência163". Essa inclinação para a permanência propiciou sua aplicação em uma situação similar à da Iugoslávia, mas diferente, depois de vinte anos de sua aprovação.

Enquanto fundamento jurídico da figura da proteção temporária, o artigo 2º, a, da Diretiva 2001/55/CE164 a define como um procedimento excepcional que permite a proteção imediata e temporária em casos de afluxo maciço de pessoas deslocadas de terceiros países que se veem impossibilitadas de voltar ao seu país de origem.

5 A DECISÃO DA APLICAÇÃO DA DIRETIVA DE PROTEÇÃO TEMPORÁRIA NO CASO DA UCRÂNIA

Uma das questões mais complicadas é traçar os motivos pelos quais a Diretiva de Proteção Temporária nunca tenha sido ativada desde sua criação em 2001, considerando as oportunidades anteriores, quando dos fluxos migratórios advindos da "Primavera Árabe", na Líbia, e de forma mais evidente a crise migratória de 2015, quando mais de um milhão de pessoas atravessaram o Mediterrâneo no primeiro ano, e os requisitos para sua aplicação estavam presentes. Algumas explicações para a incidência da Diretiva na situação da Ucrânia e não em outras similares prévias apontam para causas diversas. Uma delas é que os deslocados ucranianos seriam bem-vindos pela sua proximidade cultural (europeus, cristãos, classe média)[165]. Outra explicação seria a rápida escalada do número de pessoas que abandonaram a Ucrânia desde o início, cerca de um

[161] GONZÁLES DE LA MANO, Laura. La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE. Dissertação de Mestrado em Direito. 2022.
[162] GONZÁLES DE LA MANO, Laura. *La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE*. Dissertação de Mestrado em Direito. 2022.
[163] DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2022. No. 73, p. 951–993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.
[164] Lei n.o 67/2003 Versão Consolidada. *Diariodarepublica.pt* [online]. Acesso em: 29 jan.2024]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080
[165] DELFINO, Micaela. Respuesta Europea al éxodo ucraniano: ¿Distinción entre refugiados? Boletín Informativo del Grupo de Jóvenes Investigadores [online]. Janeiro 2022. Acesso em: 29 jan. 2024]. Disponível em: https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/137264

milhão de pessoas em pouco tempo. Essa velocidade foi significativa e maior que a de 2015, em que se viu um milhão e pouco de refugiados o ano inteiro, ainda que se explique a chegada paulatina com a distância geográfica (Oriente Médio). Ainda, justificou-se que a Ucrânia poderia proporcionar trabalhadores essenciais para a União Europeia e que os ucranianos levariam anos movimentando-se pelo território da UE e contariam com a acolhida de familiares e amigos. Invocou-se, ainda, o fato de que os refugiados ucranianos não precisam de visto para cruzar as fronteiras da UE, diferentemente dos migrantes de 2015, que necessitavam recorrer às redes de auxílio à imigração ilegal para entrar na União Europeia, temendo-se o efeito "chamada" de mais imigração ilegal, explicado alhures. Neste ponto é bom chamar atenção ao fato de que em 2015 os fluxos de refugiados eram mistos, num contexto mais heterogêneo em que se combinavam pessoas necessitadas de proteção internacional e imigrantes voluntários, pelo que aplicar o regime de proteção temporária não seria adequado, o que não convence por completo porque a Diretiva poderia ser aplicada por categoria de pessoas.

Há críticas e discussões, ainda, quanto ao conceito de "afluxo maciço"[166]. Pelo artigo 2º da Diretiva fluxo maciço de pessoas seria "a chegada à Comunidade de um número importante de pessoas deslocadas, procedentes de um país ou de uma zona geográfica determinada, independentemente de que sua chegada tenha sido de forma espontânea ou com ajuda", o que torna o conceito vago e de difícil aplicação em situações concretas. Diante desta dificuldade, opta-se por uma interpretação restrita do conceito a justificar a inaplicabilidade da Diretiva. Considera-se que o conceito de deslocamento temporário traz elementos do asilo (como a impossibilidade de volta ao seus país de origem), mas admite a impossibilidade do sistema de asilo de responder com a celeridade necessária às pessoas afetadas. Daí a opção de aplicar a proteção temporária, cujos requisitos seriam mais fáceis de provar.

Mais convincente seria o argumento de interesse direto da União Europeia neste conflito e uma simpatia especial para com as vítimas desta agressão. A crise é vista como uma ameaça à estabilidade da Europa, já que um dos motivos que levou a Rússia a invadir a Ucrânia seria sua possível entrada para a Comunidade e para a Aliança Militar Defensiva da Ocidente, a OTAN, o que foi abertamente declarado e reconhecido pelo Conselho que ativou a Diretiva.

Quanto às imigrações ilegais, a maior preocupação da União Europeia seria de caráter securitário que ligava os fluxos migratórios ao terrorismo, preocupação que não teve com os deslocados da Ucrânia. Seja como for, só muito tardiamente resolveu a União Europeia tomar conta da situação em 2015, o que acarretou a morte de mais de 4.000 pessoas no Mediterrâneo ao tentarem entrar na UE.

Alguns fatores descritos fazem sentido para explicar as diferenças entre as duas situações. O fato é que os migrantes da crise de 2015 receberam um dos estatutos mais estáveis previstos pelo Direito da UE: o estatuto dos refugiados ou de proteção subsidiária, o que não aconteceu com os ucranianos, que dispõem de um título muito mais precário, ainda que possam requerer um título mais estável de proteção internacional oferecida pela Diretiva "Qualificação", o de refugiado ou o de proteção subsidiária.

A. RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS-MEMBROS

Um dos motivos ditos preponderantes da ativação da Diretiva de Proteção Temporária foi o risco do colapso dos sistemas nacionais de asilo. Espera-se, portanto, que os Estados-membros recebam menos pedidos de asilo, já que a Diretiva dispensa este pedido, reduzindo, ao mínimo, as formalidades necessárias para o recebimento de proteção e acolhida. O perigo do colapso dos sistemas é real, pois há um número sem precedentes de potenciais solicitantes e alguns poucos

[166] DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. 2022. No. 73, p. 951–993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.

Estados concentram a maioria dos requerimentos, causando um atraso significativo na resolução dos casos.

Outro motivo da adoção da Diretiva foi o fato de que ela estabelece um equilíbrio entre os esforços pelos distintos EM. Porém, como não há uma exigência de distribuição dos solicitantes de asilo de forma igualitária entre os membros, e ainda que a UE cubra os custos da acolhida, esta política de atendimento pode fracassar. Não é difícil perceber que o fato de inúmeros deslocados provenientes da Ucrânia procurarem ajuda mais especificamente em 3 países, quais sejam, Alemanha, Polônia e Chéquia, vem causando tensões na União Europeia por conta desta sobrecarga. Na tentativa de evitar este problema, a Diretiva conta com mecanismos de coordenação da capacidade de acolhida. Os EM devem trocar informações, através de uma plataforma de solidariedade, o que mostra a intenção de prestar sólido apoio à futura reconstrução da Ucrância[167], que as compilará, analisando as necessidades sobre as suas capacidades de acolhida e o número de pessoas. A União Europeia conta com a Rede de Preparação e Gestão de Crises Migratórias[168],conforme exige a Diretiva sendo a mais adequada para a cooperação administrativa entre eles.

Não se pode esquecer que o financiamento para as medidas derivadas da Diretiva é fundamental para o seu êxito. Esse financiamento advém do Fundo de Asilo, Migração e Integração, criado pelo Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 07 de julho de 2021, conforme prevê o artigo 24 da Diretiva. Os recursos devem ser distribuídos da seguinte maneira169, conforme o anexo I do regulamento: 8 milhões de euros para cada um dos EM, exceto Chipre, Malta e Grécia que recebem 28 milhões; os recursos restantes se dividem em 35% para asilo, 30% para migração legal e integração e 35% para luta contra a imigração irregular, incluindo retornos; dos 35% destinada a asilo, 60% vão aos solicitantes de proteção internacional e somente 30% se destina a refugiados, apátridas ou beneficiários de proteção subsidiária e a beneficiários de proteção temporária, todos com status já reconhecidos.

Quanto ao conteúdo obrigacional da Diretiva, os EM tem obrigações variadas (arts 8 a 18)170 que vão desde outorgar permissões de residência em idioma que o beneficiário entenda e o registro de seus dados pessoais até autorização para exercer atividades laborais, trabalhando por conta própria ou alheia, desde que deixe margem para priorizar os nacionais da UE. Ainda, os EM devem atender o refugiado no âmbito que lhes afeta, como saúde, alojamento adequado, alimentação e ajuda social. Ainda, devem garantir o acesso à educação para menores de 18 anos nas mesmas condições que a um nacional, podendo entender o benefício para os adultos. Uma das obrigações mais importantes é assegurar o agrupamento às famílias que foram forçadas a se separarem, fornecendo uma permissão de residência no país em que finalmente se agrupem.

Outra parte importante do conteúdo obrigacional dos EM pela Diretiva é o regime de solidariedade interestadual. A aplicação deste regime exige que os Estados cooperem entre si para mudar a residência das pessoas acolhidas de um Estado-membro a outro, requerendo o consentimento do indivíduo para tal, desaparecendo esta responsabilidade quando o refugiado abandona o Estado de acolhida para deslocar a outro, pondo fim a sua autorização de residência.

6 OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO TEMPORÁRIA

[167] CONSILIUM EUROPA. EU solidarity with Ukraine. *Consilium Europa* [online]. 18 janeiro 2024. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/. Acesso em: 20 jan. 2024

[168] EUROCID. Instituições responsáveis Pela Gestão Migratória. *Eurocid* [online]. 13 dezembro 2023. Disponível em: https://eurocid.mne.gov.pt/instituicoes-responsaveis-pela-gestao-migratoria. Acesso em: 20 jan. 2024

[169] Regulamento - 2021/1147. *EUR-lex* [online]. Acesso em: 29 jan. 2024. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1147

[170] Lei n.o 67/2003 Versão Consolidada. *Diariodarepublica.pt* [online]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080 Acesso em: 20 jan. 2024

Os beneficiários óbvios são, por certo, os nacionais ucranianos e suas famílias que fugiram do país por conta da guerra[171]. O Conselho europeu ampliou a proteção, adicionando as pessoas não nacionais, mas residentes na Ucrânia. Aplicar-se-á, a Diretiva, portanto, aos nacionais ucranianos que residirem na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022, aos apátridas e nacionais de terceiros países distintos da Ucrânia que gozaram de proteção ou de proteção nacional equivalente na Ucrânia antes de 24 de fevereiro e aos membros das famílias das pessoas das duas categorias. Ainda, os nacionais de países terceiros ou apátridas com estatuto de residência permanente na Ucrânia anterior a 24 de fevereiro de 2022, desde que demonstrem que não conseguem voltar ao seu país de origem por questão de segurança. Já em relação àqueles com autorização temporária na Ucrânia, a decisão de aplicar a Diretiva seria discricionária.

Aos nacionais ucranianos é permitido escolher o Estado-membro em que querem ser acolhidos, facilitando, eventualmente, seu reencontro com a família. E complementando o que foi dito anteriormente, estabeleceu-se uma discricionariedade ao EM ao decidir sobre a extensão da proteção aos apátridas se nacionais de terceiros países residentes na Ucrânia que não tenham visto permanente como, por exemplo, estudantes de terceiros países. Apesar desta possível exclusão, a UE deve garantir sua admissão por razões humanitárias e, consequentemente, uma forma segura para voltar ao seu país de origem, sem visto, meios de subsistência ou documentos de viajem. Esse posicionamento tem gerado controvérsias, pois essa liberdade de decisão poderia causar insegurança jurídica ao dar enfoques inconsistentes e discriminatórios.

Em uma situação diferenciada se encontram os apátridas (aquele que não é nacional de nenhum país conforme sua legislação[172]), já que enfrentam problemas adicionais ao cruzar as fronteiras. A gestão destas pessoas não permite garantir proteção temporal em qualquer caso. O apátrida que possa provar que reside permanentemente na Ucrânia e que não pode regressar ao seu país de origem, goza do direito da proteção temporária, podendo os EM incluí-lo ou usar o seu sistema específico. Por outro lado, se não puder comprovar sua residência permanente ou sua proteção internacional na Ucrânia, deverá solicitar asilo ou outra forma de proteção de acordo com a lei de seu país de acolhida.

7 PLANO DE 10 PONTOS PARA UMA MELHOR COORDENAÇÃO EUROPEIA NO ACOLHIMENTO DE REFUGIADOS

Com a invasão da Rússia na Ucrânia, a UE, por sua Comissão, além de aplicar a Diretiva de proteção temporária, apresentou um plano de 10 pontos para acolher os refugiados, entre eles, o que se refere à proteção ao tráfico humano. Como a maior parte dos refugiados ucranianos são mulheres e crianças, suscetíveis de violência, abuso e adoções ilegais, traçou diretrizes para que fossem acolhidos com segurança nas suas fronteiras. A iniciativa abrange hospedagem ao nível local, regional e nacional em coordenação com o setor privado. Uma rede de coordenadores anti-tráfico foi criada para acolher os refugiados com maior rapidez e eficiência, dando-se particular atenção às crianças com alguma incapacidade, desacompanhadas ou separadas dos pais, pois mais de 1,8 milhões de crianças fugiram da Ucrânia para os países da UE[173].

Para atender essas crianças, as linhas de ação traçadas pela Comissão, de acordo com o plano de 10 pontos, foram as seguintes: a) criação de uma plataforma da União Europeia para registro; b) coordenação de um centro de informação e transporte; c) mapeamento da capacidade de recepção e acomodação; d)desenvolvimento de planos de contingência nacionais; e) orientação

---

[171] GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. *Revista Euro latinoamericana de Análisis Social y político (RELASP)*. 2023. v. 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr.v4i7.109.

[172] Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. *ACNUR - a Agência da ONU para os Refugiados* [online]. Setembro 1954. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024

[173] BARANOWSKA, Grażyna. Missing Migrants: Lessons from the EU's response to Ukrainian Refugees. Policy Brief. Berlin, Germany: Hertie School - Jacques Delors Centre, 2022.

uniforme para acolhimento e apoio às crianças; f) implementação de um plano comum anti-tráfico; g) reforço da solidariedade com a Moldávia; h) reforço da estrutura de cooperação internacional e de destino seguros; i) abordar as implicações da guerra para a segurança interna; j) garantir recursos e financiamentos adequados174.

CONCLUSÃO

A crise de refugiados na Ucrânia é um desafio humanitário complexo que demanda respostas eficazes e solidárias por parte da União Europeia. A Diretiva de Proteção Temporária foi um passo importante nesta direção. Sofreu muitas críticas por conta de sua aplicação tardia, uma vez que foi criada em 2001 e somente em 2022 foi ativada, deixando um vazio, uma lacuna quando outros movimentos em massa procuraram socorro no território europeu. Se a Diretiva traz a vantagem de dar uma resposta imediata às necessidades dos refugiados, não se sabe ao certo quão eficaz será no futuro, considerando que a guerra ao que tudo indica, está longe do fim. Porém, se há algo que valida o acerto da Comissão em aplicá-la, sem dúvida, foi sua preocupação com o tráfico humano, com o abuso e a violência, que tem nas crianças e mulheres o seu alvo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARANOWSKA, Grażyna. Missing Migrants: Lessons from the EU's response to Ukrainian Refugees. Policy Brief. Berlin, Germany: Hertie School - Jacques Delors Centre, 2022.
CASTRO MOREIRA, Fátima. *The protection of Ukrainian Migrants in Portugal: from the international and European regimes to Portuguese Law*. p. 1–15.
CONSILIUM EUROPA. Refugees from Ukraine in the EU. *Consilium Europa* [online]. 22 janeiro 2024. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/ukraine-refugees-eu/. Acesso em: 29 jan. 2024.
CONSILIUM EUROPA. EU solidarity with Ukraine. *Consilium Europa* [online]. 18 janeiro 2024. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/. Acesso em: 29 jan. 2024.
CONSILIUM EUROPA. Asylum applications in the EU. *Consilium Europa* [online]. Junho 2023. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/. Acesso em: 29 jan. 2024.
Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. *ACNUR - a Agência da ONU para os Refugiados* [online]. Setembro 1954. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.
CUEVAS-MONTES, Franklin, PERCY-ESTRADA, Cesar, PORRAS-SARMIENTO, Sintya and LEIVA-ÑAÑA, Carlos Enrique. El Derecho a la Protección Internacional: La Figura del Refúgio. Polo del Conocimiento: **Revista científico - profesional.** Julho 2023. v. 8, no. 7, p. 1090–1104.
DELFINO, Micaela. Respuesta Europea al éxodo ucraniano: ¿Distinción entre refugiados? Boletín Informativo del Grupo de Jóvenes Investigadores [online]. Janeiro 2022. Disponível em: https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/137264. Acesso em: 29 jan. 2024.
DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. 2022. No. 73, p. 951–993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.
EUROCID. Instituições responsáveis Pela Gestão Migratória. *Eurocid* [online]. 13 dezembro 2023. Disponível em: https://eurocid.mne.gov.pt/instituicoes-responsaveis-pela-gestao-migratoria. Acesso em: 29 jan. 2024.
EUROPEAN COMMISSION. MIGRATION: New Pact on Migration and Asylum. *European Commission* [online]. 2020. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/new-pact-on-migration-and-asylum-package_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

[174] CASTRO MOREIRA, Fátima. The protection of Ukrainian Migrants in Portugal: from the international and European regimes to Portuguese Law. p. 1–15.

GIL, Ana Rita. Imigração e Direitos humanos. 2. Lisboa, Portugal: Petrony Editora, 2021.
GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. **Revista Euro latinoamericana de Análisis Social** *y* político *(RELASP)*. 2023. v.. 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr. v4i7.109.
GONZÁLES DE LA MANO, Laura. *La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE*. Dissertação de Mestrado em Direito. 2022.
Lei n.o 67/2003 Versão Consolidada. *Diariodarepublica.pt* [online]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080. Acesso em: 29 jan. 2024.
MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). *Nossa Europa*[online]. Disponível em: https://nossaeuropa.eu/definitions/view/1177/723. Acesso em: 29 jan. 2024.
NUNES PARAÍSO, Ariana. O Regulamento Dublin III – os critérios de determinação de responsabilidade: Breves Notas. *NOVA Refugee and Migration Clinic* [online]. Maio 2021. Acesso em: 29 jan. 2024. Disponível em: https://novarefugeelegalclinic.novalaw.unl.pt/?blog_post=o-regulamento-dublin-iii-os-criterios-de-determinacao-de-responsabilidade-breves-notas.
PACHECO, Fátima. Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo. **E-Revista de Estudos Interculturais** *do CEI–ISCAP*. Maio 2023. No. 11.
Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. *ACNUR* [online]. 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.
Regulamento - 2021/1147. *EUR-lex* [online]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1147. Acesso em: 29 jan. 2024.
Tratado da União Europeia (Versão Consolidada). *EUR-lex* [online]. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 29 jan. 2024.

PROPAGANDA ELEITORAL: BREVES REFLEXÕES SOBRE A PROBLEMÁTICA DA INTERFERÊNCIA NOS ESTADOS MENTAIS E AS *FAKE NEWS* NA PROPAGANDA ELEITORAL.

Luís Mauro Lindenmeyer Eche[175], Marco Antônio Venâncio de Melo[176]

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas da importância do Código Eleitoral para a própria evolução da democracia no Brasil. Foi a partir dele que os cidadãos passaram a vislumbrar uma gama de direitos sensíveis apenas usufruídos por aqueles que, de fato, vivem em um Estado Democrático de Direito. A positivação desses direitos, em um diploma próprio, especializando um ramo da Justiça, tratou-se de feliz providência no âmbito interno conforme podemos constatar a partir dos resultados concretos que a Justiça Eleitoral vem angariando ao longo dos anos.

Contudo, mesmo se tratando de um importante instrumento da democracia, não podemos descurar que o Código Eleitoral vigente no país data de 1965. Isto é, foi editado e promulgado em uma era sombria do país, momento em que a democracia por vezes vacilava. Justamente por conta da instabilidade institucional que vicejava à época da sua edição há diversos dispositivos legais que foram inseridos para garantir aos agentes de poder uma forma de controle frente aqueles que se dedicavam à atividade política. Ou seja, valendo-se de uma hipótese legítima, governos autoritários aproveitaram-se para inserir verdadeiros instrumentos de censura no diploma modo a obter, em alguma medida, controle institucional sobre as eleições.

Por outro lado, é certo de que se verificou ao longo dos anos o uso abusivo do direito de propaganda aproveitando-se ora da inexistência de sanção legal – que tornava a proibição verdadeira letra morta –, ora da vagueza e indeterminação dos conceitos, o que colocava a conduta em uma zona cinzenta sobre sua idoneidade ou não com o processo eleitoral.

Além disso, a evolução da tecnologia fez vicejar o uso das denominadas *fake news,* o que acaba por interferir ilegitimamente no processo de formação de convicção por parte dos eleitores. Reflexamente a própria idoneidade do processo eleitoral resta maculada por essa prática.

Entretanto, é primordial que o uso da propaganda eleitoral não seja marginalizado ou visto como um meio ilícito de convencimento. Aos operadores do Direito recomenda-se absoluta cautela na leitura e interpretação do Código Eleitoral, sempre lhe emprestando uma leitura constitucional, modo a garantir a integridade da ordem democrática instaurada com o advento da Carta Maior de 1988.

Ademais, pondera-se que se deve atentar que a propaganda eleitoral é expressão do direito fundamental de liberdade de expressão. Com efeito, a propaganda transforma-se em um importante – se não o mais relevante – instrumento para a divulgação das propostas de campanha e de governo pelos partidos políticos e candidatos a um cargo eletivo. É por meio dessa ferramenta que os cidadãos passam a ter conhecimento das intenções e proposituras dos candidatos, o que os auxilia no seu exercício do direito de voto. Ou seja, as limitações à propaganda não podem resultar na interpretação que inviabiliza seu uso, ou que acabe por interditar o debate eleitoral que é próprio da campanha.

1 DA PROPAGANDA ELEITORAL

[175] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Bacharel em Direito. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/9033517005345025
[176] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia.

Antes de adentrar propriamente no mérito do presente artigo, mister trazer à lume alguns conceitos básicos que servirão posteriormente para endossar as ponderações e conclusões que serão realizadas ao longo da presente manifestação.

Por definição, propaganda, na dicção de Ribeiro (1986, p. 289), é um "conjunto de técnicas empregadas para sugestionar pessoas na tomada de decisão, empregando esforço persuasivo para a demonstração lógica da procedência do tema".

Em sentido semelhante, mas mais voltado para o âmbito eleitoral, Neves Filho entende que a "propaganda política democrática é a tentativa de criar estados mentais favoráveis às propostas e às realizações políticas, mas calcadas no debate e na livre circulação de informações e ideias" (2012, p. 20).

Com efeito, no âmbito eleitoral, temos a denominada propaganda política definida como uma forma de comunicação destinada a aproximar a expectativa de um determinado grupo de pessoas relativamente ao seu modo de vida, ideologias e preferências sociais a um determinado candidato, um governo ou partido político. Isto é, cuida-se de um instrumento vocacionado a aproximar o candidato dos anseios do seu eleitorado, buscando-se aprofundar e ampliar a sintonia do candidato com o seu público-alvo, seja mediante apresentação de propostas de governo, defesa de ideologias ou preferências socioculturais.

Propaganda política é gênero, dela irradiando, como leciona Cândido (2016, p. 165), três espécies de propaganda[177]: a intrapartidária, a partidária e a eleitoral. Está última, por ter especial pertinência com o objeto do presente estudo, será apreciada com maior vagar nesse momento.

Pois bem.

A propaganda eleitoral tem seu fundamento legal na Lei nº 9.504/07 (arts. 36 até o 57-I), no Código Eleitoral (arts. 240 a 256) e – para as eleições de 2024 – na Resolução TSE nº 23.610/19[178].

Por meio da propaganda eleitoral os partidos políticos e candidatos divulgam, por diversos meios e modos, mensagens dirigidas aos eleitores, de suas candidaturas e propostas políticas, a fim de se mostrarem os mais aptos a assumir os cargos eletivos que disputam. Ou seja, é inerente à propaganda a criação de estados mentais favoráveis às propostas apresentadas, porque é a partir dessas sinapses que se aprofunda, se cria e se ampliam os vínculos do candidato com o eleitorado.

Portanto, a propaganda eleitoral encontra-se umbilicalmente vinculada com a alteração dos estados mentais dos indivíduos e com a própria liberdade de expressão. Sem liberdade, é inviável a divulgação de ideias plúrimas, de espectros diversos do mundo, ou mesmo de ideologias confrontantes.

Não obstante, não há direito absoluto no sistema constitucional brasileiro. Daí porque a liberdade de expressão pronunciada por meio da propaganda eleitoral deve ser exercida com integral observância às diretrizes da Carta de 5 de outubro de 1988, modo a evitar abusos e a própria subversão dos limites da legalidade. A partir dessas constatações, exsurge a necessidade de se estabelecerem parâmetros de controle para o exercício desse tão importante direito e que impacta diretamente a própria democracia.

---

[177] Há alguma divergência doutrinária acerca do número de espécies de propaganda política. Há autores que reputam a existência de pelo menos quatro subespécies de propaganda eleitoral. Gomes (2010), por exemplo, reputa que a propaganda política se subdivide em intrapartidária, partidária, eleitoral e institucional. Porém, modo a não desviar o foco do presente artigo, relega-se o aprofundamento para momento oportuno. Neves Filho (2012), por seu turno, também divide a propaganda política em quatro espécies, quais sejam: a propaganda partidária, a propaganda intrapartidária, a publicidade institucional e a propaganda político-eleitoral propriamente dita. Contudo, modo a não se desviar do tema, deixa-se o debate para momento mais adequado.

[178] É de se registrar que, assim como ocorre em todo ano eleitoral, é proposta uma atualização e revisão da resolução que rege a propaganda política, sendo que a minuta de atualização para as eleições de 2024, embora já apresentada, pende de votação. A minuta de proposta de atualização consta disponível https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Janeiro/minuta-de-resolucao-sobre-propaganda-eleitoral-regulamenta-uso-de-inteligencia-artificial-na-campanha#:~:text=Minuta%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20propaganda%20eleitoral%20regulamenta%20uso%20de%20intelig%C3%AAncia%20artificial,-Texto%20ser%C3%A1%20debatido&text=O%20uso%20de%20intelig%C3%AAncia%20artificial,Tribunal%20Superior%20Eleitoral%20(TSE).

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PROPAGANDA ELEITORAL

Não há dúvidas de que a liberdade de expressão é pedra angular e fundante da democracia. Sem ela se instauram ditaduras travestidas de pseudodemocracias onde as ideias não se proliferam porque limitadas por amarras políticas e ideológicas que não reconhecem a nobreza da diversidade. Daí a premente importância de se garantir a liberdade de expressão à alçando a verdadeiro dever humanitário para se garantir o desenvolvimento social.

Contudo, justamente por ser próprio de países democráticos, a liberdade de expressão encontra seu limite no direito do próximo e em outros preceitos de assento constitucional que também figuram como pontos nevrálgicos de uma democracia plúrima.

Canotilho (2010, 9. 401-2) leciona que a liberdade de expressão implica tanto em uma pretensão jurídica individual – na qual se traduz o direito subjetivo de cada indivíduo de se expressar livremente – como também faz nascer um dever jurídico de se conduzir com base em regras de conduta, que visam proteger a coletividade e o próximo, ao mesmo tempo em que se emerge, para o Estado, uma prestação positiva de garantir o pleno exercício dessa liberdade para todos os cidadãos, desde que exercido dentro de balizas constitucionais.

Aliás, como bem adverte Cândido (2016, p. 166), é dever do Estado regular o exercício do direito de propaganda sob pena de sacrificar valores como a soberania, a manutenção da ordem pública, a moral e os bons costumes, o controle do abuso de poder e os princípios a forma e do sistema de governo.

Salgado (2010, p. 190-2), inclusive, deixa claro a existência de uma relação simbiótica entre liberdade de propaganda e a igualdade entre os candidatos e partidos políticos, impondo-se que a apreciação da liberdade de propaganda extrapole o âmbito individual, justamente porque a liberdade é um vetor democrático e destinado à coletividade.

Logo, malgrado a propaganda eleitoral seja uma faceta do direito à liberdade de expressão, traduzindo-se como o meio mais eficaz para que partidos políticos e candidatos veiculem seus programas, plataformas, ideias, metas e propostas[179], seu exercício deve compromisso com princípios igualmente caros à sociedade, as quais funcionam como seus limitantes.

Assim, considerando a imprescindível necessidade de parâmetros para o exercício e o controle da propaganda eleitoral, a doutrina elenca princípios basilares que regem sua prática. De acordo com Cândido (2016, p. 168), os princípios da propaganda eleitoral são: **Princípio da Legalidade** – o primeiro, ao qual se vinculam todos os demais, plenamente em vigor em nosso sistema eleitora, e que consiste na afirmação de que a lei federal regula a propaganda, estando o ordenamento composto por regras cogente, de ordem pública, indisponíveis e de incidência e acatamento erga omnes; **Princípio da Liberdade** – é o livre direito à propaganda, na forma do que dispuser a lei; **Princípio da Responsabilidade** – toda propaganda é de responsabilidade dos partidos políticos e coligações, solidários com os candidatos e adeptos pelos abusos e excessos que cometerem; **Princípio Igualitário** – todos, com igualdade de oportunidades, têm direto à propaganda, paga ou gratuita; **Princípio da Disponibilidade** – decorrente do Princípio da Liberdade da Propaganda, significa que os partidos políticos, coligações, candidatos e adeptos podem dispor da propaganda lícita, garantida e estimulada pelo Estado, já que a lei pune com sanções penais a propaganda criminosa e pune a propaganda irregular com sanções administrativo-eleitorais, precipuamente; **Princípio do Controle Judicial da Propaganda** – consiste na máxima segundo a qual à Justiça Eleitoral, exclusivamente, incumbe a aplicação das regras jurídicas sobre a propaganda e, inclusive, o exercício de seu Poder de Polícia.

Destarte, da série de princípios supramencionados, que norteiam a aplicação das regras criadas para regular a propaganda eleitoral, exsurge, com clareza, que as normas que regem as condutas praticadas por partidos políticos, coligações e candidatos têm, em seu contexto, a

[179] Nesse sentido, CÂNDIDO, 2016.

finalidade precípua de garantir a plena liberdade para o exercício da propaganda eleitoral, desde que seja realizada com responsabilidade social. Em não o fazendo, a propaganda estará sujeita ao controle judicial, a fim de que sejam aparadas arestas em caso de excessos e abusos cometidos. Em outras palavras, não há espaço, em nosso ordenamento jurídico, para que a liberdade, incluída aqui a liberdade de expressão, seja efetivada de forma irrestrita.

Em contraponto, ainda que seja da função do Poder Judiciário Eleitoral atuar de forma a impedir esses excessos, não se poderá admitir que essa atuação acabe por interditar o debate político ou vilanizar o próprio exercício da propaganda eleitoral como expressão da liberdade individual. Em se tratando de propaganda eleitoral, só há liberdade de expressão se ela for conjugada com a igualdade de oportunidades. Isto é, a proteção a ser atribuída à propaganda está em função da liberdade individual de pensamento, "adquirindo expressiva dimensão social com o estabelecimento de um ambiente propício ao debate de ideias, ao confronto de opiniões" (Ribeiro, 1986, p. 294).

Dessa forma, apenas quando o uso da propaganda acaba por ofender, de forma indevida, os adversários, ou importe em violação de outras normas legais ou aos princípios democráticos, é que se pode cogitar de irregularidade da propaganda eleitoral, exigindo uma limitação ou interdição do direito à liberdade de expressão. No mais, o simples fato de a campanha ter por escopo, em maior ou menor grau, influir nos ânimos dos eleitores não deve engendrar a conclusão pela irregularidade sob pena de negar a própria existência da propaganda como instrumento legítimo de apresentação de propostas políticas e convencimento do eleitorado. Igualmente, não cabe ao Poder Judiciário Eleitoral reputar narrativas como boas ou ruins, adotar como legítima uma dada postura ideológica em detrimento de outras visões do mundo, adentrar no exame das qualidades das políticas propostas pelos candidatos etc. Somente a partir da neutralidade da Justiça Eleitoral – o que não se confunde com inação – é que se viabiliza um espaço fecundo para o exercício máximo da democracia, uma vez que é a partir do debate entre os candidatos e o confronto de ideias que se garante a cultura necessária para o exercício do direito de voto de forma livre e plena.

3 O ART. 242 DO CÓDIGO ELEITORAL E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

O Código Eleitoral, em seu artigo 242, estabelece que a propaganda eleitoral, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, não poderá empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. Caso assim o faça, o próprio Diploma prevê que caberá aos magistrados designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais das respectivas circunscrições exercer o poder de polícia para impedir e cessar imediatamente a propaganda, sem prejuízo do direito de representação do Ministério Público e dos interessados no pleito por eventual abuso.

Embora a previsão legal possa parecer um instrumento legítimo de controle da propaganda eleitoral, não foi esse o ideal que justificou sua inclusão no ordenamento jurídico.

Com efeito, o art. 242 do CE possuía direta similitude com o disposto no art. 3º, § 2º da Lei de Segurança Nacional[180] (Lei n. 6.620/78) vigente à época da edição do Código Eleitoral, o qual taxava de atentado à soberania nacional qualquer tipo propaganda no campo político com a finalidade de influenciar e provocar emoções.

Daí a plena validade da constatação levada a efeito pelo Min. José Gerardo Grossi (Rp n. 587/DF), no sentido de que o disposto no art. 242 do CE foi editado em plena ditatura militar (1965) e revela, claramente, um mero arremedo de atividade política. Isto é, o intuito do artigo em análise era o de legalizar a censura, visando interditar o debate político e o levante de vozes dissonantes dos governos autoritários então apropriados do Poder.

[180] Art. 3º - A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva. (...). § 2º - A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

Essa constatação é de suma importância para que, imune a vícios de origem, se empreste à norma uma interpretação absolutamente concorde com a atual ordem constitucional. Aduza-se que é dever do exegeta, antes de qualificar a norma como inconstitucional, conferir-lhe sentido jurídico compatível com a Carta Magna. Para além disso, cabe ao intérprete dar-lhe interpretação que garanta a maior efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática. Assim, por meio desses cânones interpretativos, incumbe ao hermeneuta conferir às normas polissêmicas ou plurissignificativas uma interpretação compatível com a Constituição; essa interpretação deverá garantir máxima efetividade às normas constitucionais que preveem direitos fundamentais; o aparente conflito entre normas deve ser resolvido por meio de harmonização, impedindo-se o sacrifício completo de uma norma em detrimento de outra (Bester, 2005, p. 175).

Ademais, como já se assentou alhures, é da própria natureza da propaganda eleitoral influir nos estados mentais dos eleitores visando angariar sua simpatia. Isto é, aplicado na literalidade, o artigo em espeque acabaria por interditar formas muito relevantes de realizar propaganda eleitoral, o que pode malferir a própria liberdade de expressão enquanto direito fundamental, desbordando em uma indevidamente interferência no processo eleitoral, cujo foco, da propaganda, é externar propostas, ideias e programas de governo. Ausente esse importante debate durante o período de campanha, o exercício de voto restará maculado, influindo, negativamente, na legitimidade do direito de escolha do cidadão. Ribeiro (1986, p. 294) assevera que a liberdade de propaganda se tornou "condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática". O prossegue a autora:

> As normas protetoras da liberdade aparecem em funcional implicação com os postulados de igualdade. Com a liberdade erguem-se as defesas dos eleitores, dos candidatos e dos partidos, impedindo os cerceamentos provindos das agências estatais. Por sua vez, com a igualdade, as defesas são mobilizadas para enfrentar as situações privilegiadas, as dominações sociais que possam de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático (1986, p. 308).

Peccinin (2013, p. 332) bem atenta para essa problemática, ao assentar que a autenticidade do voto está fundada na coibição de desvios e vícios no processo democrático, a fim de que sejam asseguradas a liberdade do voto e da igualdade do voto. E arremata ao afirmar que

> A liberdade do voto é protegida pela coibição de vícios em sua formação, "seja de maneira direta – por coação, fraude, corrupção, compra de votos –, seja de maneira indireta, por restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos", e a igualdade do voto se dá tanto pela garantia de mesmo peso a todos os votos (*one man, one vote*), quanto pela garantia de "liberdade de expressão e de associação" que assegurem a igualdade de influências entre as opções que se apresentam ao eleitor (Salgado, 2010, p. 35).

Portanto, a interferência no direito à propaganda eleitoral por parte da Justiça Eleitoral é campo absolutamente arenoso e que deve ocorrer de forma comedida e sempre atento a todo arcabouço normativo em que inserida a problemática. A análise da irregularidade de eventual propaganda deve sempre passar por um processo de ponderação de valores justamente porque o direito de propaganda diz respeito tanto com relação à liberdade de expressão como ao exercício legítimo, autêntico e democrático do direito de voto. Interferir, ilegitimamente, no direito de propaganda, acaba por desequilibrar o próprio debate político.

4 *FAKE NEWS.*

Não há dúvidas que a Justiça Eleitoral está sujeita a críticas e possui um amplo espaço de evolução a ser percorrido. Portanto, é absolutamente importante que os mais variados espectros da política apresentem suas críticas e sugestões para que haja o constante aprimoramento do sistema eleitoral.

Não obstante, esse canal aberto e perene diálogo não pode ser interpretado como meio legítimo a contestar a idoneidade do processo eleitoral, o qual tem por função precípua o exercício legítimo do poder do povo, que se dá por meio do voto.

Embora não se trate de episódio isolado, porque o uso de *fake news* em propaganda eleitoral já havia ocorrido em eleições pretéritas, o que se vivenciou nas últimas eleições (2022) foi a uso predatório de inverdades como instrumento de degradação dos atores políticos e do próprio processo eleitoral. Não apenas isso: a liberdade de expressão foi utilizada de forma ilegítima como ferramenta para contestar a idoneidade do sistema eleitoral, colocando em xeque a própria democracia.

Sob a pecha da liberdade de expressão o que se viu constantemente nas últimas eleições presidenciais foi um sistemático ataque à instituição Justiça Eleitoral, seja de forma direta e diária por parte de candidatos, seja por financiamentos escusos e por interpostas pessoas, numa ação orquestrada visando o abalo da credibilidade pública ao próprio sistema eleitoral.

Nessa vereda, as eleições de 2022 deverão figurar como verdadeiro alerta a essa nova forma espúria de se fazer campanha eleitoral, onde nada se propõe de concreto, a título de planos de governo, senão se planta a incerta, esperando o caos como consequência das sistemáticas investidas antidemocráticas contra a idoneidade das urnas e da posterior apuração de votos.

Daí a importância da regulamentação da propaganda eleitoral. Essa regulamentação se traduz na prestação positiva do Estado modo a garantir a máxima efetividade da liberdade de expressão por meio da propaganda eleitoral ao mesmo tempo em que se protege a igualdade dentro do debate político eleitoral. É incumbência da Legislador, por meio de leis em sentido estrito, e da Justiça Eleitoral, por meio de suas resoluções, assegurar que a formação da opinião do eleitor se dê alicerçada em fatos, argumentos e propostas que representem a realidade. Autorizar a difusão de propagandas que veiculem inverdades, que apresentem narrativas descoladas do mundo fenomênico, ou que contestam a idoneidade do processo eleitoral contaminam a formação livre e desimpedida da opinião do cidadão na escolha do seu candidato. Com pontualmente assevera Salgado (2010, p. 44-5):

> Além da igualdade e da liberdade de voto, há de ser assegurada, ainda, a liberdade de formação de opinião. A opinião política se forma coletivamente, a partir do debate de ideias e da submissão da opinião pessoal à apreciação dos demais. Essa liberdade não prescinde da garantia de uma igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral. A existência de vantagens indevidas, baseadas em critérios tidos como irrelevantes, leva ao desvirtuamento do pleito, com ofensa à liberdade da vontade eleitoral.

Tendo em vista a experiência passada, o Tribunal Superior Eleitoral tratou de incluir dispositivos e gatilhos legais na Resolução n. 23.610/2019[181] visando municiar a Justiça Eleitoral de ferramentas e meios adequados para o combate a *fake news* ou minar seu alcance. A minuta de alteração da Res. 23.610/19 ainda pende de votação, mas já se encontra disponível no sítio do TSE para devida consulta[182]. Nela podemos ver a preocupação do Tribunal com relação à produção,

[181] Embora não seja objeto do presente artigo, é necessário criticar o uso desmedido das resoluções pelo TSE como forma de limitar a propaganda eleitoral. Como já assentado, a propaganda eleitoral expressa parcela do direito à liberdade de expressão. Portanto, o recomendável seria que qualquer limitação a esse direito fosse realizada por meio de lei em sentido estrito. Não obstante, há diversas disposições contidas nas resoluções expedidas pelo TSE que, para além de limitar o direito de propaganda, preveem verdadeira reprimenda na sua prática, algo que não possui base constitucional.

[182] Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Janeiro/minuta-de-resolucao-sobre-propaganda-eleitoral-regulamenta-uso-de-inteligencia-artificial-na-campanha#:~:text=Minuta%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20propaganda%20eleitoral%20regulamenta%

divulgação e impulsionamento de propagandas manipuladas ou de alguma forma adulteradas. Por essa razão, foram previstas diversas normas destinadas aos políticos, partidos políticos e a terceiros que participam direta e indiretamente do certame, em particular a empresas de criação e divulgação de conteúdo. Em especial, podemos destacar a (i) necessidade de ser devidamente informados nas propagandas eleitorais a fabricação e manipulação de conteúdo; (ii) a verificação de checagem realizado por agências de verificação conveniadas com o TSE poderão ser utilizados como lastro para fundamentar eventual violação ao dever de cuidado nas propagandas eleitorais; (iii) vedação de propagandas negativas por meio de impulsionamento e na priorização de conteúdo em aplicações de buscas; (iv) vedação de utilização de dados sensíveis para a criação de perfis de usuários com a intenção de direcionamento segmentado de propaganda eleitoral, ressalvada autorização expressa do titular; (v) ampliação do tipo legal previsto no art. 323 do CE, passando a incluir no alcance da norma além dos já revistos *fatos sabidamente inverídicos* a expressão *gravemente descontextualizados com potencial de desequilibrar o pleito ou a integridade do processo eleitoral.*[183]

Ainda que essas deliberações pendam de votação, não há dúvidas de que haverá importantes alterações na Res. n. 23/610/19 visando o combate a desinformação e será necessária cautela por parte do julgador no exame das questões concretas que se apresentarão nas eleições de 2024. Seja porque haverá uma base normativa nova, seja porque a jurisprudência ainda não estará consolidada modo a garantir a segurança jurídica que se espera da Justiça Eleitoral.

5 DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 242 DO CE. DO USO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO NO EXAME DAS *FAKE NEWS*.

Não é pretensão do presente texto impor uma interpretação irrefutável acerca da correta interpretação da norma contida no art. 242 do CE ou daquilo que se entende por *fake news*. Busca-se traçar contornos para potenciais interpretações adequadas ao texto. Essa delimitação é importante porquanto a norma possui um grau de mutabilidade que é própria do Direito. E, em se tratando de uma norma repleta de conceitos jurídicos indeterminados e de palavras polissêmicas, a influência da realidade social é ainda mais relevante.

Com efeito, é inviável que o legislador discrimine absolutamente todas as formas de condutas cuja tutela se objetiva com a norma. A capacidade inventiva do ser humano não é resumível em palavras. O Direito é mera sombra da realidade, sempre a acompanhando com atraso. No mesmo sentido, são as lições Habermas (1997, p. 247), ao afirmar que

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

É a partir dessa constatação, elementar, que a função do intérprete ganha importantes contornos, porque cabe a ele atualizar constantemente esses conceitos, alcances, dimensões objetivas e subjetivas, para manter minimamente atualizada a legislação e garantir sua finalidade precípua, que é regular as relações sociais e proteger a paz social.

Dito isso, é importante notar que as normas em exame trazem em si conceitos jurídicos indeterminados que, por sua própria imprecisão, inviabilizam aferir de forma prévia e objetiva qual o conteúdo e a extensão do seu alcance. A situação é ainda mais grave se transpormos a questão para

---

20uso%20de%20intelig%C3%AAncia%20artificial,-Texto%20ser%C3%A1%20debatido&text=O%20uso%20de%20intelig%C3%AAncia%20artificial,Tribunal%20Superior%20Eleitoral%20(TSE).

[183] Malgrado algumas disposições sejam contestáveis constitucionalmente, esse não é o objeto do presente artigo, motivo pelo qual se relega a crítica para o espaço oportuno.

o âmago do processo eleitoral, o qual deve ser guiado por princípios caros como o da boa-fé, da cooperação e o da não-surpresa.

A tutela de tais princípios possui um peso significativo no processo eleitoral uma vez que conferem aos atores da corrida democrática o prévio conhecimento das "regras do jogo". E conhecer essas regras previamente ao início do período eleitoral tem um relevo assombroso porque a violação delas acaba por ensejar interferências por parte do Poder Judiciário ao longo de todo o debate político que travarão os candidatos, seja reduzindo tempo de propagando eleitoral, alterando inserções, ou conferindo ao candidato adversário direito de resposta.

Todas essas formas de intervenção nas campanhas eleitorais acabam por repercutir, em maior ou menor medida, diretamente no debate político e na opinião dos eleitores, podendo alterar o pêndulo da disputa, o que não é desejável. Justamente por conta disso é que a Justiça Eleitoral procura, por meio da edição de resoluções previamente ao início do período eleitoral, fixar as regras a serem observadas pelos partidos políticos, pelos candidatos e pelos terceiros que, diretamente ou indiretamente, participarão do pleito (como, por exemplo, as redes sociais, plataformas de disponibilização de conteúdo etc.). É uma espécie de "carta aberta", a partir da qual todos os atores do processo eleitoral ficam cientes das normas que deverão ser observadas e que serão aplicadas pela Justiça Eleitoral.

Seria recomendável se evitar ao máximo o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou de palavras polissêmicas nessas normas. Todavia, não se pode fechar os olhos de que a dinamicidade de uma campanha eleitoral inviabiliza que se anteveja todas as formas de burla a essas regras, daí o emprego dessa técnica legislativa. Por esse motivo, exige-se temperamento e cautela do julgador ao fazer subsumir a norma ao caso concreto.

Outra ponderação a ser realizada jaz no sentido de ser inviável que se empreste às normas sob exame uma interpretação que vá de encontro à própria natureza jurídica e finalidade de uma campanha eleitoral, sob pena de taxar de ilegal a propaganda em si.

Ademais, a interpretação do art. 242 do CE deve ser realizada de forma absolutamente atenta ao arcabouço normativo constitucional. Assim, a veiculação de *(i)* críticas de natureza política, ainda que fortes e ácidas (TSE. Direito De Resposta 060159170/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Publicado em 28/10/2022), *(ii)* o uso de charges (TSE. Recurso Em Representação 060094684/DF, Relator Min. Carlos Horbach, Publicado em 04/09/2018), *(ii)* as inserções com frases ditas pelos adversários, modo a infirmar seu conteúdo, desde que não importem em manipulação *(iv)* as propagandas em formato de entrevista são apenas alguns exemplos do que é autorizado fazer sem que se cogite de qualquer violação ao art. 242 do CE, ou de ocorrência de desinformação.

De igual forma, a aplicação dos dispositivos vergastados em hipótese alguma pode vir a legitimar limitação ou censura ao direito à liberdade de expressão ou da imprensa. Cuidam-se de direitos fundamentais que alicerçam nosso Estado Democrático de Direito. Ademais, em época eleitoral, o fluxo de ideias, ainda que confrontantes ou que espelhem visões distorcidas e parciais de mundo, são essenciais para a formação e densificação do debate político, extremamente caro ao eleitorado na formação de sua orientação político-partidária.

Todavia, ainda que visões díspares sobre ideologia político-partidária sejam importantes para o debate social não se pode, com base nelas, pretender a legitimação de discursos de ódio, de intolerância ou que neguem o próprio Estado Democrático de Direito estabelecido. A liberdade de expressão é pedra fundamental de uma democracia. Aliás, uma das formas de se medir a solidez e extensão de uma democrática jaz justamente na amplitude que se dá à liberdade de expressão. Contudo, pelo menos no Brasil, não há direito absoluto, mesmo que fundamental. Daí a importância de a Justiça Eleitoral nesse período de embate de ideias atuar de forma pronta, clara e objetiva, externando os limites a serem observados pelos autores do processo, sempre tendo por objetivo garantir a paridade entre os candidatos e a lisura do processo eleitoral.

A propósito, calha trazer a lume alguns casos concretos que bem revelam a problemática tratada no presente caso e a dramaticidade decorrente da interferência do Poder Judiciário durante a campanha eleitoral.

No primeiro julgado trazido a título de exemplo (REC-Rp nº 060175450), afere-se que o TSE deliberou sobre a defesa de honra de um determinado candidato que havia sido alvo de discurso de ódio e informações inverídicas por parte de um adversário. Na ocasião, o TSE, aplicando interpretação constitucional e teleológica ao conteúdo do art. 57-D da Lei n. 9.504/97, elasteceu o alcance da norma, modo a concluir que o dispositivo também viabiliza o controle de *fake news,* cuja veiculação não se traduz em forma legítima de liberdade de expressão. A ementa do julgado restou redigida nos seguintes termos:

> Eleições 2022. [...] Representação. Propaganda eleitoral irregular. Internet. Desinformação. Fatos manifestamente inverídicos e discurso de ódio. Remoção das publicações. Aplicação da multa prevista no art. 57-D da Lei 9.504/1997. Possibilidade. Fixação em patamar máximo. Alcance do conteúdo veiculado. [...] 1. O art. 57-D da Lei 9.504/1997 não restringe, de forma expressa, qualquer interpretação no sentido de limitar sua incidência aos casos de anonimato, de forma que é possível ajustar a exegese à sua finalidade de preservar a higidez das informações divulgadas na propaganda eleitoral, ou seja, alcançando a tutela de manifestações abusivas por meio da internet – incluindo-se a disseminação de *fake news* tendentes a vulnerar a honra de candidato adversário - que, longe de se inserirem na livre manifestação de pensamento, constituem evidente transgressão à normalidade do processo eleitoral. 2. Descabe a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para diminuir o valor da penalidade aplicada, uma vez que o critério utilizado para a sua fixação foi o substancial alcance do conteúdo veiculado, o que potencializou sobremaneira o efeito nocivo da propagação da *fake news* [...]. (Ac. de 28.3.2023 no REC-Rp nº 060175450, rel. Min. Alexandre de Moraes.)

No segundo caso trazido a lume (Ac.de 27.9.22 no Ref-Rp nº 060096636, rel. Min. Maria Claudia Bucchianeri), o TSE se debruçou sobre a seguinte situação: foi criado um site de checagem de notícias que, na verdade, tratava-se de propaganda eleitoral disfarçada, o que induzia o usuário em erro e, por conseguinte, culminava no consumo de propaganda eleitoral involuntária. Na hipótese, concluiu o TSE que a prática revelava burla ao art. 242 do CE uma vez que criava confusão informacional dolosa, maculando a formação idônea da opção política do cidadão, em manifesta afronta ao princípio da boa-fé. Eis a emenda:

> Eleições 2022. Representação. Propaganda eleitoral. Internet. *Site*. Contas relacionadas nas redes sociais. Falsa aparência de agência independente de checagem de notícias. Indução em erro. Página oficial de campanha. Falseamento de identidade. Coleta irregular de dados pessoais. Remoção do conteúdo. Medida liminar referendada [...] 4. Deliberada organização de todo o sítio 'verdadenarede.com.br', (desde o seu nome, passando por suas cores e por seu conteúdo, sempre vinculado ao combate à desinformação) a escamotear a identificação de que se trata de publicidade de determinada campanha presidencial, o que resulta na indução em erro dos usuários visitantes, que acessam o site e canais e perfis relacionados com o objetivo de checagem de informações e, involuntariamente, acabam consumindo propaganda eleitoral. 5. Hipótese de evidente confusão informacional dolosa, para dar a falsa aparência de uma agência independente e neutra de checagem de fatos, com a consequente submissão do usuário e da usuária à propaganda eleitoral sem seu conhecimento, seu consentimento ou mesmo sem sua filtragem ideológica, em verdadeira fraude à parte inicial do art. 242 do CE. 6. Aparente violação ao § 2º do art. 57–B da Lei nº 9.504/1997, claro no sentido de que 'não é admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de

> usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade". No caso, não apenas os nomes do sítio e dos perfis em redes sociais a ele relacionados ('verdadenarede') são deliberadamente alheios à ideia de um espaço oficial de promoção de candidatura. Também a organização e a estruturação de toda a página são concebidas para reforçar a ideia de um ambiente independente e neutro de checagem de notícias, com possível falseamento de identidade. 7. Possível violação ao art. 10, § 4º, da Res.–TSE nº 23.610/2019, visto que os usuários são convidados a fornecerem seus dados pessoais a pretexto de serem " voluntário no combate às fake news ", mas, na verdade, estão fornecendo suas informações para uso de campanha eleitoral, em evidente desvio de finalidade e violação à boa–fé objetiva e com flagrante indução em erro somente perceptível aos que se dispõem a clicar no discreto link de política de usuário, quando, surpreeendentemente, são direcionados ao site de campanha de Luiz Inácio Lula da Silva, com a informação de que passaram a ser voluntários e de que forneceram suas informações para recebimento de material de campanha. Igual violação ao art. 6º da LGPD. 8. Possível violação ao art. 29, § 8º, da Res.–TSE nº 23.610/2019, que PROÍBE a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para que realizem publicações de cunho político–eleitoral em seus perfis, páginas, canais, ou assimilados, em redes sociais ou aplicações de internet assimiladas, bem como em seus sítios eletrônicos. Nos termos da prestação de contas parcial da campanha, a pessoa física que é proprietária do site 'verdadenarede' recebeu R$ 12.700,00 a título de assessoria e consultoria para produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, o que pode indicar eventual pagamento da coligação representada, pelo conteúdo eleitoral que está sendo divulgado de forma escamoteada no site 'verdadenarede' [...]. (Ac.de 27.9.22 no Ref-Rp nº 060096636, rel. Min. Maria Claudia Bucchianeri.)

Em importante caso, o Tribunal Superior Eleitoral partiu da premissa de que a liberdade de expressão é a regra, enquanto a sua restrição deve ser realizada com temperamento, isto é, quando há clara violação às regras eleitorais ou ofensas aos direitos das pessoas que participam do processo eleitoral, de modo a equilibrar o jogo eleitoral e, ainda, impedir a censura. Ou seja, foram aplicados os princípios da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade para a partir do caso concreto, aferir-se a idoneidade ou não da propaganda:

> [...] Propaganda irregular. *Fake news*. Remoção de conteúdo. [...] 3. Segundo o caput e § 1º do art. 38 da Res.–TSE 23.610, a atuação da Justiça Eleitoral em relação aos conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, a fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, de modo que as ordens de remoção se limitarão às hipóteses em que seja constatada violação às regras eleitorais ou ofensa aos direitos das pessoas que participam do processo eleitoral. 4. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior: 'uma vez encerrado o processo eleitoral, com a diplomação dos eleitos, cessa a razão de ser da medida limitadora à liberdade de expressão, consubstanciada na determinação de retirada de propaganda eleitoral tida por irregular, ante o descompasso entre essa decisão judicial e o fim colimado (tutela imediata das eleições). Eventual ofensa à honra, sem repercussão eleitoral, deve ser apurada pelos meios próprios perante a Justiça Comum' [...]. (Ac. de 22.10.2020 na Rp nº 060169771, rel. Min. Sergio Banhos.)

Por fim, o último caso trazido à discussão mostra-se relevante por tratar da liberdade de expressão, imunidade parlamentar e *fake news*. No caso, o Tribunal Superior Eleitoral reforçou o entendimento da premente necessidade de observância das regras cogentes do processo eleitoral por seus atores, não permitindo a reprodução de informações falsas com o intuito de degradar a

honra de candidato adversário, inclusive quando o ofensor queira se valer da imunidade parlamentar porquanto a campanha eleitoral não guarda conexão com tal atividade parlamentar:

> Eleições 2022 [...] Propaganda eleitoral irregular. Internet. Desinformação. Fatos manifestamente inverídicos. Remoção das publicações. Aplicação da multa prevista no art. 57–d da Lei 9.504/1997. Possibilidade. Imunidade parlamentar. Não incidência. Art. 16 da Constituição Federal. Inaplicabilidade [...] 1. O art. 57–D da Lei 9.504/1997 não restringe, de forma expressa, qualquer interpretação no sentido de limitar sua incidência aos casos de anonimato, de forma que é possível ajustar a exegese à sua finalidade de preservar a higidez das informações divulgadas na propaganda eleitoral, ou seja, alcançando a tutela de manifestações abusivas por meio da internet – incluindo–se a disseminação de *fake news* tendentes a vulnerar a honra de candidato adversário – que, longe de se inserirem na livre manifestação de pensamento, constituem evidente transgressão à normalidade do processo eleitoral. Precedente. 2. As manifestações objeto desta Representação, por apresentarem nítida vinculação com o contexto da campanha eleitoral para o cargo de Presidente da República, revelam–se absolutamente alheias às funções inerentes aos mandatos eletivos desempenhados pelos Representados, não se encontrando abrangidas, por isso mesmo, pela inviolabilidade prevista no art. 53 da Constituição Federal. 3. A orientação jurisprudencial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a respeito do alcance da imunidade parlamentar, firmou a compreensão no sentido de que 'Se não se quiser confundir a imunidade material com o privilégio de irresponsabilidade pessoal é preciso o cuidado de distinguir entre a ação do congressista e ação do político. A pregação de ideias, o apoio e a crítica a atos dos governos, a qualificação positiva ou negativa de homens públicos são a matéria prima do aliciamento e da mobilização de opiniões que constituem o empenho do cotidiano dos políticos, sejam eles mandatários ou não: estender a inviolabilidade ao que, nesse trabalho essencialmente competitivo, diga o político, que seja parlamentar fora do exercício do mandato e sem conexão com ele, é dar–lhe uma situação privilegiada em relação aos concorrentes, que briga com princípios fundamentais da Constituição' (Inq 390–QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 27/10/1989). 4. A SUPREMA CORTE, recentemente, reafirmou o entendimento sobre a matéria, enfatizando que 'a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá–la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas' (AP 1.044, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Pleno, DJe de 23/6/2022) [...]. (Ac. de 19.9.2023 no Rec-Rp nº 060180731, rel. Min. Alexandre de Moraes.)

Pelos poucos julgados trazidos acima, afere-se a quão delicada e importante é a ponderação entre valores constitucionais igualmente relevantes. A Justiça Eleitoral tem se mostrado atenta na aplicação das normas cogentes e diligente para evitar excessos e abusos cometidos durante as eleições, haja vista a necessidade de se manter o equilíbrio do pleito, garantindo-se a igualdade de direitos e deveres entre os partidos políticos, coligações e candidatos, especialmente para que a democracia seja exercida de maneira livre e virtuosa.

Nessa vereda, da conjuntura dos fatos levados a julgamento, vistos alhures, evidencia-se a preocupação da Corte Eleitoral em resguardar a liberdade de propaganda eleitoral, a fim de que os atores do processo eleitoral possam expor seus ideais, suas ideologias, programas de governo, finalidades precípuas da propaganda. Entretanto, à luz do princípio do controle judicial da propaganda, verifica-se, outrossim, que o Tribunal Superior Eleitoral não vem permitindo a propagação de *fake news,* tendo atuado pontual e prontamente para evitar essa prática.

Havendo, portanto, colisão entre a liberdade de expressão e a violação de regras do processo eleitoral, especialmente no que toca ao assunto aqui tratado, o Tribunal Superior Eleitoral já deixou claro que manterá hígida as regras que garantem a igualdade, idoneidade e autenticidade do uso da propaganda enquanto liberdade de expressão, sem que se admita seu uso desvirtuado e tendente a corromper a legitimidade do processo eleitoral.

CONCLUSÃO

Como se verificou ao longo do presente artigo, ainda que haja limitações para o exercício do direito à propaganda eleitoral, não cabe à Justiça Eleitoral vilanizar esse importante instrumento de debate de ideais, propostas, programas e divulgação de compromissos para com o eleitorado. É por meio do embate ideológico que se viabiliza que o cidadão tenha uma percepção mais ampla de mundo e possa exercer de forma mais densa seu direito ao voto.

A polarização é uma tendência mundial. Daí porque a apresentação de visões parciais e até mesmo um tanto quanto distorcidas de mundo são previsíveis durante o período de propaganda eleitoral. Não cabe à Justiça Eleitoral interditar esse debate. A ela cumpre, isso sim, estabelecer os limites em que esse debate pode ocorrer, fixando regras claras e mais objetivas possíveis, viabilizando que os atores do processo eleitoral tenham ciência prévia acerca das "regras do jogo". Nesse período tão delicado, onde a interferência da Justiça Eleitoral pode desiquilibrar a disputa eleitoral, é curial a prevalência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no exame do que se entende por propaganda regular ou em descompasso com as normas postas.

É dever dos juízes eleitorais observar a jurisprudência já firmada pelas Cortes Estaduais e em especial pelo Tribunal Superior Eleitoral no tocante à propaganda eleitoral dando a segurança jurídica almejada aos partidos políticos e aos candidatos, evitando-se, com isso, surpresas ao longo do processo eleitoral.

Não obstante, embora a propaganda eleitoral seja um instrumento legítimo para o convencimento do eleitorado, isso não confere autorização de seu uso de forma espúria ou à margem da legalidade, deturpando sua finalidade. O uso da propaganda para degradar o adversário, distorcer ideias ou propostas de governo, ou mesmo pôr em xeque o próprio sistema eleitoral reclama pronta intervenção da Justiça Eleitoral. Aduza-se que a atuação comedida da Justiça Eleitoral não é sinônimo de inércia. A resposta, nesses casos, há de ser retumbante para deixar claro e servir de alerta a todos os atores que eles devem compromisso com a idoneidade do processo eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESTER, G. M. (2005). Direito Constitucional, v I: Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole.
CÂNDIDO, J. J. (2016). Direito eleitoral brasileiro – 16. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Edipro.
CANOTILHO, J. J. G. (2010). Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina.
GOMES, J. J. (2012). Direito eleitoral. 8. ed. São Paulo: Atlas.
HABERMAS, J. (1997). Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
NEVES FILHO, C. (2012). Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política. Belo Horizonte: Fórum.
PECCININ, L. E. (2013). Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral. Revista Paraná Eleitoral v.2, n.3, p. 321-344.
RIBEIRO, F. (1986). Direito eleitoral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.
SALGADO, E. D. (2010). Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral. Curitiba. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4511/2010_salgado_principios_constitucionais_estruturantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 fev.2024.

SOLTURAS ARBITRÁRIAS: DA NECESSIDADE DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE SOLTURA

Lucas Cavini Leonardi[184], Rafaela Mattioli Somma Leonardi[185]

INTRODUÇÃO

O excesso de prisões cautelares é uma realidade no sistema de justiça criminal brasileiro e, infelizmente, materializa cenário em que diversos indivíduos se encontram encarcerados por longos períodos antes mesmo de terem sido condenados, muitas vezes em inadequada antecipação da pena.

A esse respeito, em vista da própria importância do bem jurídico envolvido – a liberdade –, o legislador vem procedendo, nos últimos anos, a uma melhor regulamentação das possibilidades de decretação da custódia durante a investigação ou o processo[186]. Ademais, diversos são os trabalhos doutrinários que se dedicam a estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação do instituto da prisão cautelar, em especial, da prisão preventiva.

Entretanto, sem negar tal panorama, é preciso se reconhecer que nem tanto se estuda o outro lado da questão: as concessões arbitrárias de liberdade a indivíduos que deveriam ser mantidos presos.

Por meio deste trabalho, busca-se despertar a atenção no sentido de que não somente prisões injustas trazem consequências negativas, mas que também solturas indevidas ocasionam diversos efeitos deletérios, especialmente no que diz respeito à consolidação de um paradigma de proteção deficitária do Estado.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dessa maneira, pela Lei Maior, essas garantias encontram-se no mesmo patamar – não existe uma hierarquia em abstrato de direitos fundamentais – e constituem o núcleo duro dos direitos e interesses mais básicos dos cidadãos.

De fato, o crescente nível de complexidade da sociedade conduz à inevitabilidade de colisões entre direitos; contudo, no caso específico da decretação ou não prisão preventiva, o que se observa é que o direito à liberdade de um indivíduo assume uma prevalência apriorística, muitas vezes sendo garantido às expensas do direito à segurança de um grupo de pessoas.

Desse modo, o que se pretende evidenciar com o presente texto é que, para além de todo o indispensável aparelhamento processual de resguardo do réu frente ao poder estatal, é preciso que existam instrumentos processuais capazes de ensejar a garantia da obediência da norma e, em última análise, proteger a sociedade das ações daquele cidadão que deveria estar custodiado.

Nessa direção, busca-se demonstrar que as decisões judiciais que, de forma absolutamente indevida – em vista da enorme probabilidade de reiteração delitiva por parte do investigado ou acusado – revogam ou negam a prisão preventiva devem ser enfrentadas mediante recursos dotados, em determinados casos, de efeito suspensivo ativo, de modo a prontamente se restabelecer a tranquilidade social e preservar o processo criminal.

1 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

[184] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor da Escola da Magistratura do Paraná e Promotor de Justiça no Paraná, com endereço na Rua Campos Sales, nº 1085, apto. 302, Bairro Alto da Glória, CEP 80030-285, em Curitiba/PR, E-mail: lucascavini@hotmail.com ID Lattes: 7518932468662892. ORCID: 0000-0003-1970-0616.
[185] Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Professora da Escola da Magistratura do Paraná e Juíza de Direito no Paraná, com endereço na Rua Campos Sales, nº 1085, apto. 302, Bairro Alto da Glória, CEP 80030-285, em Curitiba/PR, endereço eletrônico rafaela_somma@yahoo.com.br e contato telefônico (43) 99982-6216. ID Lattes: 0312022452125713. ORCID: 0000-0001-5373-1366.
[186] É o que se vê, especialmente, das modificações inseridas pela Lei 12.403/2011 e Lei 13.964/2019.

Neste ponto, desde logo, deve-se posicionar o processo penal enquanto direito constitucional aplicado (Figueiredo, 1974, p. 74), nele se avistando a dúplice função de "de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado" (Lopes Jr., 2004, p. 37).

Sendo assim, em um Estado que reconhece o princípio da presunção de inocência, é evidente que o mais adequado seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, isto é, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, desde a prática do delito até a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há o risco de que certas ações do investigado ou acusado comprometam a atuação jurisdicional ou de alguma forma afetem negativamente a eficácia da condenação. Daí a necessidade da invocação de medidas cautelares, como a prisão, a fim de aplacar essa possibilidade.

A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) (Tourinho Filho, 2011, p. 445) é, por tal motivo, assentida pela própria Constituição Federal – em especial, artigo 5º, incisos LXI e seguintes –, podendo ser tomada como aquela imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o propósito, basicamente, de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal e seus objetivos, sendo a mais enérgica e extremada medida pessoal em desfavor do agente imputado. Para KARAM, essa prisão, de natureza processual, tutela "os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória" (Karam, 1993, p. 83-93).

Enquanto espécie de prisão cautelar, a prisão preventiva é aquela decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal. Trata-se, nas palavras de João Gualberto Garcez Ramos, especialmente quando para fins de proteção da ordem pública, de "medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo" (Ramos, 1998, p. 143).

Pode-se dizer que a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, uma vez que, de forma distinta das outras modalidades, pode, presentes os necessários autorizativos, ter duração equivalente à do processo (Câmara, 2011, p. 122). Ainda, segundo Oliveira:

> "Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo" (Oliveira, 2012, p. 542).

Para a efetivação dessa "medida acautelatória de índole pessoal" (Tourinho Filho, 2011, p. 543), devem ser observadas as hipóteses legais de admissibilidade (artigo 313 do Código de Processo Penal) e motivos autorizadores listados no artigo 312 do Código de Processo Penal, além de se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal).

Ademais, é imprescindível mencionar que o encarceramento preventivo, ante o enorme custo ao *status libertatis* do cidadão investigado ou processado, configura-se em providência de exceção. A esse respeito, salientava Barros que:

> "A prisão preventiva, como medida de privação da liberdade pessoal, reveste-se de excepcional gravidade e importância, em virtude de ser decretada contra uma pessoa suspeita, ou melhor, contra quem ainda não foi declarado culpado por sentença transitada em julgado. Sendo a liberdade individual um direito fundamental, inerente ao ser humano, amparado pela legislação de todos os países democráticos, representa a medida uma afronta a esse direito, que, somente após

> o pronunciamento judicial, poderá sofrer qualquer restrição. Daí justificá-la como uma injustiça necessária" (Barros, 2017, p. 111).

Em verdade, tanto o crime, quanto a prisão, fazem parte de nossa realidade quase que de maneira irremediável. Como parte desse estudo, interessante é a lição de Hassemer, segundo a qual na vida cotidiana de qualquer sociedade existe a ideia de controle social e respeito à norma, conceito que pode ser resumido no tripé "vivir com normas sociales; sancionar desviaciones con estas normas; y observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimento" (Hassemer, 2012, p. 32).

Vê-se, então, que existe uma tensão entre a necessidade da garantia da segurança e a preservação da liberdade, ou seja, existe um conjunto de pessoas que precisa ter sua segurança garantida e um indivíduo que, a despeito de ter cometido um delito, precisa ter sua liberdade assegurada (em maior ou menor medida), cabendo ao Estado, em meio ao embate, posicionar-se de maneira a sacrificar o menor número possível de direitos.

E, nesse ponto, impera a discricionariedade. Como ensina Umberto Eco, textos abertos, embora continuem sendo texto, podem suscitar uma infinidade de sentidos e leituras (ECO, 2015). Ocorre que a abertura semântica da estrutura legal (Ramos, 1998, p. 138) que regulamenta o instituto da prisão preventiva, não raras vezes, conduz ao decisionismo judicial numa área do Direito que lida com bens jurídicos de elevada relevância e se consubstancia como o mais agudo instrumento da relação entre cidadão e Estado.

Na verdade, essa elasticidade conceitual se reflete em situações de intensa abertura interpretativa que dão espaço à arbitrariedade, ainda mais se considerar que no Código de Processo Penal brasileiro ainda predomina a estrutura inquisitória, com amplo comportamento ativo do juiz.

Assim, são diuturnas as decisões – para prender e para soltar – em que há um sopesamento descomprometido, sem indicação dos critérios de medição dos interesses em jogo e de solução dos conflitos, com real apontamento dos princípios preferentes (Alexy, 2014, p. 216-217).

Em verdade, em vista da vagueza dos conceitos, o juiz faz o que quer, e, bem por isso, é preciso que às partes se ofertem meios de impugnação eficazes, com plena capacidade de rapidamente confrontar a decisão junto a órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior.
Do contrário, não apenas os acusados ficam sujeitos a todo tipo de constrangimento ao seu direito de locomoção, como também, por outro lado, a sociedade fica desprotegida ante a imprópria liberdade de determinados criminosos.

2 CONCESSÃO ARBITRÁRIA DE LIBERDADE E O SISTEMA RECURSAL

Assentadas as premissas acima, pode-se avançar. Para tanto, é necessário ter em mente que durante o processo, "às partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades de alegação e de prova, cabendo-lhes iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades" (BONFIM, 2019, p. 104). É essa a noção de paridade de armas, no sentido de garantir que as partes disponham de instrumentos equivalentes e igualmente aptos a sustentar a pretensão deduzida (no caso do Ministério Público) e a resistência exercida (no caso da defesa).

Aliás, a própria essência do princípio do contraditório assegura o direito de manifestação das partes para rebater alegação fática ou apresentação de prova feita por seu contendor, na intenção de garantir o "equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado" (Nucci, 2016, p. 81).

A Constituição da República, no *caput* do seu artigo 5º, assegura a isonomia, de modo que o tratamento dado às partes do processo deve ser paritário.

Esta noção, apesar dos conhecidos percalços, caminha bem na questão probatória, mas não quando o assunto é prisão e liberdade.

De fato, quando ocorre uma prisão processual indevida, a defesa do acusado tem às mãos o *habeas corpus* – ação prevista no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal, apta a proteger e restabelecer a liberdade de locomoção do segregado –, cuja

liminar, não raras vezes, é examinada já no dia seguinte à custódia ou antes mesmo de esta se realizar.

Já o Ministério Público, ao contrário, não dispõe desse instrumental imediato para restabelecer a prisão, tendo que contentar-se, nos casos de revogação ou indeferimento de prisão, com a interposição de recurso.

Quanto ao recurso, é possível verificar a existência de ferramentas de impugnação das decisões judiciais na imensa maioria dos sistemas processuais ao redor do mundo, tendo em vista que "do ponto de vista axiológico, é uma forma de fazer prevalecer o valor justiça sobre a segurança jurídica" (Badaró, 2018, p. 27).

A razão de existência de um sistema recursal é dada pelo binômio falibilidade humana e inconformismo do prejudicado (Lopes Jr., 2020, p. 1507), pressupostos que dão origem ao duplo grau de jurisdição, entendido como a possibilidade de reexame da decisão proferida pelo juízo *a quo*, reanálise esta que, em regra, abrange tanto a matéria de fato, quanto a de direito.

É bem verdade que o direito ao duplo grau de jurisdição não encontra previsão expressa na Constituição Federal – isso realmente não é um problema quando se supera a confusão entre texto e norma –, mas a doutrina majoritária entende que tal direito é trazido de maneira implícita pela garantia ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) e pelo direito à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) (Lima, 2017, p. 1633).

Ademais, há previsão convencional do direito ao duplo grau de jurisdição, notadamente no artigo 8º, §2º, alínea "h", da (consagrada pelo Brasil) Convenção Americana de Direitos Humanos, dispositivo que estabelece que "durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, ao direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

O recurso cabível nas hipóteses referidas – de indeferimento do pedido de prisão ou de revogação da prisão anteriormente decretada – é o legalmente denominado recurso em sentido estrito[187], o qual pode ser definido como a

> "impugnação voluntária, manifestada pela parte interessada e prejudicada por decisão judicial criminal que se amolde a uma das situações dispostas no art. 581, CPP, para o fim de vê-la modificada pelo juiz de primeiro grau, em juízo de retratação, ou pelo tribunal ad quem, mediante julgamento pelo seu órgão com competência criminal, para tanto subindo os autos principais ou mediante traslado" (Távora, p. 2019, p. 1431).

Ocorre que o recurso em sentido estrito com previsão no artigo 581, V do Código de Processo Penal, por não estar elencado dentre as hipóteses trazidas pelo artigo 584, também do Código de Processo Penal, para a maioria da doutrina, não possui efeito suspensivo ou efeito suspensivo ativo (Tourinho Filho, 2013, p. 430).

O efeito suspensivo é aquele que impossibilita que a ordem judicial contestada produza consequências enquanto não ocorrer o julgamento do recurso pela instância revisora, mantendo-se, assim, inalterada a realidade anterior à decisão. Já o efeito suspensivo ativo é aquele em que não se pretende exatamente a sustação dos efeitos da decisão impugnada, mas se objetiva, liminarmente, o adiantamento dos efeitos do provimento do recurso interposto em face daquela decisão, isto é, representa nada mais que o pedido de antecipação da tutela recursal (Medina; Wambier, 2013).

Significa dizer que, revogada a prisão (ou outra medida cautelar pessoal), mesmo com a tempestiva irresignação recursal por parte do órgão acusatório, o custodiado será imediatamente colocado em liberdade, assim permanecendo até que o recurso seja apreciado – e provido – pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. De igual modo, indeferido o pedido de prisão, até a apreciação de mérito, o recurso interposto pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República não terá o condão de estabelecer imediatamente a custódia.

---

[187] Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, despacho ou sentença:
(...) V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

Acontece que existem situações – em que ocorre violação a bem jurídico importante somada à probabilidade, depreendida de dados concretos, de consumação do delito interrompido ou a continuidade de práticas criminosas pelo agente – em que a soltura do suposto criminoso se notabiliza pela absoluta inadequação e insensatez, sendo, num juízo de prognose, praticamente certa a reforma da decisão judicial de primeira instância, com a determinação do restabelecimento da custódia pelo tribunal "ad quem". Entretanto, durante considerável período de tempo – normalmente, vários meses –, a sociedade prostra-se refém de agentes infratores de evidente periculosidade, causadores de inegável intranquilidade social.

Para melhor ilustrar a importância de se superar essa inexistência de meios processuais de impugnação eficientes contra solturas indevidas no âmbito do Código de Processo Penal, interessante apresentar o caso de conhecido líder de organização criminosa, cuja liberdade foi concedida na medida cautelar proferida no *habeas corpus* nº 191.836/SP (Brasil, 2020), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 02.10.2020 e causadora de grande repercussão (e indignação) social.

O referido acusado teve sua prisão preventiva decretada no bojo da Operação *Oversea*, juntamente de outras 38 (trinta e oito) pessoas, todas envolvidas em casos de tráfico de drogas e associação para o tráfico. O grupo criminoso conduzia suas atividades com características de transnacionalidade, tendo sido apreendidas quatro toneladas de cocaína relacionadas à atuação delituosa dos agentes.

Por suposta violação ao artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ante a ausência de análise da prisão nos últimos 90 (noventa) dias, o que configuraria excesso de prazo, a defesa requereu a revogação da cautelar.

Para surpresa da maior parcela da comunidade jurídica (e não jurídica), em um caso de tal magnitude, o réu foi solto monocraticamente, por uma liminar de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em decisão que, em um único parágrafo, se limitou a analisar a letra fria da lei sem que fossem feitas quaisquer incursões a respeito do caso concreto.

Nesse sentido, veja-se:

> "O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo. 3. Defiro a liminar. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja custodiado por motivo diverso da prisão preventiva retratada no processo nº 0000373-08.2015.4.03.6104, da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP" (Brasil, 2020).

Diante de tal medida autocrática concedida em favor de réu com periculosidade descomunal, componente do alto nível hierárquico de organização criminosa, e que ainda ostentava histórico de permanecer foragido por mais de cinco anos, a Procuradoria-Geral da República se viu obrigada a manejar incidente de suspensão de liminar, meio autônomo de impugnação de decisões judiciais.

Na sequência, em 15.10.2020, diante da delicada situação, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, suspendeu a liminar anteriormente concedida, oportunidade em que inclusive fixou-se a tese de que "a inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos" (Brasil, 2020).

Todavia, ao tempo da cassação da liminar, o acusado já havia sido solto e estava foragido, assim permanecendo, ao que se sabe, até o presente momento.

Como visto, a situação real apresentada ocorreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, servindo aqui como um (conhecido) exemplo de caso de soltura destituído de qualquer compromisso social, a ponto de um ministro reformar a decisão de um colega de suprema corte. Situações como essa – em que se coloca a sociedade em risco latente – acontecem todos os dias nas diversas varas criminais do país e não podem ser menosprezadas ou simplesmente aceitas.

No Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, são diversos os julgados que materializam idêntica situação, com o restabelecimento da custódia cautelar em segundo grau após a indevida soltura realizada pelo juízo de piso[188].

É justamente nesse ponto que não se pode perder de vista que ao Ministério Público, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, da Constituição Federal), sendo, assim, imprescindível a existência no ordenamento de instrumento verdadeiramente capaz de permitir o cumprimento da missão ministerial de defender da sociedade e definir os rumos da política criminal persecutória.

Para tanto, o Ministério Público, ao longo dos anos, tem buscado, em alguns casos, a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso em sentido estrito, para o fim de ver adiantado o efeito decorrente do provimento final do recurso.

De início, a ferramenta utilizada passou a ser o mandado de segurança, impetrado com essa finalidade específica (de atribuir efeito suspensivo ao recurso ministerial). Contudo, o expediente nunca foi aceito de forma unânime pela doutrina.

Manifestando-se a favor da utilização do mandado de segurança para tal fim, encontramos, entre outros, Renato Marcão, para quem

> "(...) mesmo diante da ausência de previsão expressa, [o efeito suspensivo] pode ser alcançado por meio de provimento judicial específico, em sede de mandado de segurança, com vistas a evitar prejuízo de difícil ou impossível reparação. Há situações em que, mesmo sem previsão autorizadora, o inconformado deve ingressar com o recurso adequado e postular os dois efeitos, justificando a necessidade do efeito suspensivo imprevisto. Negado este, deverá impetrar mandado de segurança com o único objetivo de consegui-lo, inclusive em sede liminar" (Marcão, 2017, p. 1072).

Na mesma linha, Renato Brasileiro de Lima defende que

> "A nosso juízo, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável devido ao fato de o recurso adequado não ser dotado de efeito suspensivo, há de se admitir que a parte se utilize do *mandamus*, levando-se em conta que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIX, não faz restrição quanto ao seu uso desde que evidenciada a plausabilidade de provimento do recurso e o perigo de dano irreparável" (Lima, 2021, p. 1489).

De forma contrária, Antônio Scrance Fernandes sustenta a impossibilidade do manejo do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito pelo Ministério Público, principalmente quando se pretende manter o acusado preso. Segundo o autor, haveria a "estranha situação do uso de uma garantia individual em favor de uma maior repressão social" (Fernandes, 2002, p. 140).

Na jurisprudência, observou-se ainda menor aceitação desse expediente. Com efeito, no campo dos tribunais, a questão foi debatida numa diversidade de julgados até que a posição pelo não cabimento do *mandamus*, já manifestada em grande parte das decisões[189], foi consolidada em 2008 com a edição da Súmula 604, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "o mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público".

---

[188] A título de exemplo, citam-se alguns casos da jurisprudência: PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em sentido estrito n. 1155658-4. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Benjamim Acácio de Moura e Costa, julgado em 20/03/2014; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em sentido estrito n. 1117958-5. Relator: Des. Antonio Loyola Vieira, julgado em 06/02/2014; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em sentido estrito n. 1069866-3. Relator: Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto, julgado em 15/08/2013; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em sentido estrito n. 899846-5. Relator: Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto, julgado em 29/11/2012.

[189] Como, por exemplo, no BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 348.486/SP. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/03/2016 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 439.939/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 21/06/2018.

Em exame dos embasamentos do enunciado, pôde-se perceber que os argumentos tratam principalmente da impropriedade do emprego deste mecanismo para a atribuição do efeito suspensivo ativo, especialmente porque não existiria direito líquido e certo do Ministério Público para a imediata obtenção da tutela pleiteada. Ademais, sustentou-se a impossibilidade no próprio sistema recursal, não sendo viável a atribuição do efeito pretendido quando fora das disposições trazidas pela legislação.

Mesmo parecendo que o assunto estava resolvido, com o fechamento desta via, os membros do Ministério Público cada vez mais têm buscado a concessão do efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto, valendo-se, para tanto, da chamada ação cautelar inominada.

Os provimentos cautelares têm como objetivo imediato assegurar a eficácia do procedimento definitivo, tendo como características principais a provisoriedade e a instrumentalidade (Calamandrei, 2000, o. 32-42). Pela provisoriedade, como o próprio nome está a indicar, entende-se que o provimento cautelar possui vigência limitada no tempo. A instrumentalidade significa que as medidas cautelares visam a tutelar outros bens jurídicos e assegurar o cumprimento de medidas definitivas.

Nesse raciocínio, a medida cautelar pretende garantir um resultado futuro, e, por isso mesmo, incerto (Jardim, 2002, o. 266), sendo fixada sempre à luz de uma provável hipótese de concessão da medida definitiva, no caso, do provimento recursal.

Assim, após certa relutância, o próprio Superior Tribunal de Justiça, nos últimos julgados, vem firmando a premissa de que os fundamentos da Súmula 604 referem-se tão somente à não viabilidade da utilização do mandado de segurança, deixando o caminho aberto para a apresentação da referida cautelar.

De forma ilustrativa, é o que ficou decidido nos julgamentos do HC 472.603-RJ e do HC 453.353-SP, quando se evidenciou não haver afronta ao ordenamento jurídico e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na decretação de prisões através de antecipação de tutela recursal. Na oportunidade, reafirmou-se o entendimento já exposado em deliberação ocorrida anteriormente à Súmula 604, no HC 365.838/RS, quando declinou-se que: "É admissível a concessão de tutela provisória com feição acautelatória, para adiantar decisão judicial ou conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, diante da natural demora no processamento do recurso em sentido estrito."

Nesse sentido, é possível, inclusive, afirmar que a posição pela admissibilidade da ação cautelar, como mecanismo de atribuição de efeito suspensivo, caminha para a consolidação no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[190], desde que sua utilização se dê de modo excepcional, para determinados casos específicos, quando presentes os requisitos do "*fumus boni juris*" e "*periculum in mora*"[191], e que haja a interposição prévia do recurso em sentido estrito.

Com isso, possibilita-se ao relator deferir a tutela acautelatória quando presentes os requisitos e fundamentos cautelares, de modo a resguardar e garantir a eficácia da decisão de mérito do recurso. Nesse caso, fica diferido o contraditório ao recurso (BRASIL, 2019).

Apesar de ainda não se poder afirmar com total segurança que a medida seja plenamente consagrada, é possível dizer que também nos tribunais estaduais se observa essa tendência de aceitação. Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu recentemente pela possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela do recurso através da cautelar criminal inominada (São Paulo, 2020). No âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná, já existe decisão determinando a prisão, por meio de cautelar, em antecipação dos efeitos do recurso (Paraná, 2019). Inclusive, no tribunal paranaense há autorização no artigo 115, do atual Regimento Interno, o qual aduz que "Havendo risco de perecimento do direito, o Relator deverá apreciar as medidas assecuratórias de natureza penal, ainda que venha a declinar da competência".

---

[190] Aliás, esse entendimento se estende ao agravo em execução, sendo possível ao *Parquet* ingressar com a ação cautelar inominada a fim de, por exemplo, cessar imediatamente eventual progressão de regime indevida (nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 585.352/PR. Relator: Min. Félix Fisher, julgado em 08/06/2020).

[191] Nesse caso, o risco de prejuízo ou inutilidade do resultado do processo é trazido sobretudo pela liberdade do investigado ou acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do curso processual, seja destruindo provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, insistindo na prática de delitos.

Nessa direção, imagine-se um caso em que o acusado, em cujo desfavor já foram fixadas medidas protetivas de urgência e, insatisfeito com a separação, passa a ameaçar sua ex-companheira, culminando numa tentativa de feminicídio, cuja consumação não ocorreu apenas pelo pronto e eficaz atendimento médico. Colocar essa pessoa em liberdade – diante dos vários sinais de que, se solto, buscará pôr fim ao seu intento –, mostra-se desarrazoado e irresponsável com a integridade da vítima.

Na situação exposta, nada adiantaria o recurso do Ministério Público se ele não tiver a capacidade de, imediatamente, restabelecer a prisão.

3 DA NECESSIDADE DE REFORMA LEGISLATIVA

Não obstante o cenário declinado, de admissão da cautelar inominada criminal para os fins de antecipar os efeitos do recurso em sentido estrito, é preciso dar um passo à frente, até mesmo porque a referida construção jurisprudencial pode se alterar, não resistindo às investidas defensivas relacionadas à ofensa ao princípio da legalidade, tendo em conta que as hipóteses do artigo 584 do Código de Processo Penal seriam, em tese, taxativas (Oliveira, 2018, p. 1014).

Sobre o princípio da legalidade, leciona Busato que

> "(...) A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei. Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam da *lex previa, lex scripta, lex stricta* e da *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado" (Busato, 2013, p. 27-28).

Ora, é certo que o reconhecimento jurisprudencial, no sentido de validar a utilização da cautelar para os fins propostos – de resguardar o resultado prático do recurso –, tem previsão legal, contudo, tal admissão fica sujeita à instável interpretação dos órgãos julgadores.

Não se desconhece que a interpretação é meio de expressão de conteúdos normativos, de modo que "o conjunto das *disposições* (textos, enunciados) é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa" (Grau, 2009, p. 81).

Desse modo, é o intérprete, no caso o juiz, quem produz o significado da norma. Contudo, prudente a advertência de Coutinho:

> "O problema é que o Direito é o reino das *palavras*, das *imagens*. *Vale o argumento do mais hábil discursivamente*, pela qualidade ou, pior, pela quantidade. Aqui a *ideologia* é um segundo momento; antes está o *Poder*: quem o detém tem 'as chaves do céu' e para afirmar sua 'razão' cria *dogmas* e, logo, exprime algo incompatível com a investigação (...)" (Coutinho, 2007, p. 1).

Nessa direção, num viés de maior legitimidade democrática – vez que atribuição típica desse ramo de Poder –, o ideal seria que a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito ocorresse pela via legislativa, atingindo-se maior segurança jurídica.

O recurso em sentido estrito trata-se de instrumento que visa à impugnação de decisões interlocutórias do juízo singular (Lima, 2017, p. 1700). Dessa maneira, se puder ser feito um paralelo, aproxima-se dos objetivos do agravo de instrumento, recurso do processo civil.

É certo que não se deve perder de vista a valiosa lição de Carnelutti em sua metáfora da *Cenerentola* (Lopes Jr., 2017, p. 74), necessitando-se sempre confirmar a autonomia científica do direito processual penal, o qual precisa ser estudado a partir de seus próprios parâmetros, e não

mediante a famigerada teoria geral do processo, que, em verdade, se pauta na mera importação despreocupada de institutos do direito processual civil.

Por outro lado, sem embargo, é também válida a constatação de que o direito processual civil, embasado num código moderno, possui arcabouço científico mais atualizado, de forma que é interessante que os institutos do Código de Processo Civil sejam observados, servindo de norte para guiar eventual alteração das ferramentas recursais do Código de Processo Penal.

No regramento do agravo de instrumento, o artigo 1019, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso pelo relator que pode, ainda, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida.

Trata-se de reprodução do artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, este incluído pela Lei 10352, de 26 de dezembro de 2001, que trouxe, por primeira vez, expressa previsão da admissão da tutela antecipada recursal.

A alteração legislativa já era defendida anteriormente, com base no Princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República:

> "Independentemente do déficit regulatório, pelo menos em relação à tutela de urgência, pode-se dizer que a falta de regulamentação ou a existência de regramento que conduz a dano irreparável ou de difícil reparação antes de viabilizar-se a apreciação e a concessão da tutela jurisdicional inobservam a garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'" (Bueno, 2017, p. 437).

Em sua dissertação de Mestrado na PUC-SP, em banca composta por Nelson Nery Jr., William Santos Ferreira sustentou o cabimento da tutela antecipada no âmbito recursal, oportunidade em que deixou assente que "Há também nos recursos um dever-poder geral de tutela provisória recursal" (Bueno, 2017, p. 437).

Segundo Santos Ferreira:

> "(...) o sistema de tutela de urgência, efeito suspensivo e antecipação da tutela recursal derivava de uma interpretação combinada do inciso XXXV do art. 5º da CF e do efeito devolutivo, resultando em questão de *competência*, pois um recurso que transfere uma matéria para apreciação e julgamento pelo órgão *ad quem* transfere também a competência para as tutelas de urgência relacionadas ao objeto recursal'" (Bueno, 2017, p. 438).

Merece destaque o fato de que, a exemplo do que verificamos hoje na situação desencadeadora do presente estudo, antes a alteração legislativa perpetrada, também se reputava adequada a propositura de ação cautelar, já em substituição ao mandado de segurança.

Para quem entende incorreta qualquer intersecção com o processo civil, pode-se afirmar que no próprio Código de Processo Penal há instrumento semelhante. *Mutatis mutandis*, a possibilidade de o relator atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso está consagrada nos novos parágrafos 5º e 6º do artigo 492 do CPP.

De acordo com esse dispositivo, aplicável ao rito do júri, o relator da apelação poderá, excepcionalmente, atribuir-lhe efeito suspensivo de modo a impedir que haja a execução provisória da pena do condenado pelo júri, que é a regra para condenações cuja pena tenha sido fixada em patamar igual ou superior a 15 (quinze) anos.

A mesma sistemática deve ser adotada quanto ao recurso do Ministério Público contra o indeferimento do pedido de prisão preventiva ou de sua revogação. Bastaria que o legislador brasileiro cumprisse o seu dever de legislar, imiscuindo-se de relegar ao Poder Judiciário uma atuação casuística, sem parâmetros seguros, nessa importante matéria (Busato, 2013, p. 197).

A inclusão, por exemplo, de um § 4º no artigo 584 do Código de Processo Penal, seguindo aqueles mesmos moldes dispostos no artigo 492, §§ 5º e 6º do CPP, seria o suficiente.

Assim, ficaria definido que, em regra, o recurso em sentido estrito do artigo 581, V, do CPP não tem efeito suspensivo, mas que, em determinados casos específicos, de urgência e

verossimilhança evidentes, poderia o relator conferir-lhe tal efeito, determinando a prisão pretendida até que o julgamento pelo colegiado.

Seguindo essas novas bases político-ideológicas, sobreviria uma estruturação nova, harmônica e sistemática, com a consagração de um instrumento efetivo para o resguardo do direito fundamental à segurança e ao próprio processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar na realidade concreta e precária do cárcere sendo imposta de forma desmedida e antecipada, a investigados ou acusados que ainda não possuem uma condenação transitada em julgado, traz sérios e justificáveis debates em direção à limitação da utilização da prisão cautelar.

Entretanto, é também preciso voltar os olhos ao outro lado, em que a arbitrariedade se volta contra a sociedade, por meio de solturas absolutamente indevidas e desarrazoadas.

É nesse movimento de busca de equilíbrio que se coloca a importância de debater a existência de ferramentas processuais aptas a impedir que uma decisão sem sentido ou razão gere efeitos que, no mais das vezes, causam danos irreversíveis.

O recurso em sentido estrito, da maneira como existe em nosso atual ordenamento, acaba tendo pouco ou nenhum efeito prático contra decisões que revogam indevidamente a prisão preventiva, na medida em que a decisão produz efeitos desde o momento em que proferida, ao passo em que o recurso precisará percorrer longo caminho procedimental e de tempo até que seu mérito seja analisado pelo tribunal competente.

Seja através de veiculação de pedido em sede de mandado de segurança, seja mediante o manejo de medida cautelar inominada, é fato que deixar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo apenas nas mãos da jurisprudência gera insegurança jurídica nociva ao ordenamento jurídico de forma geral.

Nesse sentido, importante se faz o avanço em tal temática, notadamente mediante a consagração de tão importante efeito no próprio bojo do Código de Processo Penal, sem que isso signifique qualquer impacto negativo nos direitos e garantias processuais do réu, mas sim resulte em verdadeiro instrumento de consolidação de uma proteção estatal suficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017.
BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem dos tribunais (e a linguagem os juízes e advogados). In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (Org.) ... [et al.]. Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
CRUZ, Diogo Tebet. Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva. Revista brasileira de ciências criminais, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2007.
CRUZ, Rogério Schietti. Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério**.** Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, 2015.
FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e prisão cautelar**.** São Paulo: Saraiva, 1991.
GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 12. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.
LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume único. 5. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2017.
LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
MEDINA, José Miguel Garcia; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Juspodium, 2017
MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
PACELLI, Eugênio de. Curso de processo penal. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1014.
PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coord: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.
SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade**:** o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br.
SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundametales em el proceso penal. Madrid: Colex, 1990.

6.1 Jurisprudência

STF, HC 191.836/SP, j. 02.10.2020, rel. Min. Marco Aurélio.
STJ, HC 439.939/SP, j. 21.06.2018, rel. Min. Rogério Schietti Cruz.
STF, Referendo na medida cautelar na suspensão de liminar 1.395/SP, j. 15.10.2020, rel. Min. Luiz Fux.
ST J, HC 585.352/PR, j. 08.06.2020, rel. Min. Félix Fisher.
ST J, HC 485.727/SC, j. 11.04.2019, rel. Min. Laurita Vaz.
ST J, HC 487.314/RS, j. 23.04.2019, rel. Min. Nefi Cordeiro.
TJPR, Cautelar Inominada Criminal 0002844-38.2019.8.16.0000, j. 14.03.2019, rel. Des. Macedo Pacheco.
TJPR, Recurso em sentido estrito 899846-5, j. 29.11.2012, rel. Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto.
TJPR, Recurso em sentido estrito 1069866-3, j. 15.08.2013, rel. Des. Naor Ribeiro de Macedo Neto.
TJPR, Recurso em sentido estrito 1117958-5, j. 06.02.2014, rel. Des. Antonio Loyola Vieira.
TJPR, Recurso em sentido estrito 1155658-4, j. 20.03.2014, rel. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Benjamim Acácio de Moura e Costa.
TJSP, Cautelar Inominada Criminal 2109467-7920208260000, j. 08.07.2020, rel. Des. Sérgio Ribas.

DIVÓRCIO LITIGIOSO LIMINAR: TUTELA DA EVIDÊNCIA. IMPRESSÕES SOBRE A INCONSISTÊNCIA TÉCNICA

Fábio Luís Franco[192]

O ordenamento jurídico, ao que parece, não possibilita o divórcio litigioso liminar *inaudita altera partes* concedido em tutela provisória da[193] evidência.

As inconsistências, em meu sentir e a princípio, são várias.

Primeiro, pela própria natureza da técnica de julgamento: a evidência é espécie do gênero tutela provisória[194].

Topologicamente, a tutela da evidência está no LIVRO V (TUTELAS PROVISÓRIAS, TÍTULO III (TUTELA DE EVIDÊNCIA). Vale citar o disposto no Art. 294, *caput*, do CPC[195], em que disciplina que a tutela provisória (e não definitiva) fundamenta-se em urgência ou evidência:

> CPC, Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

E, ainda, acerca da provisoriedade, vale citar o parágrafo único, do Art. 297, do CPC:

> CPC, Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Ou seja, tutela provisório; cumprimento provisório (o que não é compatível com a decretação do divórcio).

A doutrina também vê esta mesma natureza, nesta técnica de julgamento: a evidência é tutela provisória.

Tutela provisória concedida em sede de decisão interlocutória e, portanto, não passível da autoridade de coisa julgada, esta somente afeta às decisões de mérito *(julgamento de improcedência liminar, total ou parcial, do pedido; julgamento parcial de mérito; julgamento de mérito em sentença ao final da fase de conhecimento em primeiro grau)* sujeitas à definitividade e juízo de certeza[196] (exauriência plena):

---

[192] Desembargador do TJPR. Professor de Direito Processual Civil. Mestre em direito da personalidade.

[193] Note-se que se indica tutela da evidência, eis que, a evidência é fato processual que, assim, demanda uma técnica de julgamento (decisão interlocutória, liminar *inaudita altera partes*) não encerrando, em si mesmo, um tipo (uma natureza) de tutela (provimento) específico. Vale citar: **"A evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas. A evidência, como um fato jurídico processual, pode ser tutelada em juízo. Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. (...). É técnica que serve à tutela provisória, fundação em cognição sumária. Aqui surge a tutela provisória de evidência."**. DIDIER JR, Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 19. ed revista e atualizada. São Paulo: Editora JusPdivm, 2024. v. 2. p. 801.

[194] "É lição das mais conhecidas aquele que diz que tudo que é provisório tende a ser substituído por algo definitivo. É, portanto, algo verdadeiramente vocacionado a ser substituído no futuro. Independentemente do fato de vir ou não a ser confirmado oportunamente, o provisório será, sempre, substituído por algo definitivo."
"9.5.3. Uma diferenciação necessária: tutela de evidência x julgamento antecipado de mérito. A contrário do que se poderia imaginar em um primeiro momento, a tutela da evidência não se confunde com o julgamento antecipado da lide. Apesar de se assemelharem em alguns pontos, se distinguem basicamente pelo fato deste permitir a concessão da tutela definitiva baseada em cognição completa (CPC, arts. 355 e 356) e não meramente uma tutela provisória.".
CALMON, Rafael. Manual de direito processual das famílias. 3. ed 2.ª Tiragem. São Paulo: SariavaJur, 20.23. p. 159 e 221.

[195] CPC abreviação de Código de Processo Civil.

[196] Certeza no sentido da verdade/determinação dos fatos conforme apurados no processo (e não certeza do conteúdo/verdade do fato em si). Vale citar: **"A tutela jurisdicional dos direitos é prestada mediante a análise das alegações das partes a respeito das questões de fato e de direito, aliada à produção de provas para a formação da convicção judicial. Ao Poder Judiciário, contudo, não se pode exigir o alcance da essência da verdade. Isso porque, como ela não é atingível, esse seria um escopo que inviabilizaria a prestação jurisdicional. Piero Calamandrei mostra que, mesmo nos casos em que o juiz pode ter a percepção direta dos fatos (como se verifica na inspeção judicial), ainda assim a verdade pode ser diversa daquela que, por um erro de sentidos, tenha sido apreendida. De igual forma, Carnelutti afirma que o processo não pode ser considerado como um meio de conhecimento da verdade dos fatos, mas sim como uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não**

> "E assim é que, onde houver uma verdadeira evidência, com a segura certeza da ocorrência dos fatos constitutivos do direito do autor, caso será de julgamento antecipado de mérito, conforme estabelece o art. 355, inc. I, do Código de Processo Civil – sendo esta uma tutela definitiva e não provisória, e por isso sendo suscetível da autoridade da coisa julgada material, o que não se dá com as tutelas de evidências regidas pelo art. 311."[197]
>
> Lembre-se, por outro lado, que esta forma de tutela antecipada – dita de evidência – sempre se funda em cognição sumária. No caso de defesa indireta, a cognição sumária recai sobre os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, ao passo que, tratando-se de defesa direta, a cognição sumária fica retida nos próprios fatos constitutivos. Quer isto dizer que a tutela da evidência é provisória e capaz de se revogada ao final do procedimento."[198]

Vale citar ARRUDA ALVIM:

> A ideia central a respeito dos pedidos provisórios é a de que a sua concessão é, de certa forma, precária, pois fundada em elementos de fato não tão debatidos quanto aqueles que embasam a prolação de uma decisão final da fase de conhecimento. [199]

No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JUNIOR[200]:

> A tutela de evidência não se confunde, na estrutura do novo Código, com um julgamento antecipado da lide. A medida é deferida sumariamente, em alguns casos de maior urgência, até sem audiência da parte contrária, mas não impede o prosseguimento do feito, para completar-se o contraditório e a instrução probatória. A provisoriedade da tutela da evidência é, aliás, o traço comum que o novo Código adotou para qualificar as tutelas de urgência e da evidência, como espécies do mesmo gênero, ao qual se atribui o nomen juris de tutelas provisórias.

Aliás, a **não certeza,** a **não definitividade** e a natureza **decisão em interlocutória não de mérito,** são as características da técnica de julgamento da evidência.

E **não é** o que ocorre com o divórcio que, fática e juridicamente, enseja providência irreversível e definitiva e que se ampara ou deve se amparar, justamente por conta desta irreversibilidade fática e jurídica e desta definitividade, em juízo de certeza e de decisão meritória (julgamento antecipado de mérito, sentença).

Aliás, pertinente o apontamento de DANIEL MITIDIERO:

> O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equipara os efeitos do procedimento comum – realizado contraditório, com ampla defesa e direito à prova- com os efeitos do procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada."[201]

Os que defendem a possibilidade da concessão liminar do divórcio em tutela da evidência, *concessa venia*, não conseguem justificar (ou ajustar na ordenamento jurídico) a questão

---

coincidir com a verdade destes, permanecendo independente em relação a eles.". DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência – probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020. p. 134.

[197] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 897.

[198] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. p. 330.

[199] ALVIM, Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015 – de acordo com a Novo CPC – Lei 13.105/2015. Revisora Thereza Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 171.

[200] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 52. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011. v. 1.p. 675. Apud ALVIM, Arruda, op. cit, p. 194, nota de rodapé 4.

[201] MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 147 e 148. Apud DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência – probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020. p. 282. Nota 184.

de que, em verdade e por natureza jurídica, os efeitos (fáticos e jurídicos) da decisão que concede o divórcio liminar, são de **julgamento antecipado de mérito liminar** e *inaudita altera partes*, figura que **não é prevista no ordenamento jurídico pátrio** *(que prevê somente a improcedência liminar, CPC, Art. 332[202], que é providência, com contraditório diferido, com juízo de certeza/exauriência e definitividade, mas que beneficia o Réu não citado)*.

Este é o ponto.

Não se admite criação, por suposta intepretação *(o processo cognitivo não é de interpretação, mas sim de criação de hipótese legal não prevista legislativamente)*, de nova hipótese de julgamento meritório, em interlocutória, que gera efeitos definitivos, sem respeito ao contraditório), fora das hipóteses previstas expressamente para isto.

E a evidência não se presta a concessão de divórcio.

Se não se pode julgar liminarmente pela improcedência do pedido em situações atípicas (não prevista na norma) e que beneficiariam o Réu ainda não citado, muito menos criar (validamente) hipótese de julgamento antecipado liminar, parcial de mérito, de procedência de pedido inicial, sem previsão desta hipótese em lei e sem o contraditório.

> *(...). 4- Por se tratar de regra que limita o pleno exercício de direitos fundamentais de índole processual, em especial o contraditório e a ampla defesa, as hipóteses autorizadoras do julgamento de improcedência liminar do pedido devem ser interpretadas restritivamente, não se podendo dar a elas amplitude maior do que aquela textualmente indicado pelo legislador no art. 332 do novo CPC.* [203]

Não há espaço para discricionariedade aqui[204].

---

[202] CPC, Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241 . § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

[203] STJ, 3.ª Turma, REsp 1.854.847-CE (2019/0031914-6), rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 02.6.2020, p. 04.6.2020.

[204] Não há discricionariedade, no que toca à criação de outras hipóteses gerais da tutela da evidência, já que, no CPC e na legislação processual existem outras hipóteses de tutela da evidência, por exemplo: Arts. 558, c/c 562, do CPC (possessória de turbação ou esbulho de menos de ano e dia), Art. 701, caput (tutela da evidência para expedição do mandado monitório), Arts. 2.º, caput c/c 4.º, da Lei de alimentos (no que toca ao deferimento de alimentos provisórios na decisão de admissão da ação); inc. III, do Art. 7.º, da Lei Federal 1212.016/2009 (lei do Mandado de Segurança), etc...., bem como se tem admitido em doutrina uma interpretação extensiva do inc. II, do referido Art. 311, do CPC, para se enquadrar naquela hipótese prevista expressamente, também os demais casos de precedentes obrigatórios, como os previstos no Art. 927, do CPC.

CPC:

Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial. Parágrafo único. Passado o prazo referido no caput, será comum o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º , quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 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

Como bem aponta ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

> "Diferentemente do que acontece em matéria de tutela de urgência, porém, não existe um poder geral de tutela da evidência, de modo que esta modalidade de tutela provisória só é admissível em casos expressamente descritos na lei. É que cabe ao texto legal indicar em que situações se pode considerar presente essa probabilidade qualificada (evidência) que justifica a concessão de tutela provisória independentemente da existência de uma situação de perigo de dano." [205]

E igualmente se invoca a regra do Art. 20, *caput*, da LINDB[206]:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Neste particular, coleta-se doutrina de MARIA HELENA DINIZ[207]:

> "Se houver uma solução legislativa, o gestor público, controlador ou juiz não poderá deixar de aplicá-la, dando preferência a um princípio, a uma cláusula geral, a um conceito jurídico indeterminado, ou seja, a um valor jurídico abstrato, por conter conteúdo amplo ou indeterminação semântica.".

Assim, o divórcio liminar, em tutela da evidência, não se amolda às figuras previstas no Art. 311, do CPC e, ainda que se admita que tais hipóteses não sejam exaustivas (*numerus clausus*), mesmo assim, não se pode mudar a natureza que é própria e inafastável da tutela da evidência: provisória, em decisão interlocutória, sem potencialidade, por si, de fazer coisa julgada material, e que deve ser reversível jurídica e faticamente.

E nem se poderia admitir a tutela do divórcio (cercada de definitividade e de certeza) concedida liminarmente em tutela de evidência ou, como parece (e é a natureza do provimento), em julgamento antecipado parcial de mérito liminar, não previsto no ordenamento jurídico.

Aliás, pela própria dicção do Art. 311[208], do CPC, notadamente do seu parágrafo único, ou seja pela disposição do Art. 9.º, inc. II, do CPC, abaixo, só se concebe decisão liminar, nas hipóteses em que (inc. II) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e (inc. III) se tratar de

---

princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Lei 5478/1968 (Lei de Alimentos):

Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

Lei Federal 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo)

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...). III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[205] FREITAS CÂMARA, Alexandre. Manual de direito processual civil. 3. ed. revista e atualizada. Barueri: Atlas, 2024.p. 332.

[206] LINDB – abreviação de Lei de Introdução às normas do direito brasileiro.

[207] DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 20. ed. São Paulo: SARAIVAJUR, 2024. p. 491.

[208] CPC, Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

> CPC, Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I - à tutela provisória de urgência;
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;
> III - à decisão prevista no art. 701 .

A legislação processual citada, assim, não admite decisão liminar, mitigando o contraditório -*que, aliás, é cláusula pétrea da Constituição Federal (CF[209], Art. 60, § 4.º, inc. IV[210] c/c Art. 5.º, incs. LIV e LV [211])*-, fora das hipóteses dos incs. II e III, do Art. 331, do CPC.

É o que decorre da literalidade da lei.

A hipótese do inc. III, do Art. 311, do CPC, não se amolda ao caso de divórcio[212], pois trata de pedido reipersecutório, prova documental e contrato de depósito. Bem depositado.

Afora, isto, ainda que se admita, a possibilidade de ampliação das hipóteses previstas no inc. II, do Art. 311, do CPC, para estendê-la à outras hipóteses de precedentes vinculativos/obrigatórios (como os previstos no Art. 927, do CPC)[213], o divórcio igualmente não se enquadra nesta técnica de julgamento e, para não deixar de mencionar, o fato de o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ter declarado em repercussão geral (Tema 1.053, RE 1167478)[214] que o divórcio é direito individual potestativo e que não subsiste no ordenamento jurídico a figura da separação judicial, esta manifestação da Suprema Corte não induz a submissão do divórcio como providência em tutela da evidência concedida *inaudita altera partes*.

Aliás, por não estar elencado nestas hipóteses do Art. 311, do CPC e por não ter a natureza de tutela da evidência, a decisão que aprecia o requerimento de divórcio *inaudita altera*

---

[209] CF, abreviação de Constituição Federal.

[210] CF, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

[211] CF, 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: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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;

[212] "III.9. Pedido reipersecutório com comprovante de depósito. Com a prova adequada do depósito existe prova irrefutável do direito perseguido pela parte, o que enseja a concessão da tutela da evidência. Vale lembrar que o contrato de alienação fiduciária não se encaixa nesta possibilidade, já que, não sendo encontrado o bem alienado por meio da ação de busca e apreensão, pode ser requerida a conversão da busca e apreensão em ação executiva, e não mais em ação de depósito (LAF, Art. 4.º, com redação dada pela Lei 13043/14). Este procedimento faz as vezes da antiga ação de depósito, que não está mais prevista no CPC (nesse sentido, Daniel Mitidiero, in Wambier-Diddier-Talamini-Dantas. *Comentários CPC*, coment. 4 CPC 311, p. 797; Medina. *CPC Comentado*, coment. V CPC 311, p. 502.).". NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 21. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 816.

[213] CPC, Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º , quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 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. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[214] Tese do Tema 1053, STF Repercussão Geral: **"Após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de um ato jurídico perfeito"**.

partes deve obediência, além do próprio contraditório e ao devido processo legal, também ao disposto no Art. 10, do CPC (princípio da não surpresa em relação às partes - plural)[215]:

> CPC, Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Não se nega que há outras hipóteses na legislação processual, em que se prevê tutela de evidência, com diferimento do contraditório como, por exemplo, na ação monitória (Art. 701, do CPC)[216] e nas ações possessórias – excepcionada se for em face da Fazenda Pública (Arts. 562[217], 567 e 568[218], todos do CPC), Lei de Alimentos (Lei federal 5.478/68, Arts. 2.º e 4.º)[219], Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei Federal 12.016/2009, Art. 7.º, inc. III)[220].

Entretanto, mesmo para estas hipóteses, as providências são reversíveis fático e juridicamente e, sempre, permitem contraditório que, usualmente[221], ocorre imediatamente à concessão da medida.

Assim, se verifica que o sistema processual (interpretação lógico sistemática) privilegia, até como principado constitucional, o contraditório, diferindo este somente em situações específicas e desde que reversíveis jurídica e faticamente, bem como que não se afiem em cognição exauriente (portanto, tutelas provisórias).

O contraditório é direito fundamental de índole processual.

E, com o divórcio, há outras normas que demonstram a inviabilidade de sua concessão *inaudita altera partes*.

---

[215] Sobre o princípio da não surpresa das decisões e sua aplicação às partes, cita-se:

[216] CPC, Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

[217] CPC, Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

[218] CPC, Art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.

CPC, Art. 568. Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na Seção II deste Capítulo.

[219] **Lei 5478/1968 (Lei de Alimentos):**

Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

[220] **Lei Federal 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo)**

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...). III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[221] Por exemplo: o mandado monitório é expedido para a citação da parte adversa, visando o cumprimento da obrigação, ou seja, a parte adversa toma ciência da decisão liminar.

A liminar do interdito, é tutela inibitória, mandamental, do não fazer, cuja efetivação se dá na e pela pessoa do Réu.

A tutela liminar possessória, sem audiência de justificação de posse *(nesta hipótese já há prévia citação/intimação do Réu)*, embora se efetive na relação do fato com o bem, cuja posse sido turbada ou esbulhada, a citação/intimação do Réu é imediata (Apesar de a lei prever prazo de 05 dias para o requerimento de citação, no caso de concessão liminar da tutela possessória, quando não precedida de audiência de justificação *(CPC, Art. 564: Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias. Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar.*), na prática, nestas hipóteses, a citação já consta do próprio mandado possessório, a ser cumprida (a citação) no próprio ato da efetivação da medida, até porque, como a efetivação da medida ocorre no mundo dos fatos, na relação da posse sobre o bem, o Réu, usualmente, está na situação de fato do cumprimento da liminar.)/sequencial, muitas vezes cumprido pelo mesmo mandado.

Nos alimentos provisórios, embora incidentes desde a fixação, a parte adversa tomará ciência imediata com o desconto (se em folha de pagamento) ou com a intimação/citação para pagar.

Não só o fato de não se caracterizar tutela provisória (portanto, não podendo ser concedida por evidência, além de, mesmo nas hipóteses de evidência, não se enquadrar nas situações em que se permite tutela de evidência liminar).

Antes de averbada, o divórcio não gera efeito em relação a terceiros. É o efeito do registro público: dar publicidade a terceiros. Vale citar:

> Lei Federal n.º 6.515/77- Lei do Divórcio- Art. 32 - **A sentença definitiva** do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no Registro Público competente.
> *Destaquei.*
>
> Lei Federal 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos- Art. 100. No livro de casamento, será feita averbação da sentença de nulidade e anulação de casamento, bem como do desquite, declarando-se a data em que o Juiz a proferiu, a sua conclusão, os nomes das partes e **o trânsito em julgado**. (Renumerado do art. 101 pela Lei nº 6.216, de 1975).
> § 1º Antes de averbadas, **as sentenças** não produzirão efeito contra terceiros.
> *Destaquei.*
>
> CC, Art. 10. Far-se-á averbação em registro público: I - **das sentenças** que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, **o divórcio**, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;
> *Destaquei.*

Ditas normas, as que são anteriores à Constituição, foram recepcionadas por esta e, com ela não são incompatíveis.

Nem, *data venia*, com o fato de o divórcio ser direito individual potestativo, pós EC 66/2010.

A potestatividade[222] está em relação a outra parte da relação jurídica material e à consequência de que, a manifestação do e para o divórcio não está vinculada à aceitação e ou figura de culpa.

Os efeitos do divórcio em relação a terceiros, não se vincula a esta potestatividade e, nem, propriamente, o fato de que a desconstituição do vínculo jurídico (que pode ter iniciativa potestativa) afeta esfera jurídica do Réu definitivamente.

Ademais, o Código Civil, em 2002, novamente indica a sentença (meritória), que demanda cognição exauriente e dotada de não provisoriedade, como pressuposto para o divórcio.

Como se vê, o ordenamento jurídico prevê que a sentença de mérito, que demanda cognição exauriente, dotada de não provisoriedade e tem atributo da coisa julgada material (portanto, não decisão em tutela da evidência), para gerar efeitos em face de terceiros, deve ser averbada, o que se fará após o seu trânsito em julgado.

A decisão que concede tutela da evidência é interlocutória, por conteúdo e pela profundidade da cognição – não exauriente e pela provisoriedade.

> CPC, Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, **com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum**, bem como extingue a execução.
> **§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.**

[222] "O termo 'direito potestativo' advém do latim potestativo, que significa revestido de poder. É utilizado para indicar o direito de alguém, cujo exercício depende simplesmente da vontade arbítrio de seu detentor, leciona Rodrigo da cunha Pereira. Desse modo, afirmar que o direito ao divórcio é atualmente um direito potestativo significa dizer que há um estado de sujeição do outro cônjuge ou companheiro, cabendo a este simplesmente aceitar a dissolução e alteração do estado civil de casado para divorciado.". https://www.migalhas.com.br/depeso/349167/divorcio-por-liminar-1-direito-potestativo. Autora: Mariane Bosa de Lins Neves. Referência doutrinária do texto: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 236.

Assim, o divórcio está atrelado a uma sentença (tipo de manifestação judicial, dotada de definitividade, não provisória, de cognição exauriente) e a eficácia **desta sentença (ou decisão interlocutória exauriente, de mérito)** do divórcio, ou seja, a sua concreção no mundo dos fatos, está atrelada à averbação no registro público que somente ocorrerá ante o seu trânsito em julgado[223] (não se admitir recurso em face dela).

Assim, ao que parece, não é compatível e não é possível observar este regramento, ao se conceder em tutela da evidência, *inaudita altera partes*, divórcio liminar.

Não se trata de sentença (por não ter cognição exauriente, por ser provisória e não ter o atributo da coisa julgada) e, por isto, não poderá (ou poderia, se ferir a previsão do ordenamento) ser averbado e, por isto, não gerará efeitos contra terceiros.

Assim, qual seria o efeito prático, efetivo, de um divórcio concedido em tutela de evidência (decisão não final, provisório, sem atribuição de coisa julgada), *inaudita altera partes*, se não pode ser averbado e não gera efeitos contra terceiros?

E mais, ainda que se pudesse superar estes entraves legais e a lógica do sistema, a natureza desta tutela que concede o divórcio é de gerar efeitos irreversíveis jurídica e faticamente, como já dito, e, divorciado, poderia o indivíduo casar-se novamente (acaso a partilha já estivesse definida, decidida ou homologada ou caso não houver bens a partilhar) ou, ao menos, poderia contrair união estável.

> CC, Art. 1.523. Não devem casar: III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

A irreversibilidade (fática e jurídica), além da cognição exauriente, da não provisoriedade (definitividade), são entraves para a concessão do divórcio em tutela da evidência, que é provisória por natureza.

E como reverter esta situação de fato, acaso o divórcio liminar não fosse confirmado em sentença?

É irreversível.

Afeta terceiros e outra relações jurídicas de direito material; outros vínculos (novo casamento, união estável).

A decisão é dotada de definitividade.

Aliás, vale ainda enfrentar, que o fato de o divórcio, na forma do § 6.º, do Art. 226, da CF, com a redação dada pela EC 66/2010[224], ter se tornado um direito subjetivo potestativo, não gera a consequência de **não se ter possível uma defesa/oposição fundamentada**.

Esta é, aliás, a premissa comum daqueles que defendem a concessão liminar e inaudita altera partes do divórcio (é um direito potestativo e não admitiria resistência quanto à manifestação de vontade de divorcia-se).

Mas, como dito, a premissa não procede.

Por exemplo, se o Réu alegar e comprovar que existe ação anterior (que ainda pende de citação do consorte) que busca a declaração de nulidade ou de anulação do casamento?

Ou, ainda, em que se verifica (e se comprova) uma ação anterior, de divórcio, já ajuizada pelo consorte (desconhecida da parte adversa, não citada)?

Ou, ainda, quando a parte autora, vem aos autos, por outro procurador, negando a intenção de se divorciar ou, ainda, vem desistir do pedido inicial, pós concessão da liminar e antes da citação do Réu?

Portanto, a natureza da decisão (de concessão do divórcio liminar), **com potencialidade de irreversibilidade fática e jurídica**, dotada de **exauriência**, cercada de **definitividade**, bem como a

---

[223] Neste sentido: "A sentença definitiva do divórcio judicial consensual ou litigioso apenas produz efeitos depois de registrada no registro público competente, como determina o art. 32, da Lei n. 6.515/1977.". LÔOBO, Paulo. Direito civil: famílias. 14. ed. São Paulo: SariavaJur, 2024. p. 145.

[224] CF, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6° O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n° 66, de 2010)

falta de previsão da hipótese como tutela de evidência, e o fato de a averbação da decisão estar vinculada à trânsito em julgado *(preclusão máxima, decisão que não caiba recurso)*, tudo inviabiliza ou torna incompatível com o ordenamento jurídico material e processual dita concessão liminar, *inaudita altera partes*, de um divórcio que é litigioso, em tutela da evidência.

Assim, não há circunstâncias de fato *(que são protegidas por outros remédios jurídicos processuais)* a justificar a concessão liminar, *inaudita altera partes*, e sob tutela de evidência (sem previsão legal), o divórcio liminar.

Até mesmo casos de violência doméstica têm remédios processuais (separação de corpos, medida protetiva etc.) a proteger a urgência.

Ademais, a evidência, não tem por base de sua concessão a urgência.

Assim, não me parece viável e nem juridicamente justificável, à vista do ordenamento jurídico, da natureza da providência, a concessão liminar, *inaudita altera partes*, do divórcio litigioso em tutela da evidência.

Nada a justificar, sequer, o diferimento do contraditório.

Não é o tempo da citação do Réu capaz e suficiente a impedir a duração razoável e a efetividade do processo e da tutela jurisdicional.

Não é o tempo da citação do Réu que afetará direito da parte Autora.

Nem se pode presumir que poderia haver resistência ou dificuldade à citação; em verdade, o que se pressupõe é a boa-fé das pessoas e das partes.

É da essência do ser humano. São as regras deontológicas aplicáveis.

> CPC, Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
> CPC, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
> CPC, Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Afora, isto, em havendo ato da parte Ré em dificultar ou impedir a citação, ou até mesmo a circunstância de a parte Ré estar em lugar não sabido, ou embora sabido, incerto, não justifica a tutela evidência, *inaudita altera partes*, do divórcio.

Há, também, remédios processuais para isto: citação por hora certa[225], citação por edital[226].

Ademais, trata-se de ação de estado que gera efeitos na esfera jurídica do outro consorte (direitos da mesma grandeza) e, por isto, também, não se justificaria se diferir o contraditório[227].

Destaque-se que esta inviabilidade, *data venia*, em nada limita ou não-observa o direito individual potestativo de alguém que queira ver-se divorciada, nem limita a fruição do direito da felicidade, bem como não desrespeita a dignidade da pessoa, nem seu direito a amar.

---

[225] CPC, Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

[226] CPC, Art. 256. A citação por edital será feita: I - quando desconhecido ou incerto o citando; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; III - nos casos expressos em lei. § 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. § 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão. § 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

[227] **Apesar de o divórcio atualmente configurar direito potestativo, que prescinde da concordância do outro cônjuge, a decretação do divórcio efetivamente altera o estado civil do cônjuge/réu e deve ser examinado após angularizada a ação, e ser analisado na origem. Pretensão que mais se assemelha a uma sentença parcial de mérito.** Recurso com cognição limitada. Ausência de urgência ou situação extraordinária. Mantida decisão de origem. Precedentes desta câmara do TJRS. Agravo desprovido. (**TJRS**; AI 5011467-41.2024.8.21.7000; Primeira Câmara Especial Cível; Relª Desª Glaucia Dipp Dreher; Julg. 15/04/2024; DJERS 19/04/2024). *Destaquei.*

Certo é que houve um vínculo jurídico e a sua desconstituição passa, necessariamente, acaso não feito amigavelmente, pela intervenção do judiciário que, por sua vez, pressupõe, como regra, o contraditório e a ampla defesa.

Pode se conceder em tutela provisória[228], até por existência prévia de separação[229] de fato (que é o que comumente ocorre), a liberação dos deveres decorrentes do vínculo matrimonial, mas sem, contudo decretar a extinção do vínculo matrimonial (divórcio).

O contraditório é direito fundamental processual e deve, como regra, ser observado.

Assim, para mim, inviável seguir o Enunciado 46[230] (não vinculativo), do IBDFAM[231], bem como precedentes jurisprudenciais[232] que, *data venia*, não enfrentam a questão em sua inteireza e, notadamente, em interpretação lógico sistemática.

Outra questão que se pondera: poderia, então, ser concedido o divórcio em julgamento parcial antecipado de mérito?

O Enunciado 18, do IBDFAM[233] indica esta possibilidade. A Jurisprudência também tem indicado esta solução[234].

---

[228] Cautelar e tutela antecipada, preenchidos os seus requisitos, e, ainda –esta questão não é objeto deste escrito-, até mesmo evidência, pela regra do inc. II, do Art. 311, do CPC, igualando-se, aqui, o direito potestativo, reconhecido pelo STF a partir da EC 66/2010 (CF, Art. 226, § 6.º), que é de eficácia superior, já que, pelos jurisdicionados, pelos operadores do direito e pelo Poder Judiciário não se discute e não se nega a potestatividade do direito individual, do divórcio unilateral, que, como dito, e de eficácia normativa igual ou até maior do que os precedentes vinculativos (que pressupõem dissidência de interpretação/aplicação para se gerar, pela técnica de julgamento, a vinculação e obediência para os órgãos jurisdicionais).

[229] Separação aqui, como fenômeno de fato, não como conceito ou figura jurídica própria (Tema 1053, STF).

[230] **IBDFAM, Enunciado 46** - Excepcionalmente, e desde que justificada, é possível a decretação do divórcio em sede de tutela provisória, mesmo antes da oitiva da outra parte.

[231] **IBDFAM**, abreviação de Instituto Brasileiro de Direito de Famílias.

[232] (...). **1. O divórcio é um direito potestativo incondicionado, respaldado por norma constitucional, que o autoriza independentemente de qualquer prova ou condição, sendo dispensada, inclusive, a formação do contraditório, uma vez que o único elemento necessário à sua concessão é a manifestação de vontade de um dos cônjuges.** A cognição da ação de divórcio já se inicia com maturação suficiente para o deferimento da antecipação dos efeitos do pleito de dissolução do vínculo conjugal, de modo que não é razoável impor ao demandante o ônus de suportar a morosa tramitação do feito para que, só ao final, tenha apreciada sua pretensão, quando já houver manifestado inequívoco interesse em se divorciar. 2. Preenchidos os requisitos previstos no art. 311 do CPC, a decisão agravada que decretou o divórcio do casal, deve ser mantida. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (**TJGO**; AI 5543753-74.2023.8.09.0051; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Stefane Fiuza Cançado Machado; DJEGO 06/12/2023). *Destaquei.*

[233] **IBDFAM, Enunciado 18** - Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

[234] PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. PEDIDO DE DECRETAÇÃO LIMINAR DE DIVÓRCIO E INALDITA ALTERA PARS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. **1. Embora não se desconheça que, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, o direito ao divórcio tornou-se potestativo e incondicionado, não é possível a decretação liminar do divórcio, sem o prévio contraditório, por se tratar de medida irreversível, e não estar prevista dentre aquelas que autorizam decisão liminar fundada em tutela de evidência (artigos 300, § 3º, e 311, parágrafo único, do Código de Processo Civil). 2. Nada impede que, após ouvida a parte contrária, o d. Magistrado de primeiro grau profira decisão parcial de mérito, nos termos do artigo 356 do Código de Processo Civil,** deixando as demais questões subjacentes, tal como a partilha de bens, para momento posterior. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (**TJDF**; Rec 07499.27-19.2023.8.07.0000; 184.5139; Sétima Turma Cível; Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira; Julg. 10/04/2024; Publ. PJe 30/04/2024). *Destaquei.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EC 66/2010. ARTIGO 226, § 6º, DA CR/88. DIREITO POTESTATIVO. RELAÇÃO PROCESSUAL FORMADA. ANUÊNCIA DAS PARTES. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POSTERGADA. INVIABILIDADE. DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO. Em que pese ser o divórcio um direito que independe da aquiescência do cônjuge, não é justificável que seja suprimida a garantia constitucional do contraditório, vez que a sua decretação gera inúmeros efeitos na esfera jurídica dos envolvidos, não podendo, portanto, ser concedido liminarmente sem permitir que a outra parte tenha a devida ciência prévia e manifestação nos autos, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Já formada a relação processual e estando em concordância as partes envolvidas quanto ao divórcio, inexiste justificativa para postergar sua decretação que deve ser deferida em decisão parcial de mérito. (**TJMG**; AI 1955089-26.2023.8.13.0000; Quarta Câmara Cível Especializada; Relª Desª Alice Birchal; Julg. 29/02/2024; DJEMG 01/03/2024). *Destaquei.*

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. **DECRETO DO DIVÓRCIO. Artigo 226, §6° da CF/88. Direito potestativo. Desnecessidade de consenso entre os litigantes. Artigos 334, parágrafo único e 336, caput e incisos, ambos do CPC/15, que fundamentam a decisão parcial de mérito.** Impugnação à justiça gratuita. Matéria preclusa. Alimentos transitórios já foram objeto de outro agravo de instrumento manejado pelo alimentante. Ausentes fatos novos. Verba alimentar sequer foi discutida na decisão ora agravada. Arrolamento de bens que demanda maior dilação probatória. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Medidas excepcionais que não se justificam na presente hipótese. Agravo de instrumento conhecido e improvido. (**TJCE**; AI 0621766-18.2023.8.06.0000; Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato; DJCE 20/07/2023; p. 49). *Destaquei.*

Da mesma forma parte da doutrina[235].

Neste aspecto, apesar de se tratar de decisão interlocutória, entendo possível uma decisão parcial antecipada de mérito, já que se terá respeitado o contraditório e a decisão, aqui, é dotada de definitividade, exauriência na cognição e, em seu conteúdo, decidido um dos pedidos (o pedido de divórcio) feito na inicial, tendo, portanto, natureza jurídica de sentença *(não sendo uma, somente por não pôr fim a fase de procedimento, embora tenha por objeto hipótese do Art. 487, do CPC[236], conforme prevê o Art. 203, do CPC[237])*, dotada dos efeitos da coisa julgada, ressalvado que a averbação do divórcio será efetivada após a preclusão máxima (após não ser mais possível interposição de recurso).

Há, aqui e para se admitir a concessão em julgamento parcial de mérito, que se compatibilizar o sistema, em interpretação lógica sistemática, de modo a afastar a antinomia[238] aparente[239], já que, apesar das normas indicarem que sentença transitada em julgado é a que é objeto de averbação de divórcio, *in casu*, será averbada a decisão interlocutória *(mas com natureza jurídica de sentença, decisão definitiva, com cognição exauriente, irreversível jurídica e faticamente)*, e de que não caiba mais recurso.

Assim, embora agravável, a decisão não gerará efeitos imediatos, não podendo ser averbada em registro público.

A decisão parcial de mérito é novidade da legislação processual que se compatibiliza e atende, no caso, o pressuposto para a averbação do divórcio: ser uma decisão de mérito, com natureza jurídica de sentença, cercada de definitividade e de exauriência de cognição.

Assim, preenchidos os requisitos legais, ou seja, provado o casamento (pela certidão válida e verdadeira de casamento), inexistindo prévio divórcio ou ação prejudicial (nulidade ou anulação de casamento) ou qualquer outra questão impeditiva da decretação do divórcio, possibilitado o contraditório, possível é a concessão de divórcio em decisão parcial antecipada de mérito.

Por fim, há, ainda, outra particularidade, outra questão que entendo deve ser observada nas decisões acerca de divórcio e que reputo indispensável perquirir e exigir:

Direito potestativo. Esgotamento do objeto da lide que não se verifica no caso concreto. Pendência de outros litígios, ligados aos alimentos e pagamento de aluguéis. **Possibilidade de decisão parcial de mérito. Divórcio decretado.** Alimentos. Pessoa em desenvolvimento. Presunção de necessidade de maiores aportes. Acolhimento parcial para majorar a verba para 15% dos rendimentos líquidos do agra V ado. Respeito ao binômio possibilidade do alimentante versus necessidade do alimentado. Pedido de pagamento de aluguéis. Cônjuge alijado do imóvel onde residia com o marido e filhos, adquirido com esforço comum. Tese não acolhida. Pretensão que pressupõe a prévia partilha dos bens. Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido. (**TJSC**; AI 4018528-78.2017.8.24.0000; Palhoça; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Saul Steil; DJSC 13/08/2018; Pag. 129). *Destaquei.*

[235] Vide: https://www.reginabeatriz.com.br/post/senten%C3%A7a-parcial-de-m%C3%A9rito-de-div%C3%B3rcio-n%C3%A3o-%C3%A9-div%C3%B3rcio-impositivo-ou-liminar, capturado aos 27.10.2020. Autora: **Regina Beatriz Tavares da Silva** é Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

[236] CPC, Art. 487. **Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;** II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332 , a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

[237] CPC, Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, **sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum**, bem como extingue a execução. **§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.**

[238] **"A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia.*"** BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4. ed. Brasília: Ednunb – editora Universidade de Brasília, 1994. p. 81

[239] **Antinomia aparente é introdutoriamente tratada por Kelsen** como conflitos normativos que podem e devem ser resolvidos pela via interpretativa. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 29.

"Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições que, embora óbvias, devem ser explicitadas: 1) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. (...). 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, especial, pessoal e material. (...). Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; (...). BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4. ed. Brasília:Ednunb – editora Universidade de Brasília, 1994. p. 81.

> poderia admitir a decretação do divórcio, antecipado, sem manifestação de vontade pessoal da parte?
> A procuração do patrono deve ter poderes especiais e a manifestação expressa da vontade da parte, inclusive para o casso de decretação de divórcio liminar, inaudita altera partes, em tutela da evidência (apesar de todas as incongruências já listadas)?

Trata-se de direito material. Potestativo.

Ação de estado.

Assim, a procuração do advogado da parte, notadamente da parte autora, deve ter poderes especiais e, ainda, conter a declaração da parte, especifica e clara, de que manifesta a vontade de se divorciar.

Como dito, trata-se de manifestação de vontade ligada ao direito material. Personalíssima, aliás. Assim, não se insere nos poderes gerais inerentes ao mandato judicial do advogado e, muito menos nos poderes gerais da cláusula *ad judicia*.

Cito:

> CPC, Art. 105, *caput*. Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.
>
> **Lei Federal 8.906/94 EAOAB**. Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.
> § 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período.
> **§ 2º A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais.**
> § 3º O advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo.
> § 4º As atividades de consultoria e assessoria jurídicas podem ser exercidas de modo verbal ou por escrito, a critério do advogado e do cliente, e independem de outorga de mandato ou de formalização por contrato de honorários. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)
> *Destaquei.*

Se a declaração de hipossuficiência demanda poderes especiais e declaração específica, para se pleitear o divórcio, notadamente em concessão liminar, *inaudita altera partes*, não?

Se para a ação de divórcio consensual se exige a assinatura dos consortes na inicial, ou manifestação pessoal perante o juiz, se dispensaria tal manifestação pessoal e inequívoca, que é personalíssima, da parte Autora, notadamente em se tratando de um direito potestativo?

CPC, Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida **em petição assinada por ambos os cônjuges**, da qual constarão:

> Se o casamento (que é nascimento de vínculo jurídico) por procuração, exige instrumento público, com poderes especiais, não se exigiria ditos poderes especiais, com declaração expressa à vontade, no mandato *ad judicia* para o divórcio, que seria a desconstituição do vínculo jurídico inicialmente criado, ainda que por manifestação unilateral, por ser direito subjetivo potestativo?
>
> CC, Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

> § 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.
> § 2º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.
> § 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.
> § 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato

Ao que parece, e esta é a minha convicção, que a inicial de divórcio litigioso, para se conceber uma manifestação de vontade, personalíssima, atrelado ao direito material, deve ser dada pela parte, na própria petição inicial e, se por mandatário judicial, deverá haver poderes especiais e menção expressa da manifestação de vontade unilateral e potestativa de se divorciar, indicando a pessoa do consorte.

Para finalizar, cito passagem do Prof. José Carlos Barbosa Moreira:

> O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se, para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço.[240]

Deste modo, concluo que o divórcio, ainda que manifestação de direito subjetivo potestativo, não é passível de ser concedido em tutela da evidência, admitindo-se, preenchidos e comprovados os requisitos para tanto, ser concedido em julgamento antecipado parcial de mérito, observada a necessária manifestação pessoal e inequívoca da parte Autora (ao menos) subscrevendo a inicial, e se, através do patrono, mediante poderes especiais e expressa declaração da vontade de se divorciar, indicando o consorte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015 – de acordo com a Novo CPC – Lei 13.105/2015. Revisora Thereza Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4. ed. Brasília:Ednunb – editora Universidade de Brasília, 1994.
CALMON, Rafael. Manual de direito processual das famílias. 3. ed. 2.ª Tiragem. São Paulo: SariavaJur, 2023
DIDIER JR, Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora JusPdivm, 2024. v. 2.
DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 897.
DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 20. ed. São Paulo: SARAIVAJUR, 2024.
DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência – probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020.
FREITAS CÂMARA, Alexandre. Manual de direito processual civil. 3.ed. revista e atualizada. Barueri: Atlas, 2024.
KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
LÔOBO, Paulo. Direito civil: famílias. 14. ed. São Paulo: SariavaJur, 2024.
MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 4. ed.. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. p. 330.
MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 147 e 148.
NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 21. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.
THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 52. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

[240] Apud https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/363449/tutela-provisoria-inaudita altera parte-para-decretação do divórcio. FREITAS CÃMARA, Alexandre Feritas; HIL, Flávia Pereira.

CRÍTICA À POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO REGIME DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA.

José Chapoval Cacciacarro[241], Luís Mauro Lindenmeyer Eche[242]

INTRODUÇÃO

O Brasil, não apenas por meio de adesão a tratados internacionais, incorporou, a partir da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana como vetor normativo que orienta todo o arcabouço legal, auxiliando na função de interpretação da gama de direitos fundantes.

Não obstante, diversas normas infraconstitucionais continuam a prever deveres e obrigações incompatíveis com o estado constitucional atual. Embora seja notório que o Direito é mera sombra da realidade, uma vez que inviável que a atualização legislativa a acompanhe de perto, há um incômodo generalizado na comunidade jurídica entre o descompasso da jurisprudência com a realidade social. Malgrado a necessidade de amadurecimento dos temas seja importante para garantir a estabilidade jurídica que se espera num ordenamento focado, atualmente, em precedentes qualificados, ainda assim essa demora na atualização dos entendimentos em temas sensíveis acaba por densificar a incerteza, o que reflete na beligerância e na instabilidade das relações sociais.

Uma dessas previsões jaz no art. 1641, III, do CC, por meio da qual se impunha aos septuagenários que contraíssem matrimônio o regime obrigatório de separação de bens. A finalidade da norma, na ótica do legislador, residiria numa pseudoproteção da pessoa idosa, que poderia vir a ser vítima de investidas ilegítimas contra seu patrimônio por não renuir condições cognitivas plenas para discernir adequadamente sobre suas escolhas.

Como se verá ao longo do presente artigo, a previsão é manifestamente inconstitucional porque cria uma espécie de incapacidade *iuris et de iure* pela simples e exclusiva condição de septuagenário. Ou seja, há um tratamento preconceituoso e ilegítimo em desfavor da pessoa idosa violando frontalmente a dignidade da pessoa humana com base na sua idade.

1 DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos são prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Quando ao termo se agrega o adjetivo "fundamental", passa a indicar uma situação jurídica sem a qual a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2011, p. 182).

Há certo debate sobre a origem dos direitos humanos. Enquanto há autores que reputam o seu nascedouro a tempos imemoráveis como as Leis de Eshnuma[243] ou o Código de Hamurabi[244] (Almeida, 1996, p. 42-49), a grande maioria centra o debate entre a Magna Carta, de 1215, do Rei João Sem Terra ou a Revolução Francesa, de 1789. Enquanto João Sem Terra outorgou direitos e liberdades, antes centradas no monarca, aos seus súditos – em que pese essa concessão tenha atingido essencialmente os barões –, a Revolução Francesa fez surgir o termo "Direitos do Homem", afora representar uma apropriação do poder político por uma classe social emergente, proclamando e assegurando direitos da primeira geração.

---

[241] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Especializado em Direito Civil. e Processo Civil Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7711447124716871

[242] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Bacharel em Direito. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/9033517005345025

[243] Que previa salário mínimo para determinadas categorias de trabalhadores, regulava preços, limitava juros, etc.

[244] Que mesmo sendo monarca da região da Babilônia, editou o código limitando, pela lei, seus próprios poderes e de seus descentes.

Como bem lembra Nobre Júnior (2000, p. 185), a personalidade foi a instituição sobre a qual sempre gravitou a experiência jurídica das comunidades, imputando-lhe a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, tendo o "eu" como ideia central, as primeiras sociedades estruturadas trataram com maior preocupação da proteção de direitos da primeira dimensão, como o da propriedade, o da liberdade e da vida. Posteriormente, muito por conta da influência cristã e do iluminismo, houve uma superação do olhar individualista do homem, passando-se a valorar aspectos humanistas como a fraternidade e a solidariedade, que passaram a ser protagonistas nas democracias modernas. Diante do avanço das comunidades democráticas, outras dimensões de direito foram surgindo, até se perceber a necessidade de se voltar ao indivíduo como centro do sistema, não mais sob uma ótica individualista, mas o colocando como centro indissociável de um todo maior. A partir dessa concepção, percebe-se a necessidade não apenas de respeito aos direitos individuais propriamente ditos como a imprescindibilidade de se garantir um meio adequado para o exercício desses direitos naturais e fundamentais. Ou seja, o Estado passa a ter uma posição de prestador-garantidor. Eis o nascedouro da dignidade da pessoa humana. Para ser digno não basta a garantia de direitos tidos por essenciais, como também é necessário prover esses direitos e fornecer um meio adequado para que eles se desenvolvam.

No campo positivo, apenas passamos a ver de forma expressiva a ascensão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental das sociedades modernas após os horrores vivenciados com a 2ª Guerra Mundial. Apenas a título exemplificativo, podemos citar a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1978) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

No âmbito interno, a dignidade humana, ademais de lastreada em normas de Direito Convencional, veio estampada na atual ordem constitucional brasileira como base estruturante do próprio Estado (art. 1º, III, da Constituição Federal). A bem da verdade a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais, o fez, de maneira inovadora, antes de tratar da formação do Estado trazendo a clara mensagem de que a formação e existência dos indivíduos precede a criação e a formação da organização dos Estados.

Ocorre que não há consenso doutrinário ou filosófico acerca do conceito da dignidade da pessoa humana. O seu núcleo varia de acordo com as próprias bases socioculturais daqueles que se dedicam a estudar o tema. Como bem pontua Sarmento (2016, p. 57), "*aquele que interpreta um princípio jurídico como a dignidade da pessoa humana inevitavelmente projeta nesta atividade juízos morais. Neste contexto, debilita-se a distinção tradicional da teoria jurídica entre a descrição do Direito como ele é e a prescrição sobre como ele deveria ser*". A dignidade da pessoa humana é um tema que, por sua própria natureza, reclama análise multifatorial, envolvendo espectros de diversas áreas do saber.

Daí o relevo das ponderações apresentadas por Sarlet (2006) quando apresenta sua definição de dignidade da pessoa humana. Isso porque ele leva em conta tanto o aspecto intrínseco da dignidade (o sujeito considerado em si mesmo), como pondera a intersubjetividade inerente ao indivíduo inserido em comunidade e a função prestadora-garantidora do Estado. Eis a conclusão do renomado constitucionalista:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[245]

[245] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

Também se mostra muito prudente a adesão às críticas elaboradas por Sarmento (2016) acerca do uso indiscriminado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Após musculoso estudo sobre a dignidade da pessoa humana, ele faz um alerta de vital importância para o aprimoramento do princípio, no sentido de brecar o seu uso desmedido e sem embasamento teórico, sob pena de subverter o próprio sistema constitucional posto. Conclui Sarmento:

> A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental que tem enorme potencial para a proteção da personalidade humana, em todas as suas dimensões. Porém, o princípio não pode continuar sendo usado como uma fórmula retórica flácida, maleável de acordo com as preferências do intérprete, nem tampouco como um artifício para a imposição de modelos de "vida boa" às pessoas, ou para a preservação de privilégios e hierarquias entrincheiradas. (...).
> Tal princípio, corretamente compreendido e aplicado, converte-se em um poderoso instrumento em favor da inclusão e do respeito a todas as pessoas nas estruturas sociais e nas relações intersubjetivas. Porém, seria inocente supor que a correta interpretação do princípio constitucional seja por si só capaz de equacionar todos os gravíssimos problemas que afetam a dignidade humana no Brasil. Afinal, tais problemas não são apenas jurídicos, pois estão profundamente enraizados em nossa cultura e nas estruturas sociais, econômicas e políticas do país.[246]

Por fim, ao que interessa ao presente artigo, é de se externar expressamente a filiação à tese doutrinária de que, assim como todo e qualquer direito no ordenamento pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana, embora espinha dorsal do próprio Estado Democrático Brasileiro, não é absoluto, encontrando temperamentos e limites na própria Constituição. Isso porque o constituinte originário optou por elencar diversos princípios fundamentais de igual envergadura visando atender um maior número de situações possíveis e inimagináveis. É apenas a partir da análise casuística e crítica que se será viável aferir qual desses princípios deve preponderar, caso seja inviável o convício harmônico entre eles. Aliás, é da essência do exegeta adotar os princípios interpretativos do efeito integrador e da unidade da Constituição Federal, garantindo a coexistência desses princípios estruturantes do Estado. Segundo preceitua J. J. G. Canotilho:

> na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favorecem a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.[247]

Embora o tema seja controverso, inclusive no plano internacional[248], há renomados autores que aderente à tese da inexistência de direito fundamental absoluto, podendo serem citados Robert Alexy[249], Luís Roberto Barroso[250] e Ingo Sarlet[251]. Aliás, esse pondo de vista favorece a própria posição que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de sua existência.

---

[246] SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 339-340.
[247] **Direito Constitucional e teoria da Constituição, 6. ed.** Coimbra: Almedina, 1993. p. 227.
[248] Ver, por todos, SARMENTO, op. cit. p. 94-98.
[249] **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111-114.
[250] **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 68.
[251] *Op. cit.* p. 124-141.

2 A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS

Embora haja países que enaltecem e prestigiam seus anciãos, essa não é uma realidade presente no Brasil. O idoso por muito tempo sempre foi considerado sujeito de direitos de segundo categoria, relegado pelo Estado a sua própria sorte. Basta atentar para os deficientes sistemas previdenciário, de saúde e a ausência completa de uma política de apoio e bem-estar exclusiva para essa faixa etária.

Esquece-se que o idoso contribuiu para a construção da sociedade, não podendo ser" descartado "pelo simples fato de ter envelhecido biologicamente, pois suas experiências, vivências, valores sociais, culturais, devem ser reconhecidos (Gottert e Argerich, 2013, p. 161). Vicissitudes da adoção de um sistema capitalista falho que apenas vê valor em ativos que produzem e movimentam a economia no seu espectro material.

Justamente por conta dessa visão distorcida de encarar as pessoas idosas como um passivo social, vivenciamos distorções no ordenamento pátrio, malferindo direitos da personalidade da pessoa humana, exclusivamente pelo critério da senilidade. Não por menos, a sociedade internacional se viu na obrigação de elaborar texto normativo resguardando expressamente a pessoa idosa, uma vez que, em diversos países, a eles não se garantiam os mesmos direitos garantidos aos demais cidadãos, ou - o que lhe equivale – não atentava para as peculiaridades afetas às pessoas de idade avançada, negando a aplicação do princípio da isonomia no substrato substantivo.

Nessa vereda, a Organização dos Estados Americanos aprovou, em 2015, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, cujo documento, em análise de subscrição para incorporação no Brasil, desde 25 de outubro de 2017, data em que foi apresentado na Câmara de Deputados, prevê como importante princípio geral "A dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso" (artigo 3º, alínea "c", da Convenção). Merece destaque o detalhamento do direito à independência e à autonomia, lançado no artigo 7º da referida norma internacional:

> ARTIGO 7º Direito à independência e à autonomia Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos. Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas. Em especial, assegurarão: a. O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos; b. Que o idoso tenha a oportunidade de escolher seu lugar de residência e onde e com quem viver, em igualdade de condições com as demais pessoas, e não se veja obrigado a viver de acordo com um sistema de vida específico; [...]

No âmbito interno, a partir da Constituição Federal de 1988, já se colocava, ao menos formalmente, a salvo a pessoa idosa, uma vez que o art. 230 estabelece o seguinte: *"A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."*

Ademais, com o advento da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), houve a preocupação da criação de uma especial proteção ao maior de 60 (sessenta) anos, reconhecendo-lhe a garantia a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 2º). Para além disso, o Estatuto, em seu artigo 9º, reafirmou a posição de o Estado agir na função de prestador-garantidor da dignidade da pessoa da pessoa idosa. Como ressalta Freitas Júnior (2011, p. 11):

> o próprio Estatuto do Idoso, no artigo 9º, estabelece ser obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, por meio de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. Repete-se, aqui, a obrigação de observância da dignidade da pessoa humana, cujo conceito abrange a obrigação do poder público em conceder ao cidadão todos os direitos preconizados na própria Constituição Federal, como, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação, à segurança, às condições mínimas de higiene, a uma moradia saudável, à alimentação

No mesmo viés, Rocha (2011, p. 538) sustenta que "o envelhecimento também há de ser visto como direito personalíssimo e sua proteção como direito social, permitindo, assim, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana em todas as idades".

Não obstante a isso, mesmo diante de todo esse arcabouço normativo, nos deparamos, por vezes, com normas que desprezam integralmente essa tutela constitucional e colocam o idoso, por critério exclusivamente etário, em situação de subordinação.

3 A CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO. O ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL E SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

Traçadas essas bases normativas como premissas inaugurais, importa analisar a premissa subjacente, diretamente relacionada à capacidade civil da pessoa, à luz do Direito brasileiro.

Com efeito, a regra estampada no art. 1º do Código Civil é a da capacidade plena da pessoa. É dizer, a incapacidade, seja ela total (absoluta) ou parcial (relativa), dá-se nas hipóteses (e somente nelas) de: menor de 16 (dezesseis) anos (art. 3º do CC); entre esta idade e os 18 (dezoito) anos incompletos; ébrios habituais e toxicômanos; pródigos; e os que não podem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente (art. 4º do CC).

Como dito, as circunstâncias que tolhem, no todo ou em parte, a capacidade civil do indivíduo, decorrem de rol taxativo previsto em lei, hipóteses que se exaurem nos já mencionados arts. 3º e 4º do Código Civil. Assim, a possibilidade de mitigação da capacidade civil do sujeito por distinção etária está restrita à pessoa menor de 18 (dezoito) anos.

Aliás, tamanha é a preocupação do estado constitucional atual com a preservação e resguardado da capacidade e individualidade da pessoa humana que o ordenamento jurídico interno incorporou importante revolução no sistema de capacidade civil ao mitigar os institutos da curatela e interdição, tendo por foco o resguardo maximizado das pessoas com deficiências, com especial atenção à sua liberdade e dignidade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência obrigou que a jurisprudência até então vigente fosse superada no sentido de não mais conferir às pessoas com enfermidade ou deficiência o status de pessoas absolutamente incapazes. Isto é, sendo a decretação da incapacidade medida excepcional e não absoluta, dever-se-á analisar, no caso em concreto, quais as necessidades do interditando a partir do qual deverá ser examinada a pertinência ou não da curatela[252].

---

[252] Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3° E 4° DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente**. 2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. 4. **Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015**

Não obstante todo esse avanço legislativo e jurisprudencial, quando se trata da pessoa idosa, o ordenamento pátrio vai em sentido oposto.

Com efeito, a interpretação literal do art. 1.641, II, do Código Civil dá conta da criação, ainda que não expressa, de hipótese de incapacidade civil, presumindo a debilidade e impondo condição limitante ao idoso, pelo simples fato de se alcançar a septuagenariedade.

Aduza-se que malgrado se possa defender a inserção desse instituto quando da edição do Código Civil de 1916, quando a expectativa de vida média do brasileiro gravitava em torno de 34 anos[253], a manutenção dele quando do advento do Código Civil de 2002, quando a expectativa de vida já atingia os 71 anos, somente revela o tratamento preconceituoso dispendido pela sociedade em desfavor da pessoa idosa. Trata-se da positivação do etarismo.

Logo, diante desse panorama, tem-se que a adoção, no casamento (ou imputação, no caso de união estável), obrigatória do regime de separação de bens, prevista no art. 1.641, II, do Código Civil, não se coaduna com a ordem normativo-constitucional posta, primeiramente, pela clarividente negativa à aplicação plena do princípio superior da dignidade humana à pessoa idosa.

E, também, porque tal previsão vai de encontro ao objetivo fundamental da República constante no artigo 3º, IV da Constituição, *verbis*: "Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação".

Por derradeiro, o tratamento heterônomo indevidamente conferido pelo dispositivo em voga, também afronta o princípio da isonomia, acolhido no *caput* do artigo 5º da Constituição.

Nesta senda, escoliam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1.247-48):

> Este artigo, em nosso sentir, desafia o jurista a tentar realizar uma interpretação constitucional, especialmente na perspectiva do superior princípio da isonomia.
> Aliás, vamos além: esse dispositivo, posto informado por uma suposta boa intenção legislativa, culmina, na prática, por chancelar situações de inegável injustiça e constitucionalidade duvidosa.
> (...)
> A segunda situação prevista na norma é absurda e, no nosso entender, de constitucionalidade duvidosa.
> A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o "golpe do baú" não convence.
> E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.
> Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme à Constituição.
> Muito pelo contrário.
> O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.
> Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade!
> Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas idoso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição e direitos, simplesmente por conta da sua idade.
> Aliás, (...) com 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário original de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de ministro!
> E não poderia escolher livremente o seu regime de bens?
> Não podemos tentar encontrar razão onde ela simplesmente não existe.

---

estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto. 5. Recurso especial provido. (STJ – Resp. 1.927.423 / SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021). (grifou-se)

[253] Em 1910, segundo o IBGE, a expectativa de vida do homem era de 33,4 anos e da mulher era de 34,6 anos, vide https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/seculoxx.pdf

> Nessa linha, concluímos pela completa inconstitucionalidade do Dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a lei dispõe de mecanismos para se verificar e atestar elementos circunstanciais que impeçam e pessoa de gerir, total ou parcialmente, seus bens ou os meros atos da vida civil. À casuística é que deve se encarregar de fazer a análise individualizada, pautada em critérios subjetivos e individuais, não cabendo ao legislador presumir condição incapacitante (e, assim, impô-la no texto legal) da pessoa, independentemente da idade que possua, uma vez que pautado em critério meramente objetivo e geral. Ao fazê-lo, pela simples condição de senilidade, há manifesta violação aos direitos da personalidade da pessoa idosa, maculando sua dignidade.

Em palavras mais singelas, o idoso, pela simples condição da senilidade – critério objetivo e geral, sem análise casuística – é considerado, pelo ato normativo em testilha, como incapaz de tomar decisão acerca do regime de bens pretendido, o que, em última análise, traria consequências meramente patrimoniais. É dizer que, pela senilidade, não está apto a tomar decisões com impactos puramente patrimoniais, embora, contraditoriamente, a mesma lei lhe garanta a livre disposição sobre todo seu acervo patrimonial. Isto é, ele pode realizar qualquer ato de disposição do seu patrimônio, porém, por simples capricho do legislador, não pode decidir compartilhar ele com a pessoa com quem contrairá núpcias.

Caio Mário da Silva Pereira, de maneira muito lúcida, traz luzes à problemática discriminatória criada pelo legislador ao realizar a seguinte reflexão:

> esta regra [do art. 1.641, III, CC] não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.[254]

Aliás, esses robustos argumentos foram os utilizados para a edição do Enunciado n. 125 da I Jornada de Direito Civil, datada de 2003, que também conclui pela inconstitucionalidade da norma. As justificativas para a edição do enunciado foram as seguintes:

> A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/1988). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses".

Por último, calha colocar em palavras algo que geralmente permanece na penumbra: não há ilícito civil em utilizar a fortuna como atrativo matrimonial. A estabilidade financeira de um dos consortes não pode, por si só, servir de empecilho para o exercício de sua autonomia da vontade pelo fato de optar por se unir a alguém que se encontra no arroubo da juventude. Segundo já apregoava Silvio Rodrigues:

> Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social

[254] Instituições de Direito Civil - Direito de Família. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 225.

> de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.[255]

Aduza-se que é arcaico e incompatível com o sistema constitucional e convencional atual o fundamento teleológico da norma prevista no art. 1.641, II, do CC que visava impedir que o patrimônio funcionasse como incentivo para que alguém mais jovem entrasse em conúbio com um idoso. Tal premissa realoca a pessoa idosa em uma situação de subordinação e dependência, como se não mais fosse detentor da totalidade dos seus direitos de personalidade pelo só fato de atingir determinada idade.

Mesmo que se parta da existência desse incentivo patrimonial, é de ser ponderado que toda a união consiste, em última análise, em um contrato, a partir do qual ambos os contratantes assumem direitos e obrigações. Se, por um lado, o sujeito idoso está a oferecer o patrimônio como ativo, do lado contrário está o outro consorte que, muitas vezes, está dispondo da sua própria juventude em prol da união. Aqui não se está a discutir eventual (i) moralidade desse negócio, busca-se, apenas, apresentar a realidade tal qual, invariavelmente, se apresenta no plano fenomênico e frente a qual não se pode fechar os olhos.

Portanto, se essa união decorre de algum vício de consentimento, fraude ou abuso, o próprio Código Civil já fornece outros instrumentos absolutamente capazes de frear a prática do ilícito, e o faz de forma geral e competente, dispendendo tratamento igualitário a todo e qualquer cidadão, sem qualquer vício de etarismo.

De todo modo e por qualquer ângulo de observação, norma que preveja uma incapacidade parcial *iure et iure,* alicerçada exclusivamente em critério etário apenas revela o preconceito da sociedade para com o idoso, taxando-o como alguém incapaz de reger-se. Portanto, a norma merece todas as críticas que a ela se dirigem.

4 DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO DO JULGAMENTO DO TEMA N. 1.236. DA PROTEÇÃO INEFICIENTE AO IDOSO

Contrariando a doutrina majoritária, ao invés de considerar a norma prevista no art. 1.641, II, do Código Civil como inconstitucional, endossando a crítica de quase toda a doutrina especializada no tema e que se densificou nas últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal inovou ao apresentar tese jamais cogitada, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.309.642/SP, com a Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso (Tema 1.236).

Concluiu a Egrégia Corte que o art. 1.641, II, do Código Civil, antes de prever uma norma cogente, traz uma norma de natureza privada, facultando-se às partes, por mera convenção, afastar seu conteúdo. Além disso, condicionou o exercício dessa opção (afastamento do regime obrigatório / legal da separação de bens) à lavratura de escritura pública, junto ao tabelionato de notas. Por fim, franqueou a alteração do regime vigente daqueles idosos que já se encontram casados pelo regime de separação de bens, desde que mediante o ajuizamento de ação judicial, com a particularidade de que os efeitos patrimoniais apenas surtirão efeitos para o futuro.

Porém, a decisão, com a devida vênia, padece de ilegalidades/inconstitucionalidades de diversas ordens. Senão, vejamos:

4.1 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A decisão em comento contraria o texto expresso da norma. Basta atentar que o regime era denominado "separação obrigatória de bens" justamente porque não se admitia disposição de

[255] **Direito Civil. Direito de Família. 24. ed.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

vontade em sentido contrário. A norma é expressa quanto à sua natureza uma vez que traz em sua redação a locução "é obrigatório" o regime de separação ao septuagenário. Ou seja, não há margem de disposição ou mesmo de interpretação.

Não há dúvidas acerca da existência de normas com palavras e expressões polissêmicas, ambíguas ou mesmo o uso de termos que podem ter seu significado alterado com o passar do tempo. É justamente a existência dessa margem interpretativa que legitima o julgador a decidir em um ou outro sentido.

Todavia, em se tratando de norma clara e objetiva, sem espaço para interpretação, negar vigência ao texto da lei importa em romper o princípio da separação dos poderes uma vez que a decisão judicial resultará em verdadeira inovação legislativa. Jamais pode o exegeta interpretar "não" como "sim", "e" como "ou", "obrigatório" como "facultativo" e assim por diante. Logo, com o devido respeito à Corte Suprema, a conclusão viola a separação dos poderes (art. 2º da CF). Aduza-se que essa constatação é presente inclusive no âmbito do próprio STF que sempre negou pedidos de interpretação conforme quando em análise normas de sentido unívoco. Apenas a título exemplificativo, podemos citar ADI n. 1344[256], Rel. Min. Moreira Alves, ADI 3046[257], de Rel. Min. Sepúlveda Pertence e a ADI n. 3026[258], de Rel. do Min. Eros Grau.

No caso, sequer se mostra viável advogar que a decisão do Supremo Tribunal Federal configura exemplo de uma jurisprudência *contra legem* como fonte normativa. Isso porque, para ser considerada legítima, essa decisão deve ter por escopo a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, erradicando desigualdades, extraindo absurdos axiológicos ou mesmo extirpar normas que contrariem direitos fundamentais. Atienza (2003, p. 151), expondo a visão de MacCormick, bem define os requisitos para a idoneidade da jurisprudência *contra legem* enquanto fonte normativa:

> ... quando o texto contém uma contradição lógica, de forma tal que não haja nenhuma possível leitura capaz de afastá-la, mas também quando um absurdo axiológico, isto é, quando a interpretação linguística da lei faz com que o texto seja frustrante com relação a seus próprios jurídicos ou da justiça em abstrato, ou do senso comum.

Contudo, como será ainda mais ressaltado, a decisão em comento tutelou apenas parcialmente e de forma tímida a pessoa idosa, permanecendo vigente a afronta à dignidade da pessoa septuagenária. Logo, não pode ser considerada como disruptiva a ponto de ser considerada legítima.

4.2 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Para além da violação da separação dos poderes, a conclusão a que chegou o Tribunal acaba por violar o princípio da isonomia no aspecto substantivo. Ao invés de facilitar o uso e exercício da liberdade da pessoa idosa, incutiu a ele diversos requisitos legais e burocráticos para que esse

---

[256] Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. (...). Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só e utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma e unívoco, como sucede no caso presente. (...). (ADI 1344 MC, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18-12-1995, DJ 19-04-1996 PP-12212 EMENT VOL-01824-01 PP-00137).

[257] I. Ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a) e representação por inconstitucionalidade estadual (CF, art. 125, § 2º). (...). III. Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição. (ADI 3046, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2004, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-03 PP-00017 RTJ VOL-00191-02 PP-00510).

[258] A interpretação conforme a Constituição é técnica a ser utilizada por esta Corte quando, diante da existência de duas ou mais interpretações possíveis, uma delas seja eleita como a ajustada ao texto constitucional. O requerente não aponta as múltiplas interpretações que originar-se-iam do preceito, mesmo porque este é tão sucinto que não comporta múltiplas interpretações. Não há, no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto

exercício gere efeitos jurídicos. Ou seja, se subverteu a aplicação dos princípios que deveriam reger e proteger a pessoa idosa, de modo que, novamente, partiu-se de uma premissa equivocada e preconceituosa no sentido de que toda e qualquer pessoa septuagenária ostenta uma autonomia limitada e que reclama uma atuação protetiva do Estado, mesmo que isso contrarie sua vontade.

A concepção material de igualdade remonta ao pensamento clássico de Aristóteles, segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida da desigualdade e, a despeito dessa fórmula aristotélica, fato é que essa concepção material pressupõe a adoção de critérios distintivos justos e razoáveis, sendo esse o sentido correto em que o princípio da igualdade material deve ser compreendido atualmente.

O que é interessante é que o princípio da igualdade não impõe ao legislador o dever de conferir tratamento idêntico a todos – igualdade absoluta - o que poderia se revelar injusto. Conferir tratamento idêntico em direitos e deveres para crianças, adultos e idosos seria o mesmo que conferir tratamento desigual e injusto.

A ideia de igualdade material impõe aos poderes públicos o dever de adotar medidas concretas para a redução ou compensação de desigualdades existentes no plano fático (princípio da igualdade fática). Nesses termos, é concebida como "um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas" e que, por conseguinte, "demanda iniciativas concretas em proveito de grupos desfavorecidos" (Sarmento, 2006).

O princípio da igualdade não exige que o legislador trate todos exatamente da mesma forma, mas também não permite toda e qualquer diferenciação. A partir dessa perspectiva, a intervenção no direito à igualdade ocorre quando se confere tratamento igual a situações essencialmente desiguais ou tratamento desigual a situações essencialmente iguais (Sarlet *et ali*, 2012).

Ou seja, para ser legítima, a restrição à igualdade deve encontrar justificativa constitucionalmente adequada, ou melhor, que a medida passe pelo crivo da proporcionalidade, de modo que, neste particular, a igualdade costuma ser relacionada à proibição de arbítrio.

Assim, pelo que se percebe, ao conferir tratamento diferenciado aos idosos quanto à capacidade para adoção de decisão com impacto exclusivamente sobre seu patrimônio sem que, para tanto, existe uma situação fática que confira fundamento idôneo, o que se tem é, sem meias palavras, verdadeiro arbítrio estatal, pautado em critério unicamente discriminatório em razão da idade do septuagenário.

5 DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E IMEDIATAS DA DECISÃO DO STF

É de se ponderar que o questionado julgamento da Corte Suprema afastou a obrigatoriedade do regime de separação de bens, tornando-o facultativo, vez que admite que, por escritura pública os nubentes escolham regime de bens diverso. Ou seja, após referido julgamento o regime da separação de bens deixou de ser obrigatório e passou a ser, apenas, legal, passando a coexistir no sistema jurídico atual brasileiro dois regimes de bens legais, quais sejam, a separação obrigatória (para as hipóteses previstas no art. 1.641, I e III, do Código Civil) e a separação não obrigatória (para a hipótese prevista no art. 1.641, II, do Código Civil).

Além disso, a Suprema Corte, ao não declarar inconstitucional o regime obrigatório da separação de bens, deixou de sepultar o tratamento diferenciado conferido pela jurisprudência para os regimes de bens da separação convencional e o da separação legal. Diferença de tratamento está decorrente, justamente, da constatação de que no primeiro regime os cônjuges, por escritura pública, optam pelo regime da separação, ao passo que, no segundo, há uma imposição legislativa de aplicação de um regime não desejado.

Com base nessa premissa – a de que no regime da separação legal de bens há uma mitigação da vontade dos nubentes – a jurisprudência caminhou no sentido de, cada vez mais, mitigar os efeitos patrimoniais da imposição do regime de bens, chegando à edição das Súmulas 377 do próprio STF: "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do

casamento" e Súmula n. 655 do STJ: "Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum".

O que se percebe é que a jurisprudência, sobretudo do próprio Supremo Tribunal Federal, justamente por entender que a imposição de um regime de separação de bens obrigatório tolhia a capacidade de escolha patrimonial dos nubentes, passou a aplicar, na prática, as regras típicas da comunhão parcial de bens para referido regime de bens, com algumas pequenas adaptações.

Com efeito, a aplicação da comunhão de bens passou a ser admitida se presentes dois requisitos: a) em casos de bens adquiridos onerosamente (o que em nada se difere do regime da comunhão parcial de bens) e b) a necessidade de comprovação de esforço comum para a aquisição do referido bem (o que difere o regime da separação legal de bens do regime da separação convencional de bens).

Neste sentido, vide posicionamento do STJ no tocante à atual interpretação da Súmula 377 do STF:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. *1.641*, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. *1.641*, *II*, do *Código Civil de 2002*, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. *259* do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (STJ - EREsp: 1623858 MG 2016/0231884-4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/05/2018 RSTJ v. 251 p. 416).

Assim, enquanto no regime da separação legal de bens vigora a presunção relativa de ausência de esforço comum entre os cônjuges para aquisição onerosa dos bens, admitindo-se, entretanto, a produção probatória e atraindo para aquele que alega a existência do esforço comum o ônus processual de sua comprovação, no regime da comunhão parcial de bens presume-se, de maneira absoluta, que há esforço comum dos cônjuges para a aquisição onerosa dos bens, impedindo-se, como regra, que haja produção probatória em sentido contrário.

Somente em casos excepcionalíssimos a regra da presunção absoluta pode ser amenizada de acordo com a casuística quando demonstrada a ausência de contribuição indireta, seja por meio de comportamentos abusivos e da inexistência de contribuição financeira.

Contudo, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal o argumento jurídico e finalístico no qual se baseava esse tratamento diferenciado ao regime de separação legal não mais persiste. Ou seja, se o septuagenário contrair núpcias e não deliberar por outro regime de bens, o faz por livre e espontânea vontade, e não por imposição legal.

Portanto, aparentemente se tem por superadas as vigências das Súmulas n. 377 do STF e da Súmula n. 655 do STJ.

Essa situação de insegurança jurídica criada a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal reclama pronta manifestação da Corte, devendo esclarecer se houve a superação do seu entendimento (*overruling*), ou se o entendimento aplicado mantém – por algum argumento não explicitado – vigente o teor do verbete da Súmula n 377 e em qual extensão.

6 DAS PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL. NOVO CAPÍTULO DA DISCUSSÃO.

Embora tenha sido festejada por parte da doutrina a decisão proferida pelo STF, como se viu, ela está longe de assegurar, de forma plena, a tutela da pessoa idosa. O avanço foi absolutamente tímido quanto mais diante do atual estágio democrático e de proteção de direitos humanos em que o Brasil se encontra.

A esperança, após a decisão do Supremo, reside na Comissão de Reforma do Código Civil, que está incumbida de atualizar o diploma.

De início o grupo de estudo formulado para atualizar a parte referente ao Direito de Família, no que interessa ao presente artigo, apresentou pelo menos duas propostas de alteração do regime de separação legal, uma de autoria do Professor Flávio Tartuce e uma segunda apresentada pela Professora Rosa Maria de Andrade Nery.

A primeira delas, defendida por Tartuce, consiste na retirada da separação obrigatória/legal do regime de bens do sistema, em todas as hipóteses, fazendo com que as questões relativas a fraudes sejam resolvidas pelos institutos da Teoria Geral do Direito Civil, e de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, sem sacrificar a vontade de todas as pessoas com idade superior a setenta anos. É mantida, e até ampliada, ademais, a hipoteca legal em favor dos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias ou estabelecer união estável, antes de fazer o inventário do casal anterior (art. 1.489, inc. II, do Código Civil).

Já a proposta apresentada por Rosa Nery é no sentido de retirar a imposição do regime da separação obrigatória / legal de bens para a pessoa com idade superior aos setenta anos, mantendo-se, apenas, para as atuais previsões do art. 1.641, incs. I e III, ou seja, quando presente uma causa suspensiva do casamento ou quando o casamento depender de suprimento judicial. Inclui-se, ainda, um novo art. 1.641-A na codificação privada, prevendo que "é vedado o regime da comunhão universal de bens no casamento ou na união estável para os maiores de 80 anos, que tenham herdeiros necessários"[259].

Diante do aqui exposto, é manifesta nossa preferência pela proposição apresentada por Tartuce. Ela coloca o idoso na posição de sujeito de direitos que a Constituição Federal lhe assegura, prestigiando sua dignidade. Talvez – e aqui registramos uma sugestão – não se devesse limitar a hipoteca legal, no caso de pendência de inventário, a bens imóveis considerando que há inúmeros casos em que o patrimônio é constituído por ativos financeiros, propriedade intelectual e outros bens móveis. Todavia, essa é uma questão menor diante do avanço na proteção da pessoa idosa.

Ela, aliás, acabou sendo a proposta escolhida pela Comissão de Reforma do Código Civil e que, agora, segue para análise do Congresso Nacional.

Contudo, no atual cenário sociopolítico, particularmente pelo aumento do espectro de direita do Congresso Nacional, a proposta da professora Rosa Nery aparentemente figura como favorita, uma vez que preserva um ideário de "proteção a pessoa idosa", ainda prevalente na sociedade. Ainda que não seja a proposta ideal, ainda assim ela trará algum avanço e acabará por complementar a posição fixada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, caso aprovada, as pessoas idosas poderão livremente escolher o regime de bens, a menos que contem com 80 anos de idade e tenham herdeiros necessários, ocasião em que ficará limitado o direito de escolha, excluindo-se, apenas, o regime da comunhão universal.

CONCLUSÃO

[259] As propostas foram divulgadas por Flávio Tartuce na coluna Família e Sucessões, do portal Migalhas: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/402474/decisao-do-stf-sobre-o-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens , Acesso em: 03 mar. 2024.

O Brasil incorporou a partir da Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana como vetor normativa para orientar a interpretação de todo o arcabouço legislativo, entretanto, persistem no ordenamento jurídico, diversas normas infraconstitucionais incompatíveis com o estado constitucional de direito atual sendo que, uma dessas previsões encontra-se no art. 1641, III do CC que disciplinava a obrigatoriedade do regime da separação de bens aos septuagenários que contraíssem matrimônio, com o argumento legislativo de uma suposta proteção da pessoa idosa, evitando que fosse vítima de investidas ilegítimas contra seu patrimônio, criando uma espécie de incapacidade *iuris et de iure* pela simples e exclusiva condição de septuagenário.

Em que pese não haja consenso acerca do conceito doutrinário ou filosófico da dignidade da pessoa humana, uma vez que seu núcleo sofre variações de acordo com as bases socioculturais daqueles que se debruçam a estudar o tema, tema este que tem por essência a aptidão de reclamar análise multifatorial, envolvendo diversas áreas do saber, se torna especialmente relevante entender as ponderações apresentadas por SARLET (2006) que considera o sujeito considerado em si mesmo (aspecto intrínseco da dignidade) e o sujeito inserido na comunidade (aspecto extrínseco da dignidade), ao mesmo tempo em que se torna primordial entender que o uso desmedido do princípio da dignidade da pessoa humana pode subverter o sistema constitucional, de modo que se torna essencial a compreensão de que referido princípio não é absoluto, encontrando temperamentos e limites na própria constituição, cabendo a análise casuística e crítica para a compreensão acerca da ponderação dos princípios constitucionais, em caso de impossibilidade harmônica entre eles.

No Brasil, por muito tempo, o idoso foi considerado sujeito de direito de segunda categoria, citando a título de exemplo o sistema previdenciário, de saúde a ausência de políticas públicas de apoio e bem-estar e, justamente, por conta da adoção dessa visão distanciada da realidade, o idoso é visto como um passivo social, de onde de extraí o real motivo para as distorções legais que malfere direitos da personalidade dos idosos adotando como critério, exclusivamente, a senilidade.

Ao que parece o Brasil, embora caminhe na mesma via da ordem mundial de países mais desenvolvidos, que capitaneiam um movimento de proteção normativa aos idosos, a exemplo da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos e, no âmbito interno o advento da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ainda carece de adoção efetiva de comportamentos internos que visem conferir ao idoso o tão almejado tratamento igualitário sem que haja tratamento discriminatório em razão, unicamente, da idade.

Como exposto em linhas anteriores, a capacidade civil é a regra e as situações excepcionalíssimas que a limitam devem estar expressamente previstas em rol taxativo. Referido rol, atualmente, consta dos art. 3º e 4º do Código Civil, de modo que a única mitigação da capacidade civil decorrente do critério etário está restrita à pessoa menor de 18 anos.

Nessa linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência obrigou que a jurisprudência até então vigente fosse superada no sentido de não mais conferir às pessoas com enfermidade ou deficiência o status de pessoas absolutamente incapazes.

Entretanto, quando se trata da pessoa idosa, o ordenamento jurídico brasileiro, algumas vezes, caminha em sentido contrário à tendência mundial e, exemplo disso, é a persistência no ordenamento jurídico do art. .1641, II do Código Civil que, ainda que de maneira não expressa, cria hipótese de incapacidade civil presumindo a debilidade e impondo condição limitante ao idoso, pelo simples fato de se alcançar a septuagenariedade.

Nessa esteira, a adoção, no casamento (ou imputação, no caso de união estável) obrigatória do regime de separação de bens, prevista no art. 1.641, II, do Código Civil, não se coaduna com a ordem normativo-constitucional posta, primeiramente, pela clarividente negativa à aplicação plena do princípio superior da dignidade humana à pessoa idosa, bem como porque tal previsão vai de encontro ao objetivo fundamental da República constante no artigo 3º, IV, da Constituição, *verbis*: "Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação", além de violar frontalmente o princípio da isonomia.

Isto porque, o idoso, pela simples condição da senilidade – critério objetivo e geral, sem análise casuística – é considerado, pelo ato normativo em testilha, como incapaz de tomar decisão acerca do regime de bens pretendido, o que, em última análise, traria consequências meramente patrimoniais. É dizer que, pela senilidade, não está apto a tomar decisões com impactos puramente patrimoniais, embora, contraditoriamente, a mesma lei lhe garanta a livre disposição sobre todo seu acervo patrimonial.

Não por outras razões a doutrina majoritária e especializada encarava como inconstitucional referido dispositivo legal.

Entretanto, contrariando a doutrina majoritária, o Supremo Tribunal Federal inovou concluindo pela existência de uma norma de natureza privada, facultando-se às partes, por mera convenção, afastar seu conteúdo. Além disso, condicionou o exercício dessa opção (afastamento do regime obrigatório/legal da separação de bens) à lavratura de escritura pública, junto ao tabelionato de notas. Por fim, franqueou a alteração do regime vigente daqueles idosos que já se encontram casados pelo regime de separação de bens, desde que mediante o ajuizamento de ação judicial, com a particularidade de que os efeitos patrimoniais apenas surtirão efeitos para o futuro.

O que se concluiu, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir dessa forma, contrariou o texto expresso da norma que impunha um regime de bens "obrigatório ", texto legal com expressão clara e objetiva, atingindo o princípio da separação dos poderes, resultando em evidente inovação legislativa. Houve, ainda, evidente subversão do princípio da isonomia material, impondo à pessoa idosa diversos requisitos para o mero exercício de um direito patrimonial, em vez que facilitar-lhe o uso, subvertendo a aplicação dos princípios que impõem maior proteção à pessoa idosa, com base, exclusivamente, em uma interpretação preconceituosa da autonomia de vontade do septuagenário.

Como consequência prática da recente decisão tem-se que o que era "obrigatório" passou a ser "facultativo", desde que afastado por escritura pública, passando a coexistir dois regimes legais de bens, quais sejam, obrigatório – que persiste para as hipóteses previstas no art. 1.641, I e III, do Código Civil – e o facultativo – que passou a existir somente para a hipótese prevista no art. 1.641, II, do Código Civil após o julgamento em testilha.

Ainda, a Corte perdeu a oportunidade de sepultar o tratamento diferenciado conferido pela jurisprudência para os regimes da separação convencional e o da separação legal, uma vez que o primeiro sempre decorreu de escolha veiculada em escritura pública.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal contrariou sua própria jurisprudência e a do STJ que, ao longo do tempo e por entender que a imposição de um regime de separação de bens obrigatório tolhia a capacidade de escolha patrimonial dos nubentes, passou a aplicar, na prática, as regras típicas da comunhão parcial de bens para referido regime de bens, com algumas pequenas adaptações, evidenciando-se nas redações das Súmulas 377 do STF e 655 do STJ as quais, em resumo, determinavam a proximidade do regime da separação legal de bens ao regime da comunhão parcial, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente, desde que demonstrado o esforço comum, de modo que não é temerário afirmas que a jurisprudência que determinou a edição das referidas súmulas restou superada.

A luz no fim do túnel para ceifar a insegurança jurídica encontra raiz nas propostas de reforma do Código Civil, uma delas defendida pelo Professor Flávio Tartuce – que defende a retirada de uma vez por todas da previsão legal da separação obrigatória/legal de bens em toda e qualquer hipótese direcionando as hipóteses casuísticas de fraude para que sejam dirimidas pela Teoria Geral do Direito Civil – e outra defendida por Rosa Nery – que pretende retirar a previsão legal de imposição de regime se separação de bens apenas na hipótese do septuagenário, mantendo-se para as demais hipóteses atualmente previstas.

Diante do aqui exposto, é manifesta nossa preferência pela proposição apresentada por Tartuce. Ela coloca o idoso na posição de sujeito de direitos que a Constituição Federal lhe assegura, prestigiando sua dignidade. Talvez – e aqui registramos uma sugestão – não se devesse limitar a hipoteca legal, no caso de pendência de inventário, a bens imóveis considerando que há inúmeros

casos em que o patrimônio é constituído por ativos financeiros, propriedade intelectual e outros bens móveis. Todavia, essa é uma questão menor diante do avanço na proteção da pessoa idosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Trad. Cupertino, São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**.** São Paulo: Manole, 2005. P. 175.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2017.

GOTTERT, Débora Teixeira; ARGERICH, Eloisa de Andrade. A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição federal e Estatuto do Idoso. *In* Direitos sociais fundamentais: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade / Organizadores Josirene Candido Londero e Carlos André Hüning Birnfeld - Rio Grande: Editora da FURG, 2013.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**.** São Paulo: Atlas, 2002.

NOBRE Jr., Edilson Pereira. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000 p. 185-196. Disponível no sítio https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4, Acesso em: 09 fev. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - Direito de Família. 28. ed**.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Carlos Odon Lopes. Direitos fundamentais (breves considerações). In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org). Direito constitucional. São Paulo: Método, 2011, v. 2.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TARTUCE, Flávio. Família e Sucessões. A decisão do STF sobre o regime da separação obrigatória de bens e os caminhos possíveis da reforma do CC. Disponível no sítio https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/402474/decisao-do-stf-sobre-o-regime-da-separacao-obrigatoria-de-benshttps://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/402474/decisao-do-stf-sobre-o-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens?s=WA, Acesso em:15 mar. 2024.

DEMOCRACIA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: INTERCONEXÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

José Ricardo Alvarez Vianna[260]

INTRODUÇÃO

A associação entre democracia e defesa do meio ambiente pode inicialmente suscitar dúvidas. Afinal, quais são os pontos de confluência entre ambos? Como podem interagir entre si de modo a atender às aspirações democráticas e ambientais nos termos firmados na Constituição Federal de 1988?

O tema ganha contornos mais sutis ao se considerar que o conceito de democracia tem se alterado ao longo da história. Medidas vistas como democráticas em certos períodos históricos podem ser consideradas antidemocráticas em outros. Neste sentido, como definir a democracia no contexto brasileiro atual, a partir do texto constitucional? Democracia seria meramente um direito, ou também um dever? E mais: por que e como a democracia pode contribuir para a sustentabilidade ambiental?

Com essas indagações em vista, o objetivo geral do presente trabalho consiste em examinar a interação entre democracia e meio ambiente, analisando como as estruturas democráticas podem ser mobilizadas para enfrentar desafios ambientais. Os objetivos específicos incluem explorar como a evolução do conceito de democracia influencia as políticas públicas ambientais, além de identificar os riscos oriundos de *fake news* que ameaçam a própria democracia, e analisar como, no plano ambiental, o negacionismo de questões ambientais urgentes coloca em risco políticas de sustentabilidade.

Metodologicamente, adotou-se uma abordagem qualitativa, mediante a análise de tratados e convenções internacionais, normas constitucionais, leis nacionais, além de literatura jurídico-filosófica de escol considerada pertinente para o desenvolvimento do tema.

1 DEMOCRACIA: CONCEITO AMBÍGUO E EM EVOLUÇÃO

Democracia é palavra ambígua. A democracia da Grécia Clássica não correspondia aos ideais democráticos que inspiraram a Revolução Francesa de 1789, que, por sua vez, não corresponde à essência do Estado Democrático de Direito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na Grécia do século V a.C., a democracia era entendida como governo direto do povo. O vocábulo resultou da junção dos radicais do grego antigo *δῆμος* (*demos* ou *povo*) e *κράτος* (*kratos* ou *poder*). Mas *povo*, para os gregos de outrora, não significava todos, e sim apenas homens livres e maiores de 18 anos. Somente estes detinham o direito de participar das assembleias, de votar diretamente leis e de decidir sobre assuntos da sociedade. Mulheres, escravos e estrangeiros estavam excluídos da Arena pública. Com esse critério, apenas 10% do povo participava da democracia, o que, nos dias de hoje, seria antidemocrático (Honesko, 2005, p. 31)

A concepção de democracia que emergiu como uma das forças mobilizadoras para a Revolução Francesa, ainda que represente marco na evolução do pensamento político-filosófico,

[260] Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), da Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Autor de livros e artigos jurídicos. Desembargador Substituto no Tribunal de Justiça do Paraná. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0308459462941878. E-mail: jrv@tjpr.jus.br.

apresentava nuances que a diferenciam dos contornos semânticos da democracia contemporânea. Na ocasião, influenciada pelos princípios iluministas da liberdade, igualdade e fraternidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 desenhou uma democracia ancorada em direitos individuais, na separação de poderes e na soberania nacional. Esta forma de democracia, porém, visava basicamente contrapor-se à Monarquia Absolutista e coibir violações a direitos individuais. A participação popular era, então, mediada por um sistema representativo, que, embora limitado, cumpria expressar a vontade geral do povo, o que estaria alinhado com a máxima rousseauniana: "todo poder emana do povo".

Não obstante, a implementação de uma democracia com esses contornos, na prática, também excluiu mulheres e grupos não proprietários de terras do direito de voto, o que refletia os costumes e valores sociais presentes na época, que não reconheciam a plena igualdade de participação a todos os segmentos da sociedade, indicando a necessidade de aperfeiçoamentos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 do Brasil consagrou um modelo de democracia aprimorado, mais inclusivo e participativo. Esse modelo é caracterizado pela valorização dos direitos humanos e pelo respeito às leis. A Constituição ampliou os direitos individuais e reconheceu os direitos coletivos, estabelecendo um sistema de governo representativo que inclui eleições diretas, clara divisão de poderes e ampla participação social. Esta última não se restringe apenas ao direito ao voto em eleições periódicas para cargos públicos, garantido sem distinção de gênero, mas também se estende a mecanismos de democracia direta, como plebiscitos e referendos. Visou-se assegurar não apenas a soberania popular, mas garantir os direitos fundamentais de modo a promover a participação ativa e consciente da população na vida política e social do país.

Esses registros demonstram a dificuldade em se compreender e de se fazer cumprir a *Fórmula de Lincoln*, quanto ao conceito de democracia, assim sintetizada: *governo do povo, pelo povo e para o povo* (Canotilho, 2000, p. 287). Evidenciam, ademais, que democracia é um conceito em constante mutação, sujeito a constantes revisões, adaptações e aperfeiçoamentos. É dessa fluidez diacrônica, em meio a ruídos, tensões e rupturas sociais, que, ao lado de democracia direta e indireta, aventa-se, a cada dia, outras formas de democracia. Hoje, fala-se em democracia liberal, socialdemocracia e até em democracia totalitária. Esta última da lavra do jurista português Paulo Otero (2001, p. 09), alertando para o caso de nações que, embora empreguem o rótulo de democráticos em suas Constituições, praticam a centralização do poder e a supressão de liberdades fundamentais.

Em meio a essa instabilidade de significados, e apesar de não eliminar todas as mazelas da sociedade, a razão parece estar com Winston **Churchill ao afirmar: "***Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos*"[261]. Daí porque é preciso acreditar e impulsionar seu perene aprimoramento.

Antes de avançar, todavia, é preciso demarcar as características essenciais que definem, atualmente, o conceito de democracia, o que irá servir como ponto de partida para a análise do objeto do presente capítulo: a interconexão entre democracia e meio ambiente. Nesse passo, primeiramente, cumpre salientar que a democracia é caracterizada pela soberania popular, onde o poder reside no povo, que exerce sua autoridade política por meio do voto em eleições livres e justas. Uma segunda característica está na observância e no respeito aos direitos fundamentais, notadamente a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o direito à educação, elementos indispensáveis para a participação ativa de cidadãos no processo político, econômico, jurídico e social.

A divisão de poderes e a existência de mecanismos de freios e contrapesos são igualmente determinantes nesse processo. Democracia é um processo, sempre em curso e sujeita à atenção para sua manutenção, revitalização e refinamento. A tônica dos freios e contrapesos

[261] Disponível em: https://winstonchurchill.org/resources/quotes/the-worst-form-of-government/. Acesso em: 20 abr.2024.

assegura que nenhum braço do Estado exerça poder absoluto, ao mesmo tempo em que promove a responsabilidade de seus representantes. Democracia, portanto, não admite poder centralizado, tampouco ilimitado. Democracia pressupõe igualdade, daí porque garante que todos estejam sujeitos aos efeitos jurídico-sociais derivados de seus comportamentos (Aboud, 2021, p. 27).

Por fim, nos termos contemporâneos, a democracia enfatiza o engajamento cívico não apenas nas urnas, mas também em atividades que alimentam o debate público em um panorama social pluralista de ideias.

Essas características moldam a espinha dorsal da democracia hodierna e são essenciais para entender os desafios e as possibilidades de sua aplicação na área ambiental.

2 DEMOCRACIA E DEFESA DO MEIO AMBIENTE: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

A relação entre democracia e proteção do meio ambiente é de interconexão. A princípio, no Brasil, democracia poderia ser entendida apenas como a participação popular indireta, a partir de uma leitura apressada, literal e isolada do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: "*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*".

Todavia, a Constituição Federal em toda sua extensão não contém somente preceitos típicos de uma democracia dita representativa, em que pessoas eleitas gerenciam os assuntos do Estado por um período determinado. Análise atenta do texto constitucional revela a existência também de uma democracia participativa (direta). Nesta, os cidadãos têm papel decisivo, atuando ao lado dos governantes na condução dos destinos da sociedade. Exemplos disso incluem, como já destacado, a previsão de plebiscitos, de referendos e de iniciativas populares para a criação de leis (CF, art. 14), como a possibilidade de propor ação popular para anular atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, inc. LXXIII), a obrigatoriedade de publicação das contas públicas por sessenta dias, disponíveis para impugnação pelo contribuinte (CF, art. 31, § 3º) e a gestão quadripartite da Seguridade Social (CF, art. 194, inc. VII).

Ainda nessa linha de atuação ativa dos cidadãos na democracia brasileira, estão outros mecanismos importantes, previstos tanto na Constituição como em leis, que estão em conformidade com essa participação direta. É o caso de audiências e consultas públicas. Em várias instâncias governamentais, estas são realizadas como pré-requisitos à implementação de projetos ou de alterações legislativas. Nesses encontros são colhidas opiniões e contribuições dos participantes sobre os temas debatidos, garantindo que suas vozes sejam consideradas nas decisões a serem tomadas.

Outro exemplo é o dos conselhos participativos, no âmbito municipal, estadual e federal em áreas como saúde, educação, assistência social, que permitem que representantes da sociedade civil participem diretamente da formulação, execução e avaliação de políticas públicas, constituindo plataformas importantes para a participação cidadã.

Na mesma linha, estão os orçamentos participativos em que municípios e estados abrem a oportunidade de cidadãos decidirem diretamente sobre parte do orçamento público, de modo que estes influenciem na alocação de recursos em projetos e obras que beneficiarão comunidades.

Mecanismos como esses reforçam a estrutura democrática direta no Brasil. Indicam que a democracia não se resume na máxima *one man, one vote*, manifestada no ato de votar em eleições periódicas para cargos do Executivo e do Legislativo. Muito pelo contrário, abrange um compromisso social de vigilância sobre ações governamentais, engajamento em debates públicos, fiscalização da gestão dos recursos públicos e a contribuição para a formação de uma comunidade informada e consciente.

Nesse contexto, pode-se dizer que não há democracia sem cidadania e cidadania significa estar informado das ações governamentais para agir. Desinformação e passividade são antíteses de uma democracia efetiva. Sim, porque sem informação não há direção para agir. Sem participação ativa da sociedade não há democracia. Democracia não é uma estrutura teórica; pronta

e acabada. É um processo, nutrido pelo dever cívico da cidadania que determina a governança e os rumos da sociedade. Democracia é *ação*. Uma ação que com o timbre do dever, do compromisso da cidadania, e não da facultatividade do direito subjetivo[262].

Em termos de meio ambiente, esse dever de ação é mais nítido. O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, é explícito ao impor tanto ao poder público quanto à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O dispositivo deixa inequívoco que assuntos relativos ao meio ambiente transcendem à esfera de um direito passivo, estabelecendo uma postura ativa. Isto inclui uma série de ações, como a fiscalização contra infrações ambientais, a promoção de educação ambiental e a garantia de uso sustentável dos recursos naturais.

Esse dever, entretanto, não é por acaso. O mesmo art. 225, *caput*, após reconhecer que "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo", destaca que este é "essencial à sadia qualidade de vida*", razão pela qual cumpre "*ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

A defesa e proteção do meio ambiente, destarte, é fruto da tomada de consciência de boa parte da humanidade da magnitude de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para sadia qualidade de vida humana (Odum, 1998, p. 09).

O meio ambiente fornece recursos essenciais — como água, alimentos e ar puro — indispensáveis à sobrevivência humana. Biodiversidade e ecossistemas equilibrados são condições para manter a funcionalidade dos sistemas naturais do planeta, que proporcionam condições para todas as formas de vida. São estes que proporcionam a regulação climática, o ciclo da água, na polinização de plantas, entre outros ecossistêmicos vitais.

A degradação ambiental, por sua vez, está diretamente relacionada a problemas de saúde pública. Poluição do ar e da água, exposição a substâncias tóxicas e outros fatores ambientais prejudicam a saúde humana.

Além desses aspectos, essa degradação muitas vezes impacta desproporcionalmente as comunidades mais vulneráveis; essas têm menos recursos para lidar com problemas ambientais e desastres naturais. Logo, proteger o meio ambiente, sob este enfoque, é também uma questão de justiça social, com vistas a garantir que todos – gerações atuais e futuras – tenham acesso a um ambiente saudável, seguro e com dignidade.

A proteção e a defesa do meio ambiente não advieram de vozes extremistas, e sim o reconhecimento do direito à vida humana e à dignidade, razão pela qual, enquanto direito difuso por excelência, interessam a todos, os quais têm também o dever de agir, tanto no interesse próprio, tanto no coletivo.

As consequências deste imperativo constitucional é de que cada cidadão, ao lado das instituições do Estado, traz consigo a responsabilidade jurídica e ética de contribuir para a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, a omissão em questões ambientais, além de postura eticamente reprovável, configura uma transgressão constitucional.

Por outro lado – reitere-se – para uma democracia participativa eficaz é essencial que a sociedade tenha acesso às informações sobre assuntos ambientais. Atento a isso, foi editado o Princípio 10, constante da Declaração do Rio/92, conjugando, num só texto, os princípios da participação e da informação, nos seguintes termos:

> **Princípio 10 – O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados**

[262] No clássico Do Contrato Social, mais especificamente no Livro I, do Capítulo VI ("Do Pacto Social"), Jean-Jacques Rousseau já defendia a ideia de que a democracia implica não apenas direitos, mas também deveres cívicos. Para Rousseau, ao entrarem em um pacto social, os indivíduos concordam coletivamente em submeter sua vontade individual à "vontade geral". Essa submissão não é apenas um direito que os protege, mas um dever cívico que exige participação ativa e compromisso com o bem comum (1964, p. 27).

> **deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento dos danos e os recursos pertinentes.**

No Brasil, essa diretriz tem sido endossada por diversas leis que asseguram o acesso à informação, como forma de possibilitar a participação popular em assuntos ambientais. Nessa trilha, pode ser lembrada a *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente* (Lei nº 6.938/1981) que, em seu art. 9º, inc. XI, garante da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes.

No mesmo diapasão, está a Lei nº 10.650/2003, conhecida como *Lei de Acesso à Informação Ambiental*, que garante a disponibilização de uma vasta gama de informações ambientais pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), dentre as quais assegurar que qualquer pessoa, sem necessidade de justificativa, tenha o direito de receber dos órgãos ambientais informações ambientais existentes em seus registros ou bancos de dados. Isso inclui informações sobre licenças, relatórios de qualidade do meio ambiente, termos de compromisso e outros documentos relevantes, tais como relatórios anuais sobre a situação do meio ambiente no país, com informações sobre a qualidade ambiental, estatísticas de emissões. Além disso, estabelece que determinados processos, como os de licenciamento ambiental de obras e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, devem ser submetidos a consultas públicas.

Ao lado da informação ambiental, a participação popular também se fez presente em diversas leis, como é o caso da *Lei da Ação Civil Pública* (Lei nº 7.347/1985), que permite às associações civis representar a sociedade em questões de interesse público, como as ambientais, fortalecendo a capacidade da sociedade civil de influenciar e fiscalizar as políticas ambientais.

Em consonância com isso, está a *Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos* (Lei nº 12.305/2010) que promove a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e ressalta a importância da cooperação entre governo, empresas e comunidade. Em diversos dispositivos, prevê que informações sobre gestão de resíduos sejam acessíveis ao público, com vistas a facilitar e estimular a participação da sociedade na definição e fiscalização de políticas relativas aos resíduos sólidos.

A *Lei de Crimes Ambientais* (Lei nº 9.605/1998) e a *Lei da Política Nacional de Educação Ambiental* (Lei nº 9.795/1999) são outros exemplos de leis com esses contornos. Ambas estimulam a conscientização de temas ambientais ao fixarem diretrizes para a educação ambiental em todos os níveis de ensino. Desse modo, asseguram que cidadãos e cidadãs sejam informados suficientemente para estarem em condições de agir na defesa e proteção ambiental.

Outro marco fundamental na interconexão entre meio ambiente e democracia é o chamado *Acordo de Escazú*, ou, oficialmente, *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. Este consiste em Tratado Internacional Ambiental que visa garantir a implementação de direitos de acesso à informação, participação popular e justiça em assuntos ambientais. Trata-se de documento firmado em Escazú, Costa Rica, daí o nome, em 04 de março de 2018, e é o primeiro tratado da América Latina e do Caribe, focado em questões ambientais e o primeiro a incluir disposições vinculantes sobre acesso à informação, participação pública na tomada de decisões ambientais e acesso à justiça em questões ambientais. Isso reforça a base do Estado Democrático de Direito e promove a governança ambiental com maior transparência. Ao estabelecer ferramentas para que a sociedade civil participe ativamente da fiscalização e da formulação de políticas ambientais, representa avanço no modo como a democracia interage com a sustentabilidade ambiental.

Em conclusão, tanto a democracia quanto a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado transcendem os meros direitos subjetivos para se firmarem como deveres expressamente impostos pela Constituição Federal. Esses imperativos não apenas conferem direitos aos cidadãos, como estabelecem a responsabilidade de agir proativamente em benefício da sociedade (Sarlet e Fensterseifer, 2014, p. 55). Assim, este agir transcende a simples

opção, constituindo-se um mandato essencial para assegurar a sustentabilidade ambiental e a integridade do nosso ideário democrático.

3 A CRISE DEMOCRÁTICA E O NEGACIONISMO AMBIENTAL

Um dos pilares da democracia é a liberdade de expressão, que permite que cidadãos critiquem o governo, divulguem suas ideias e promovam o debate público. Esse direito é fundamental para o funcionamento de uma sociedade aberta e para a capacidade de resposta do governo às necessidades e aspirações do povo.

Contudo, a mesma liberdade de expressão que energiza a democracia pode servir como um vetor para sua erosão. A disseminação de discursos de ódio, *fake news* e teorias conspiratórias pode adulterar o debate público e enfraquecer a confiança nas instituições democráticas (Levitsky e Ziblatt, 2018, p. 76). Quando a informação falsa e o discurso de ódio são proferidos sem limites, trazem consigo o potencial de polarizar de modo deletério a sociedade em contraposição à essência democrática que se assenta no pluralismo de ideias e em sua convivência pacífica, dialética e dialógica.

Essa utilização distorcida da liberdade de expressão aponta para uma crise da democracia moderna. A crise manifesta-se não só na deterioração da confiança nas instituições, como também na crescente dificuldade de alcançar consensos que abarquem a diversidade de ideias na sociedade. Em vez de unir, a liberdade de expressão tem, em muitos casos, levado a fraturas na sociedade. Isso cria um cenário de *democracia contra democracia*, onde grupos usam os instrumentos democráticos para minar a própria democracia, visando a implementação de agendas excludentes e hegemônicas, o que é o oposto de regimes democráticos.

No plano ambiental, vive-se situação similar, porém, torneada por ondas de negacionismos que recorrem a estratégias análogas. O negacionismo ambiental se manifesta com a rejeição de consensos científicos sobre temas ligados ao meio ambiente como mudanças climáticas, degradação de ecossistemas, perda de biodiversidade, desmatamentos etc.

Para tratar dessa questão, é preciso, antes, compreender a dinâmica que sustenta práticas negacionistas e quais as consequências dessas atitudes para a sociedade e para o meio ambiente.

De modo geral, o negacionismo em temas ambientais emprega estratégias sofisticadas de desinformação que incluem a criação e difusão de informações falsas, a manipulação de dados científicos e o uso de falácias lógicas para questionar ou infirmar a validade dos estudos reconhecidos e aceitos sobre o meio ambiente. Essas táticas são projetadas para semear dúvidas onde já prevalece consenso científico consolidado, ofuscando a percepção pública sobre a gravidade e urgência de determinados assuntos relativos ao meio ambiente.

Um exemplo típico disso está na representação enganosa de dados para argumentar contra o aquecimento global. Ao selecionar arbitrariamente períodos curtos de resfriamento em registros de temperatura de longo prazo, negacionistas tentam refutar os sinais de aquecimento do planeta, não obstante estes já tenham sido demonstrados, com alto grau de acurácia, em pesquisas científicas avançadas e reiteradas.

Essas práticas negacionistas, em linhas gerais, são impulsionadas por interesses econômicos que, de modo direto ou indireto, beneficiam-se da manutenção do *status quo* baseados em práticas insustentáveis e soluções individualistas e imediatistas de produção e consumo. Sucede que, ao negar problemas ambientais, coloca-se em risco a sustentabilidade ecológica e, reflexamente, a saúde e o bem-estar dos presentes e futuras gerações em manifesta violação ao art. 225 da Constituição Federal.

Para ficar apenas na seara das mudanças climáticas há uma série desses impactos ambientais profundos e de longo alcance na sociedade que podem advir de uma postura negligente e omissa com a questão. Por exemplo, não há dúvida de que o aumento das temperaturas pode levar

a ondas de calor frequentes e intensas, as quais estão associadas ao aumento nas taxas de doenças respiratórias e cardiovasculares.

A produtividade agrícola, de igual modo, está ameaçada diante da alteração nos padrões de precipitação, com aumento eventos climáticos extremos como secas e inundações, conduzindo à escassez de alimentos e seu aumento de preços, além da diminuição da segurança alimentar.

A mudança nos padrões de precipitação pode, inclusive, reduzir a disponibilidade de água doce em muitas regiões do mundo, levando à sua escassez. Isso não só afeta a capacidade de irrigar culturas, como a produção de energia hidrelétrica e o abastecimento de água para consumo humano e industrial.

As mudanças climáticas ainda podem tornar certas regiões inabitáveis devido a inundações, desertificação ou outros problemas ambientais, obrigando pessoas a se deslocarem, o que pode resultar em migração interna ou transfronteiriça. Essa situação já vem sendo designada de refugiados ambientais e pode levar a conflitos sociais, à medida que diferentes grupos passam a disputar os mesmos recursos naturais escassos.

Por fim, as mudanças climáticas afetam a biodiversidade, alterando habitats e desestabilizando ecossistemas inteiros, impactando tanto a fauna quanto a flora. Isso pode ter efeitos em cascata na sociedade, incluindo a perda de serviços ecossistêmicos como polinização, purificação de água e proteção contra desastres naturais (Wallace-Wells, 2019, p. 173).

Como se vê, não pairam dúvidas de que democracia e do meio ambiente não apenas estão interconectados em termos de sustentabilidade, como enfrentam ameaças similares, derivadas da desinformação e de discursos manipulativos. Essas práticas não só distorcem a fatos e confundem o público, como comprometem a eficácia das leis e de políticas ambientais, reduzindo-as a meras recomendações estéreis. Desse modo, a defesa eficiente do meio ambiente via democracia exige combate veemente e determinado contra as *fake news* e outros estratagemas que degeneram a participação cívica informada e responsável. A proteção efetiva do meio ambiente, nesse compasso, depende da revitalização da democracia, ancorada na informação fidedigna e transparente. Nisto reside o ponto de confluência entre proteção ambiental e democracia, o sucesso de um está inextricavelmente ligado à solidez do outro (NALINI, 2015, p. 205).

Em suma, democracia e meio ambiente são interdependentes e reforçam-se mutuamente, criando um ciclo virtuoso onde a melhoria em um aspecto tende a promover avanços no outro. A sustentabilidade ambiental e a solidez democrática são interdependentes.

4 ENFRENTAMENTO DA CRISE DEMOCRÁTICA E DE PRÁTICAS NEGACIONISTAS AMBIENTAIS

A crise democrática e o negacionismo ambiental são fenômenos que, conquanto distintos, entrelaçam-se por meio da desinformação e da oclusão das conquistas normativas institucionais. Ambos sinalizam para a necessidade urgente de abordagens integradas que considerem tanto a governança política democrática quanto para uma gestão ambiental de resultados alicerçada na principiologia levada a efeito nas Conferências Mundiais, Tratados e Acordos Internacionais, quanto plasmadas em nossa Constituição e demais leis sobre o tema.

Nesse cenário, a liberdade de expressão, pilar do Estado Democrático de Direito, não deve ser vista como escudo para justificar informações falsas que ameaçam a ordem pública ou o bem-estar coletivo. Isto, por si só, denota a elevada complexidade da matéria, a demandar um olhar multidisciplinar e colaborativo. Deve-se focar na reconstrução da confiança pública e na formação de uma sociedade bem-informada. Para tanto, a abordagem deve se basear em, pelo menos, quatro eixos principais: regulamentação jurídica, educação para a mídia, cooperação tecnológica e fortalecimento das instituições democráticas.

Em termos de regulamentação jurídica, estaria a criação de um marco regulatório a definir as responsabilidades das plataformas digitais na moderação de seus conteúdos, além de lhes obrigar ao desenvolvimento de algoritmos que priorizem a veracidade das informações divulgadas, especialmente em relação a temas sensíveis e de relevância social, como são assuntos ligados à

democracia e meio ambiente. Ademais, a legislação deve prever sanções rigorosas para casos de divulgação deliberada e desprovidas de acautelamento de notícias falsas que possam conduzir a retrocessos sociais.

Essas medidas devem, obrigatoriamente, incluir aumento na transparência das operações das plataformas digitais. Os usuários precisam compreender como as informações são obtidas, se passam por alguma filtragem e, mais importante, saber quais os critérios e razões pelas quais são divulgadas ou retidas. As plataformas não devem operar como "caixas-pretas", cujos processos obscuros contribuem para um cenário de insegurança e instabilidade. A falta de transparência prejudica o discernimento dos usuários sobre em quem confiar e como verificar a autenticidade do conteúdo recebido.

No que alude à educação para a mídia, é preciso investir em um processo de formação crítica desde os primeiros anos escolares de modo a formar cidadãos capazes de questionar e analisar as informações recebidas. A incorporação no currículo escolar em todos os níveis de disciplinas que ensinem sobre as estruturas das notícias, os métodos jornalísticos e a identificação de fontes confiáveis podem fortalecer a capacidade analítica dos futuros cidadãos.

Esse processo instrutivo pode ser prestado, inclusive, pelas mídias jornalísticas, de modo orientar as pessoas sobre como avaliar fontes de informação, identificar falácias argumentativas e mensagens subliminares enviesadas e deletérias. Isso não só fortalece o tecido democrático, permitindo ações mais informadas, como cria um senso cívico analítico na sociedade. Tais aprendizados, a propósito, devem ir além do reconhecimento da veracidade dos fatos, e sim abranger como as notícias são obtidas e divulgadas, bem como se ter presente a exata noção do impacto que estas têm sobre a opinião pública e a sociedade.

A parceria entre governos, universidades e empresas de tecnologia é outro aspecto que pode promover o desenvolvimento de ferramentas de IA mais avançadas para detectar e neutralizar *fake news*. Estas ferramentas devem ser auditáveis, para não comprometerem a liberdade de expressão legítima. Aliado a isso, a cooperação internacional pode facilitar a troca de melhores práticas e fortalecer os esforços globais contra a desinformação.

Por fim, o fortalecimento das instituições democráticas é outro caminho a ser aprimorado, em especial no que toca ao sistema de *checks and balances*, assegurando que nenhuma Entidade do Estado concentre poder excessivo que lhe confira autoridade para subverter o sistema democrático ou para ignorar a legislação ambiental. Isso inclui fortalecer o Judiciário, os órgãos de controle e as instituições independentes de monitoramento ambiental, além de garantir que os meios de comunicação possam exercer a liberdade de imprensa sem interferências ou retaliações políticas.

Com efeito, o combate às *fake news* não deve representar uma ameaça ao conhecimento genuíno e à democracia. Ao buscar soluções sensatas e lúcidas para este desafio, é essencial que as medidas encontradas estejam fundamentadas em projeções cautelosas e consequencialistas. Isso é primordial para garantir que os esforços engendrados não resultem inadvertidamente em censura ou em supressão da liberdade de expressão. Por isso, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio onde a veracidade das informações e o espírito crítico e analítico dos cidadãos prevaleçam. Este é o terreno sólido e fértil para avançar em direção à realização dos valores e aspirações democráticas e ambientais, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÕES

A relação entre democracia e meio ambiente constitui um caminho de mão dupla, onde cada elemento influencia e fortalece o outro. Em regimes democráticos, caracterizados por maior transparência, responsabilidade e participação cidadã, as políticas ambientais tendem a ser mais eficazes. A democracia proporciona a expressão de preocupações ambientais por diversos grupos sociais, que podem influenciar políticas públicas e fiscalizar as ações governamentais e corporativas

em relação ao meio ambiente. Além do mais, o acesso à informação e a liberdade de expressão, garantidos em um sistema democrático, são determinantes para a conscientização e mobilização em torno de questões ambientais.

Um ambiente saudável e equilibrado é essencial não apenas para a saúde e o bem-estar humano, mas também para a estabilidade social, condições indispensáveis para a manutenção e exercício de uma democracia plena. Desafios ambientais, tais como escassez de recursos, desastres naturais e poluição, podem culminar em instabilidades sociais e econômicas que afetam diretamente a governança democrática. A proteção ambiental, dessa forma, sustenta a qualidade de vida e a segurança, elementos vitais para sociedades democráticas.

Democracia e gestão ambiental compartilham desafios comuns, como a desinformação, o negacionismo e a influência de interesses particulares, que podem comprometer tanto o processo democrático quanto a efetividade das políticas ambientais. É essencial combater essas ameaças estrategicamente e em conformidade com os valores e postulados constitucionais, visando assegurar a integridade tanto da democracia quanto da proteção ambiental.

Em suma, a interligação entre democracia e meio ambiente cria um sistema de retroalimentação positiva, no qual avanços em um campo tendem a impulsionar melhorias no outro. Essa interdependência estabelece um ciclo virtuoso: políticas ambientais eficazes são reforçadas por práticas democráticas que, por sua vez, asseguram transparência, responsabilidade e inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. O estado de exceção e a crise democrática brasileira. **Unopar científica. Ciências jurídicas e empresariais**, v. 6, n. 1, Londrina, mar. 2005, p. 31-37.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2018.

NALINI, José Renato Nalini. **Ética Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ODUM, Eugene P. **Ecologia**. Tradução de Ricardo Iglesias Rios. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

OTERO, Paulo. **A democracia totalitária. Do estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI**. Cascais: Principia, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Gallimard, 1964.

SARLET, Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. Democracia participativa e participação pública como princípios do Estado Socioambiental de Direito. **Revista de Direito Ambiental**, v. 73, p. 47-90, 2014.

WALLACE-WELLS, David. **A terra inabitável. Uma história do futuro**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROTOCOLO

Denise Hammerschmidt[263], Stephany Vitória Alves Orgino[264]

INTRODUÇÃO

Ainda que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero seja novo no cenário nacional, trazendo à tona discussões de gênero que podem se apresentar como extremamente recentes para a sociedade civil ou até mesmo para membros do Poder Judiciário, a questão de gênero e equidade são objeto de discussão na academia há diversos anos (Barboza; Demétrio, 2019).

É possível identificar tal questão no decorrer do presente trabalho, tendo em vista a apresentação do contexto histórico presente na América Latina previamente à criação do Protocolo. Momento em que são destacados casos emblemáticos, que ocorreram em sua maioria no México, especificamente em Ciudad Juárez.

Em decorrência de uma carência apresentada pelo Poder Judiciário no julgamento dos crimes lá ocorridos, foi requerida a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgamento de denúncias de lesões aos direitos humanos. As decisões e recomendações proferidas pela CIDH nos casos mexicanos e, mais tarde, em casos brasileiros trouxe, a partir do cenário internacional uma amostragem de como os direitos das mulheres eram violados paulatinamente na América Latina.

Em consequência disso, os casos deram início a uma preocupação internacional com a questão de gênero. Em seguida, essa preocupação foi recepcionada pela região, e mais tarde pelo país, com alteração das legislações punitivas contra crimes que tivessem relação com gênero. Nesse sentido:

> Pode-se perceber essa influência dialógica no Brasil para a promoção de um constitucionalismo feminista. O caso Campo Algodoeiro vs. México (2009), no qual a Corte Interamericana responsabilizou o Estado do México pela tortura e morte de mulheres na Ciudad de Juarez, enunciando pela primeira vez o feminicídio, foi relevante para a criação, no Brasil, da Lei n. 13.104/2015 (Brasil, 2015), a qual apenou de forma mais gravosa o homicídio de mulheres devido à condição de gênero. Também a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de responsabilizar o Brasil no caso Maria da Penha foi determinante para a elaboração do diploma legislativo inovador contra a violência doméstica contra as mulheres (Piovesan; Fachin, 2021). (Fachin; Olsen, 2022).

O artigo busca verticalizar a análise acerca da questão de gênero, focando no cenário nacional, nas legislações pertinentes e no momento que antecedeu a criação do protocolo. Em observação à legislação nacional, como se verá adiante, é possível verificar que, ainda que exista a previsão de proteção à igualdade de gênero, nem sempre isso foi observado pelos julgadores.

---

[263] Pós-doutorada pela Universidade de Barcelona. Doutora em Direito Penal e Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestra em Direitos da Personalidade pelo Centro de Ensino Superior de Maringá. Especialista em Direito Civil (família) pela Universidade de Salamanca – Espanha. Especialista em meio ambiente na Universidade Castilla – La Mancha – Espanha. Especialista em Bioética e Biodireito pela Cátedra da UNESCO em Madrid. Especialista em Neurociências pela Universidade de Salamanca – Espanha. Ex-membro do Conselho Penitenciário do Paraná (COPEN) e do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (FUPEN). Professora visitante já integrando o Corpo Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da UENP. Desembargadora Substituta do Tribunal de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com ORCID: http://orcid.org/0000-0002-1900-1666. http://lattes.cnpq.br/9222819607820040.

[264] Pós-Graduanda pela Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE/PR. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessora de Pós-Graduação no gabinete da Desembargadora Substituta Dra. Denise Hammerschmidt, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. E-mail: stephanyvitoria09@gmail.com. https://orcid.org/0009-0004-7878-7656. http://lattes.cnpq.br/4885933283015144.

Sendo importante citar, contudo, uma decisão que se distingue: a da ADPF 779, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, que sem aplicar o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero proferiu decisão em conformidade com ele, pela proteção à vida e à igualdade de gênero.

Em um outro momento será examinado o funcionamento do recente Protocolo e, em sequência, a sua efetividade até o momento atual. Desse modo, analisa-se o cumprimento das Recomendações nº 128/2022 e 492/2023 do CNJ, bem como o papel do Poder Judiciário na promoção da equidade de gênero.

A análise da efetividade do Protocolo é feita com base no Banco de Sentenças e Decisões, criado especificamente para que seja possível verificar a aplicação do Protocolo nos julgamentos, além de produzir um material informativo objetivo, que demonstra na prática o funcionamento do Protocolo.

1 O CONTEXTO HISTÓRICO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA AMÉRICA LATINA PREVIAMENTE À CRIAÇÃO DO PROTOCOLO

A movimentação para que fosse buscado um tratamento mais igualitário se intensificou na América Latina a partir de um caso internacional conhecido por se passar nos arredores da Ciudad Juárez, no México. As reportagens jornalísticas retratam que, desde 1993 (Modelli, 2016), mulheres eram encontradas mortas pela cidade do estado de Chihuahua, normalmente com seus corpos radicalmente violados. Os casos ficaram conhecidos como casos do campo algodoeiro, ou caso Gonzaléz e outras.

Contudo, em decorrência da normativa jurídica da época, os casos foram tratados como homicídios simples (Modelli, 2016), não sendo encontrados os culpados pelos crimes e, portanto, não havendo qualquer condenação, ainda que o número de vítimas fosse expressivo:

> De acordo com a deputada e feminista Marcela Lagarde, a Comissão Nacional de Direitos Humanos reconhece que, entre 1993 e 2003, 263 mulheres foram assassinadas e 4500 estavam desaparecidas em Ciudad Juarez e na região de Chihuahua. Já a Anistia Internacional, em seu informe, afirma que no mesmo período foram 370 assassinatos. Em mais de 15 anos de assassinatos, pouco se avançou com as investigações e identificação dos criminosos. O Estado mexicano foi completamente omisso nos primeiros anos. Apenas a partir de 2000, pressionado pelos movimentos de mulheres e feministas locais e internacionais, e pelas agências internacionais de defesa dos direitos humanos, foram criadas as Comissões de Direitos Humanos e de Verdade e Reparação para investigar os casos. Vez ou outra a polícia prende um suspeito que logo é apresentado para a população como o "culpado". Em geral são membros de quadrilhas ou criminosos descritos como serial killer. Mas essas prisões não são suficientes para conter os crimes que ocorrem às dezenas a cada ano. A população e os familiares das vítimas rejeitam as conclusões da polícia, mas não têm qualquer poder de pressão sobre as instituições policiais e de justiça. O resultado tem sido a impunidade para os verdadeiros responsáveis por esses crimes (Pasinato, 2011, p. 227).

Apenas em 1998 o termo "feminicídio" veio à tona[265], sendo utilizado por Marcela Lagarde y de Los Ríos em seu estudo sobre o caso ao identificar a existência de um *modus operandi* comum entre os crimes cometidos contra as mulheres daquela localidade: "eles começavam com um cativeiro prolongado, em que a vítima sofria sadismo sexual, mutilação e morria por asfixia. Em seguida, seus corpos eram abandonados em espaços públicos" (Modelli, 2016). Portanto, não se tratava de homicídios simples cometidos contra algumas pessoas daquela região, mas de crimes de feminicídio, tendo em vista que o homicídio era cometido em razão do gênero (Fachin; Olsen, 2022).

O caso apresentou desdobramentos no cenário internacional em decorrência da ausência de solução dos crimes contra as três principais vítimas: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez (Pause; Mallmann, 2018, p. 6). Segundo Manuela

[265] Tal termo já havia sido utilizado previamente por Diana Russell, em 1992.

Hamester Pause e Rafaela Weber Mallmann, os casos das três jovens revelaram a ocorrência de diversas lesões aos direitos humanos, além de denunciar uma ampla falha no sistema investigativo da localidade. Portanto:

> Em 4 de novembro de 2007, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ajuizou uma demanda contra os Estados Unidos do México, baseado nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana. A demanda do caso está relacionada pela responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento e morte das jovens citadas acima. O Estado é responsabilizado pela falta de medidas de proteção às vítimas, duas das quais eram menores de idade; a falta de prevenção destes crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que havia deixado centenas de mulheres e meninas assassinadas; a falta de resposta das autoridades frente ao desaparecimento; a falta de devida diligência na investigação dos assassinatos, bem como a denegação de justiça e a falta de reparação correta" (Pause; Mallmann, 2018, p.6).

Em decisão, versando sobre questões de feminicídio pela primeira vez no contexto da Corte Internacional, restou reconhecido que o Estado do México deixou de realizar a investigação regularmente, além de, em consequência disso, não observar o seu dever de garantir o direito à vida, à liberdade e à integridade das suas cidadãs (Miguens; Ribeiro, 2018).

Do mesmo modo, restou reconhecida a lesão ao dever de prevenção, investigação e punição dos atos de violência contra as mulheres vítimas naquele caso, sendo citado também a lesão ao dever de não discriminação e acesso à justiça, das vítimas e seus familiares (Miguens; Ribeiro, 2018).

Portanto, em consequência disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu algumas "medidas de reparação" a serem seguidas pelo Estado do México, buscando reparar o caso concreto em discussão, além de criar um cenário mais adequado para os possíveis próximos julgamentos:

> entre elas: a condução eficaz do processo penal em curso, para identificar e punir os responsáveis pelos crimes, com a consequente responsabilização dos funcionários públicos acusados de irregularidades; indenizações pelos danos materiais e imateriais causados às vítimas e seus familiares; medidas não pecuniárias de satisfação do dano imaterial que não pode ser mensurável; determinação de criação de uma política integral, coordenada e de longo prazo para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam prevenidos e investigados, os responsáveis processados e punidos, e as vítimas reparadas (Miguens; Ribeiro, 2018).

Em consequência disso, o Estado do México reconheceu a sua responsabilidade parcial pelo descumprimento de obrigações contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, e ficou vinculado à necessidade de cumprimento das medidas supramencionadas, capazes de propiciar a erradicação do crime de feminicídio.

Desse modo, é possível verificar que, em decorrência dos acontecimentos supramencionados, ao identificar que o problema do feminicídio não era apenas local, mas se espalhava por toda a América Latina, Marcela Lagarde[266], propôs a criação da Lei do Feminicídio no país em 2007, ato que foi repetido pela maioria dos países latinos.

Em 2012 ocorreu a reforma do Código Penal Federal do México, que passou a prever o feminicídio como um tipo penal[267]. Sequencialmente, em 2013 o Supremo Tribunal de Justiça da

---

[266] Antropóloga, pesquisadora mexicana, que foi eleita deputada federal do México em 2003, momento em que criou a comissão especial do feminicídio.

[267] Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstâncias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes os degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas

Nação - STJN do México publicou a primeira edição de um Protocolo para julgar com perspectiva de gênero (México, 2020).

O Protocolo foi especialmente criado para tratar acerca das medidas de reparação determinadas a serem cumpridas pelo Estado do México pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, após a criação de uma comissão, em decorrência dos casos Ciudad Juárez e diversos outros[268].

Em 2019 um novo protocolo foi reformulado, levando em consideração toda a jurisprudência produzida pelos tribunais ao longo do tempo, seguindo as medidas de reparação e tratando as questões de gênero sem discriminação. Do mesmo modo, buscou-se realizar um processo consultivo, requerendo a participação de diversas equipes distintas (México, 2020) para criar um ambiente que abarcasse variadas situações e perspectivas. Desse modo, no Protocolo para julgar com perspectiva de gênero do México tem como objetivo abranger os seguintes temas:

> (i) um quadro conceitual abordando um conjunto de questões que se tornam relevantes quando a perspectiva de gênero é usada como método de análise (papéis de gênero, relações de poder, estereótipos, violência de gênero, entre outros); (ii) um estudo sobre a incorporação e a evolução da perspectiva de gênero na administração da justiça, no âmbito dos Sistemas Universais e Interamericanos de Direitos Humanos e da doutrina jurisprudencial, do Supremo Tribunal de Justiça da Nação; e (iii) um guia prático para o julgamento de gênero, que identifica três níveis em que essa obrigação impacta na prestação de justiça. Um primeiro nível relacionado às obrigações anteriores ao estudo do tema em questão, outro nível que tem a ver com aqueles que surgem ao analisar a matéria da contestação e mais um nível relacionado a uma obrigação genérica, ou seja, que permeia a sentença em sua integridade (México, 2020).

Em decorrência da criação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero no México, outros países passaram a adotar a mesma sistemática para buscar erradicar os crimes de feminicídio, a discriminação de gênero e demais questões inerentes ao gênero. De modo que, logo após o México, seguindo o contexto presente na América Latina, outros países passaram a publicar seus protocolos, sendo a Bolívia logo em seguida (2016) e o último país o Brasil (2021).

2 A BASE NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL ANTERIOR AO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

De acordo com os doutrinadores (Fachin; Olsen, 2022, p. 96), o Estado brasileiro já apresentava um firme alicerce normativo que o capacitava para realizar julgamentos com perspectiva de gênero. Ainda mais do que isso, entende-se que a base normativa nacional não apenas possibilitava o julgamento com perspectiva de gênero, mas obrigava que ele ocorresse, tendo em vista a criação de um dever a partir dos dispositivos legais.

A exemplo disso, a Constituição Federal (1988), no art. 5º, caput, prevê a igualdade perante a lei e a inviolabilidade do direito à liberdade e igualdade, especialmente. Ademais, no inciso I do mesmo artigo, é prevista a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, trazendo para a principal norma nacional a questão da igualdade de gênero.

Ainda, dentro da constituição, vinculados a ela como emendas constitucionais em decorrência do disposto no §§2º e 3º do art. 5º, existem os diversos tratados internacionais que o

---

relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

[268] Além do caso González, ocorreu também o caso Fernández Ortega e outras vs México, em que a vítima era uma jovem mulher indígena, que foi estuprada por um soldado. O caso foi julgado logo após o caso González, com reconhecimento da responsabilidade do Estado mexicano. Em sequência, teve o caso Rosendo Cantú e outra vs México, em que a vítima era uma mulher indígena e menor de idade, que foi ameaçada e estuprada por dois soldados enquanto tomava banho em um rio. Importante consignar, que nos últimos dois casos a Corte fez referência à condição socioeconômica das vítimas, fazendo constar um novo recorte que mereceria atenção e análise interseccional (Fachin; Olsen, 2022, p. 101).

Brasil faz parte, e as convenções que reafirmam os direitos das mulheres e preveem formas de erradicar as diversas formas de violências praticadas.

No cenário internacional, importante citar a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, conhecida também como CEDAW. Ela foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979, entrou em vigor em 03.09.1981, foi assinada pelo Brasil, com reservas, em 31.03.1981 e ratificada, com reservas, em 01.02.1984, entrando em vigor em 02.03.1984. Ainda, em 22.06.1994 foi ratificada, sem reservas e publicada no Diário do Congresso Nacional em 23.06.1994 (Brasil, 2002).

Em seus artigos a convenção explica o que seria a discriminação contra a mulher (Brasil, 2002), além de apresentar deveres que os Estados-Partes cumprirão para acelerar o processo de igualdade entre homens e mulheres, e listar objetivos que os Estados-Partes se comprometeriam a cumprir:

> [...] b) adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
> c) estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
> [...] f) adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher (Brasil, 2002);

Do mesmo modo, no art. 15, II, do Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002, que promulga a convenção, dispõe-se sobre a necessidade de reconhecimento da capacidade jurídica da mulher, além do dever estatal de ofertar as mesmas oportunidades para o exercício dessa capacidade pela mulher, sem que ocorra qualquer distinção de tratamento entre todas as etapas dos processos nos tribunais.

Ainda, cita-se a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra A Mulher, "Convenção De Belém Do Pará" (Brasil, 1996)**.** Adotada e assinada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral.

No Decreto de nº 1.973 de 1 de agosto de 1996, que promulga a Convenção de Belém do Pará, o foco principal é a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. Enquanto na CEDAW o foco era a proteção contra a discriminação da mulher, na Convenção de Belém do Pará a proteção é voltada para a proteção da mulher contra a violência.

No art. 1º da Convenção é realizada a definição do que se entende por violência, conceito que é repetido na legislação nacional anos após, especificamente no art. 5º da Lei de nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha:

> *Convenção de Belém do Pará:* Art.1º. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.
>
> *Lei Maria da Penha:* Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Na legislação nacional, é feito um maior aprofundamento e abertura acerca das modalidades de violência perpetradas contra as mulheres. Nesse sentido, tanto no art. 5º como no art. 7º da Lei Maria da Penha é possível identificar o que caracterizaria as modalidades de violência, apresentando não só para as mulheres, mas para todo o regramento nacional o que deve ser objeto de punição.

Ainda assim, contudo, o Brasil foi o último país a incorporar o pensamento acerca da diferenciação entre homicídio e feminicídio foi o Brasil, com a promulgação da Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, que altera o art. 121 do Código Penal, tipificando o feminicídio como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio. Ademais, passou a constar também no art. 1º da Lei de nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que versa sobre os crimes hediondos.

Ainda, posteriormente à Lei de Feminicídio, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por não observar questões de gênero no julgamento de seus processos nacionais.

Em 17 de junho de 1998, Márcia Barbosa de Souza foi vítima de um assassinato, na cidade de João Pessoa - Paraíba. De acordo com as investigações, a jovem, 20 anos, teria conhecido o deputado estadual Aércio Pereira de Lima, com 54 anos à época, e marcado um encontro com ele em data posterior, ocasião em que foi assassinada (Caso [...], 2022).

Após o início das investigações, a Assembleia Legislativa da Paraíba negou autorização para prosseguimento da ação penal, fato que ocasionou demasiado atraso nas investigações. Ainda, segundo sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a imunidade parlamentar aventada nesse caso concreto resultava na impunidade do deputado estadual Aécio, desse modo:

> a Corte considerou a existência de violação, por parte do Brasil, dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b da Convenção Belém do Pará, em prejuízo dos pais de Márcia Barbosa (Defensoria Pública do Estado de Rondônia, 2023).

Em setembro de 2007, Aécio Pereira de Lima foi condenado a 16 anos pelo 1º Tribunal do Júri Popular da Comarca de João Pessoa, mas veio a falecer em fevereiro de 2008 (Caso [...], 2022). O Estado da Paraíba, por sua vez, passou a reconhecer a sua responsabilidade frente ao caso, além de prestar compromisso com a implementação de políticas públicas "de enfrentamento às violações de direito das mulheres, especialmente as violências domésticas, familiar e sexual" (Caso [...], 2022).

Portanto, mesmo antes de haver um reconhecimento amplo da questão internacional e nacional sobre a insuficiência, ou até mesmo ausência, de análise com perspectiva de gênero nos julgamentos, as normas nacionais já ofereciam fundamentos suficientes para embasar as decisões com uma perspectiva de gênero[269].

Contudo, ainda assim, essas normas eram inexploradas, conforme denúncia o caso concreto de Márcia Barbosa de Souza. De modo que, seguindo o exemplo dos outros países da América Latina, além da necessidade de dar cumprimento às recomendações recebidas da Corte IDH, o Brasil passou a se organizar para criar o seu próprio Protocolo com Perspectiva de Gênero.

3 O FUNCIONAMENTO DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Desse modo, tendo como base todo o amparo normativo que já existia no país para que houvesse um adequado tratamento de gênero pelos tribunais julgadores, além do contexto presente na América Latina de busca por uma visão atenta para as questões de gênero, em 02 de fevereiro de 2021 foi publicado os trabalhos desenvolvidos pelo grupo instituído pela Portaria do CNJ de nº 27, intitulado de Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. O Protocolo tem como objetivo a promoção e aplicação das políticas nacionais previstas nas resoluções do CNJ de nº 254 e 255, que dispõem acerca do enfrentamento à violência contra a mulher pelo poder judiciário e ao incentivo à participação feminina no poder judiciário (Brasil, 2021).

---

[269] Além das normas nacionais e internacionais citadas, é necessário consignar que o desenvolvimento legal atrelado à perspectiva de gênero também alcança outras leis nacionais, como o Código Civil (questão da capacidade civil da mulher), mas não foram amplamente abordadas no artigo por questão de pertinência temática.

Com forte influência do protocolo mexicano, o documento brasileiro também busca dar cumprimento às determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com consequente busca à igualdade de gênero. O embasamento é citado no próprio protocolo, a fim de fazer referência à importância do contexto da América Latina para criação do Protocolo no Brasil, conforme:

> O protocolo respeita o diálogo multinível com os sistemas internacionais de proteção, na medida em que adota o "modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídio) ", cuja adesão do Brasil ocorreu em 2016; e observa a recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos de adoção de protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos de violência contra a mulher sejam tratados de forma diferenciada. Assim, para a elaboração do protocolo, o Grupo de Trabalho se nutriu de estudos de documentos produzidos pela academia e Judiciário brasileiros, bem como pelos protocolos do México, Uruguai, Colômbia, além de instrumentos internacionais (Brasil, 2021, p. 14).

Nesse mesmo sentido, cita-se que o protocolo se reconhece como um instrumento de cumprimento das tratativas presentes no ODS 5 da Agenda 2030 da ONU (Brasil, 2021).

O protocolo, portanto, atua como um guia para os aplicadores da justiça, com intuito de que os julgamentos estejam de acordo com os ideais previstos na Constituição Federal no que se refere à não discriminação, direito à igualdade e afastamento de preconceitos e estereótipos.

Ainda, busca-se que no julgamento se utilize de uma nova "lente"[270] para identificar os papéis de cada pessoa na sociedade e no caso concreto em que se julga. Analisando, nesse aspecto, questões de igualdade, de discriminação, de preconceitos, de oportunidades e demais aspectos que podem vir a influenciar naquele caso concreto.

Adentrando especificamente no protocolo, inicialmente são apresentados conceitos básicos, a fim de ambientar o julgador. São apresentados conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade num primeiro momento. Em um segundo momento, por sua vez, foca-se nas questões de desigualdade de gênero, apresentando quais seriam as desigualdades estruturais, que apresentam relação com o poder e com a interseccionalidade. Do mesmo modo, apresenta-se o funcionamento da divisão sexual do trabalho, os estereótipos de gênero e a violência de gênero como manifestação da desigualdade.

Finalizando a primeira parte do protocolo, apresenta-se o conceito de gênero relacionado à aplicação do direito. Fala-se sobre neutralidade e imparcialidade, interpretação e aplicação abstrata do direito e princípio da igualdade. Sequencialmente, na segunda parte do protocolo é possível identificar um guia para as magistradas e magistrados, ou seja, um passo a passo do que deveria ser feito nos processos para aplicação exitosa do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.

De início, ocorre a "primeira aproximação com o processo", momento em que seria feita uma identificação sobre o contexto do conflito e se há necessidade de que o julgamento seja realizado com perspectiva de gênero, levando em consideração questões interseccionais. A pessoa responsável pelo julgamento do caso deve observar diversas questões que podem alertar para a existência de lesão ao direito à igualdade. Nesse sentido, é necessário também um cuidado com os aspectos sociais, econômicos e culturais das partes.

Em sequência, a magistrada ou o magistrado deve buscar uma "aproximação com os sujeitos processuais". Isso porque, é necessário estar alerta quanto às desigualdades estruturais presentes nos órgãos públicos[271]. Sendo papel do magistrado, portanto, identificar essas carências e buscar diminuí-las ao máximo, se não for possível extingui-las (Brasil, 2021, p. 45).

---

[270] Termo utilizado no protocolo, momento em que é explicado que os magistrados devem julgar "sob a lente de gênero" a fim de garantir a efetivação da igualdade e das políticas de equidade (Brasil, 2021).

[271] Nesse sentido, cita-se: Propostas normativas voltadas à promoção da igualdade material de gênero no direito processual civil brasileiro. Revista Eletrônica De Direito Processual - REDP. 3. ed. [S. l.: s. n.], 2021. v. 22, ISBN 1982-7636. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62276. No material são apresentadas propostas normativas que

Em união ao segundo passo, as "medidas especiais de proteção" estão relacionadas a identificação de questões de urgência, necessidade de proteção e prevenção de riscos. Em sequência, o cuidado deve ser voltado para a "instrução processual", para que durante o trâmite processual não sejam reproduzidas violências institucionais de gênero.

Após a produção das provas, o magistrado fará a "valoração de provas e identificação de fatos" levando em consideração questões de igualdade e ausência de discriminação. Do mesmo modo, é necessário deixar de lado e se policiar para identificar preconceitos.

Do mesmo modo, será necessária também a "identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis" ao caso em análise, com aplicação das normas nacionais e/ou internacionais, recepcionadas pelo país. Necessário, ainda, desenvolver uma linguagem inclusiva para que seja dada amplitude de acesso à justiça e ao direito para a mulher, independentemente do seu entendimento individual.

Após escolha da norma aplicável, amparada no caso concreto, será realizada a "interpretação e aplicação do direito", último passo que leva à formação da decisão. Nesse passo, o magistrado realizaria uma análise acerca da discriminação presente no caso, no contexto que a pessoa em situação de desigualdade de encontra, amparado nas provas produzidas ou constantes nos autos, de natureza objetiva ou subjetiva.

Ainda, no protocolo são apresentadas diversas perguntas que levam o magistrado a aplicá-lo de forma ainda mais exitosa. Além de ser feito um importante apontamento acerca do controle de convencionalidade feito por meio do julgamento com perspectiva de gênero.

Por fim, apresenta-se as questões de gênero específicas dos ramos da justiça, demonstrando as principais questões de gênero que podem ser enfrentadas por cada ramo da justiça.

4 A EFETIVIDADE DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Em 15 de fevereiro de 2022 foi publicada a Recomendação de nº 128, assinada pelo Ministro Luiz Fux, que tem como objeto a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. A recomendação passou a criar, na verdade, uma obrigatoriedade da aplicação do protocolo pelos magistrados do país.

Sequencialmente, em 20 de março de 2023 foi publicada a Resolução de nº 492 do CNJ, assinada pela Ministra Rosa Weber, que prevê a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero em todo o Poder Judiciário, além da preparação desses julgadores para tal demanda. Ademais:

> institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (Brasil, 2023).

O comitê criado tem a função de acompanhar o cumprimento da Resolução, elaborar estudos, organizar fóruns, participar de eventos organizados por entidades públicas ou privadas, além de realizar cooperação interinstitucional, além de demais responsabilidades previstas no art. 4º da Resolução.

O Comitê para Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero foi constituído pela Portaria CNJ n. 329/2023, e criado pela Resolução de nº 492/2023 do CNJ. Ele é composto por representantes de todos os ramos da justiça, como as Escolas Nacionais de formação dos Magistrados, Ordem dos Advogados, Sociedade Civil e Acadêmicos. Em sua primeira

---

buscam promover a equidade de gênero, além de minimizar os problemas concretos enfrentados pelas pessoas de gênero feminino quando em contato com o Processo Civil brasileiro.

reunião, na data de 15.12.2023, o comitê instituiu providências a serem tomadas para concretização das diretrizes do protocolo, sendo elas:

> a) Elaboração de diretrizes mínimas para as capacitações sobre o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (ementa, carga horária, perfis); b) Construção de perguntas e respostas frequentes para ser adicionada na página sobre o Banco de Decisões e Sentenças com aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero no Portal CNJ; c) Criação de um documento com passo a passo para auxiliar no preenchimento do Banco de Decisões e Sentenças com aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero no Portal CNJ, a ser Ofício às Presidências dos Tribunais (Brasil, 2023).

Uma das concretizações das diretrizes do Protocolo foi a criação do Banco de Sentenças e Decisões, com a função de auxiliar na implementação das citadas Resoluções. No banco de dados constam 274 decisões registradas, sendo 44 da Justiça do Trabalho, 22 da Justiça Eleitoral, 115 da Justiça Estadual, 82 da Justiça Federal e 11 dos Tribunais Superiores.

Das 115 decisões proferidas pela Justiça Estadual do país, 92 são de processos de matéria penal, majoritariamente ligadas à Lei Maria da Penha. Os 23 processos restantes, que se enquadram na matéria cível, se dividem entre questões de: a) Família (7), especialmente alimentos (6); b) Responsabilidade civil (4); Trabalhista, no aspecto da indenização por danos morais (2); Administrativo (2); Consumidor (1) e Direito da Personalidade (1).

Das decisões incluídas no Banco de Dados é possível verificar, contudo, a existência de uma ampla interdisciplinaridade, como ocorre nas mais diversas decisões judiciais que abarcam diversos temas além da matéria principal. Nesse sentido, ressalta-se algumas das decisões encontradas:

> REMESSA NECESSÁRIA EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PEDIDO DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM 50% SEM A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SERVIDORA MUNICIPAL EFETIVA MÃE DE FILHA COM SÍNDROME DE DOWN. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 98, § 3°, DA LEI Nº 8.112/90 E DA LEI MUNICIPAL Nº 3.153/2022. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. LEI Nº 13.146/2015. TEMA 1097 DO STF. NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NO JULGAMENTO NOS TERMOS DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO ELABORADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA PROCEDENTE MANTIDA. REEXAME DESPROVIDO. A controvérsia dos autos consiste em analisar a possibilidade de redução em 50% (cinquenta por cento) da carga horária laboral de 40 (quarenta) horas semanais de servidora pública do Município de Maracanaú, ocupante do cargo de Enfermeira, por ser mãe de uma criança com Síndrome de Down, mesmo na falta de preceito que ampare tal benefício no Estatuto dos Servidores ao qual está vinculada. 2. Com base na Lei Municipal nº 1.963/2013, a municipalidade concedeu administrativamente à servidora, o direito de redução de sua jornada em 2 (duas) horas diárias. Ocorre que, no ano de 2022, adveio a Lei Municipal nº 3.153, que assegurou às servidoras do grupo ocupacional do magistério em exercício da docência e com filho com deficiência, a redução de 4 (quatro) horas diárias na jornada. 3. Não há sentido em priorizar apenas uma categoria de servidores em detrimento de outras quando constatada a mesma situação (existência de prole com deficiência). Se a própria edilidade já concede o direito de redução da carga horária em 50% (cinquenta por cento) para profissionais do magistério, esse direito também deve ser estendido à servidora ocupante do cargo efetivo de enfermeira e que tem uma filha com Síndrome de Down, conforme descrito e comprovado na documentação acostada à exordial. 4. Sobre o assunto, o STF afetou, como tema de repercussão geral, a seguinte questão: "Tema 1097 - STF: Possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público que tenha filho ou dependente portador de deficiência", sendo que, em dezembro/2022, houve o julgamento do tema, com a fixação da seguinte Tese: "Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990.". 5. O protocolo para julgamento com perspectiva de gênero tornou-se de aplicação obrigatória, de modo que se mostra razoável a redução da jornada de trabalho remunerado da servidora, não devendo a omissão da norma municipal

> quanto à possibilidade de redução de jornada servir como fundamento para legitimar a sobrecarga de trabalho a ela imposta por questões de gênero. 6. Remessa necessária conhecida, mas desprovida (REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 30013454220238060117, Relator (a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, TJCE, 3ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 11/12/2023).

Na remessa necessária de nº 3001345-42.2023.8.06.0117, do TJCE, discute-se a possibilidade de redução de jornada, sem redução salarial, de trabalho de uma servidora municipal (enfermeira) e mãe de uma criança com síndrome de down. Como fundamentação do acórdão, além das legislações nacionais (Lei da Pessoa com Deficiência de nº 13.146/2015), utilizou-se também normas internacionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Além de ser citado o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.

Ademais, no acórdão em questão constou que:

> De mais a mais, verifica-se que a requerente, por questões de gênero, já exerce dupla jornada ao cumular o trabalho doméstico e seu trabalho remunerado como servidora pública municipal. Todavia, além disso, é a responsável pelos cuidados de sua filha portadora de Síndrome de Down, necessitando de mais tempo para poder acompanhá-la nos tratamentos que faz. Poderíamos dizer que a requerente exerce, de fato, uma "tripla jornada".
> Portanto, é razoável que tenha a redução em sua jornada de trabalho remunerado, não devendo a omissão da norma municipal quanto à possibilidade de redução de jornada servir como fundamento para legitimar a sobrecarga de trabalho a ela imposta por questões de gênero.
> [...] o silêncio do legislador municipal a respeito da matéria em tablado não impede que o julgador faça uso da analogia, notadamente quando respaldado em normas e princípios constitucionais, assim como em tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 30013454220238060117, Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, TJCE, 3ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 11/12/2023, p. 12 e 13).

Portanto, ao considerar que aos profissionais do magistério já teria sido concedido o direito de redução da jornada do trabalho, por analogia, entendeu-se pela possibilidade de concessão também no caso concreto, a partir do uso da analogia para suprir a ausência de regulamentação específica.

Desse modo, o exemplo supracitado apresenta os 7 passos que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero prevê para que o julgamento esteja mais próximo do ideal de igualdade, tendo em vista a aproximação ao caso concreto, o olhar para as provas colacionadas aos autos com adição de uma lente relacionada à promoção de equidade de gênero, além do estabelecimento de marcos normativos nacionais e internacionais que dispõem acerca do tema. Observa-se o mesmo nas Cortes Superiores:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. LEI N. 11.340/2006. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO ACERCA DA MOTIVAÇÃO DA OFENSA. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PRATICADA EM ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Lei Maria da Penha tutela a violência de gênero, assim entendido como uma construção social em que os papéis de gênero são tomados como um sistema de relações sociais estabelecidas entre homens e mulheres, estruturadas com base no modelo patriarcal e determinadas não pelo sexo biológico, mas pelo contexto social, político, econômico, nos mais variados campos de expressão de poder. 2. Dentro dessa perspectiva, consoante bem pontuado no "Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero"- grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, "o conceito de gênero diz respeito a um conjunto de ideias socialmente construídas, atribuídas a determinado grupo. Essas ideias são cristalizadas no que se convencionou chamar 'estereótipos de gênero'". 3. A lei não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 4. É dizer, para a incidência da Lei Maria da Penha, basta a comprovação de que a

> violência contra a mulher tenha sido exercida no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida. 5. No caso dos autos, a acusada haveria praticado lesão corporal contra sua mãe, no ambiente doméstico. A decisão está em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte Superior, que entende que "o objeto de tutela da Lei 11.340/2006 é a mulher em situação de vulnerabilidade não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor" (HC n. 277.561/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 13/11/2014). 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.058.209/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

Portanto, com base no Banco de Dados disponibilizado pelo CNJ, é possível verificar que os Tribunais, estaduais ou superiores, além dos federais ou trabalhistas, estão aplicando o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, seguindo o seu guia para formulação de decisões que buscam extinguir a desigualdade e lesão aos direitos de gênero.

Ainda que o Banco de Dados não apresente atualização recente para todos os Tribunais Estaduais do país, nos *sites* de cada Tribunal é possível realizar uma pesquisa individualizada, verificando que existem decisões recentes aplicando o Protocolo.

Ademais, cita-se a importância das organizações internas dos Tribunais para dar amparo à população. No Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, encontra-se a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar - CEVID, que foi criada em 2011 por meio da Resolução nº 20/2011 do Órgão Especial.

Presente também em outros tribunais do país, a CEVID tem como função a elaboração de propostas para melhorar a estrutura do Poder Judiciário, especialmente no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Do mesmo modo, atua no apoio de magistrados, servidores e equipes multidisciplinares que atuam na temática e promove a articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não governamentais.

Ainda, observa-se que a criação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero acabou por incentivar avanços em duas esferas que demandam atenção: a) Equidade na composição da magistratura brasileira; e b) criação de um protocolo de julgamento com perspectiva racial.

Em 26.09.2023 o CNJ alterou a Resolução de n 106/2010, que tratava dos critérios objetivos para promoção de magistrados e magistradas, buscando atingir paridade de gênero no Poder Judiciário, por meio de editais exclusivamente composto por mulheres, alternados aos editais mistos.

No segundo caso, por sua vez, ainda está no início do que poderá vir a se tornar um grande marco na justiça brasileira. Atualmente estão sendo recebidas propostas para promoção de equidade e proteção dos direitos fundamentais, para posterior início dos trabalhos pelo Fórum Nacional do Poder Judiciário para Equidade Racial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, no contexto histórico apresentado neste artigo, é evidente que, de início, as questões de gênero normalmente estavam acompanhadas de pensamentos discriminatórios, preconceituosos e cercadores de direitos e liberdades.

Por outro lado, atualmente, é possível observar uma mudança significativa nesse cenário em decorrência da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da criação de protocolos e recomendações pelo CNJ, apresentando instruções mais específicas sobre como deverá ocorrer o tratamento das questões de gênero no ambiente nacional. Além de uma possível mudança na mentalidade dos julgadores, dado não palpável.

Desse modo, com base nas análises realizadas, foi possível identificar que há necessidade de um regramento específico quando se busca garantir a efetivação de direitos de grupos considerados minoritários. Isso porque, ainda que constasse na Constituição Federal a

garantia de igualdade entre gêneros, tal direito não era sempre assegurado na prática quando o Poder Judiciário precisava enfrentar casos como o de Márcia Barbosa de Souza.

Nesse mesmo sentido, importante reconhecer o papel das integrantes dos grupos de trabalhos, comitês de acompanhamento e demais organizações formadas para monitorar o funcionamento do Protocolo nos Tribunais, a sua correta aplicação pelos julgadores e a formação de um Banco de Dados capaz de reunir em um único local as informações concretas colhidas a partir do Protocolo.

A respeito disso, em análise ao Banco de Sentenças e Decisões foi possível observar que o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero tem sido majoritariamente aplicado em processos de matéria penal. Não se observa, portanto, grande aplicabilidade nos processos de natureza cível, quando comparado aos processos de natureza penal.

Ainda, verifica-se que há apenas duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), ambas de natureza cível. A primeira versando sobre questões de Direitos da Personalidade da pessoa transgênero, e a segunda sobre Direito de Família, especificamente alimentos. Ambos os processos são de 2021, fato que demonstra, desse modo, uma desatualização do Banco de Dados em relação à evolução do estado paranaense na aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Contudo, em rápida consulta ao Banco de Dados de jurisprudência do TJPR é possível verificar que após 2021 outros magistrados e magistradas continuaram a aplicar o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero nas suas decisões. Observa-se, ainda, que a 11ª e a 12ª Câmara Cíveis, que apresentam o maior número de julgados com inclusão do Protocolo como base para as suas decisões.

As câmaras citadas têm competência em matéria de direito de Família, união estável e homoafetiva, além do ECA, ressalvada a matéria infracional, direito das sucessões, e alienação fiduciária e alheios. Sendo possível entender, portanto, que o protocolo tem sido mais aplicado nos casos de natureza cível, especificamente de Direito de Família, no Tribunal de Justiça do Paraná. Necessário pensar, portanto, o motivo da menor aplicação do Protocolo em outras áreas do direito, fato que pretende ser abordado em outro trabalho.

Em linhas gerais o que se observa, é que não se trata, portanto, de tentativa de alcançar uma igualdade formal para julgamento de homens e mulheres, mas de uma busca por equidade. Com observação das singularidades correspondentes ao gênero e ao contexto que a pessoa do sexo feminino estaria inserida em determinado processo.

Em síntese, no artigo foi possível verificar que, ainda que seja necessário um lembrete constante da sua existência e importância, além de um acompanhamento substancial da aplicação do protocolo por grupos e comitês, o Poder Judiciário tem se voltado cada vez mais para as questões de gênero. Restando, desse modo, um olhar esperançoso para o futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMÉTRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 2019, v. 15, n. 3, p. 1/20, 28 out. 2019. DOI https://doi.org/10.1590/2317-6172201930. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/h6zYg8QxXTwxhmsjVDdcqXc/abstract/?lang=pt. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria Nº 27 do CNJ. Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3714. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 128 do CNJ. Recomenda a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero" no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 492 do CNJ. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê

de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986. Acesso em: 3 abr. 2024.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 3 abr. 2024.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ata da 1ª Reunião do Comitê para Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 15/12/2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/01/ata-da-1a-reuniao-do-comite-de-acompanhamento-e-capacitacao-sobre-julgamento-com-perspectiva-de-genero.pdf. Acesso em: 3 abr. 2024.
BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: **MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES**, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.
BRASIL. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: **MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES**, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.
CORTE IDH. **Caso Fernández Ortega e outros Vs. México**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215.
CORTE IDH. **Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentencia de 16 de novembro de 2009.
CORTE IDH. **Caso Marcia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil.** Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2021. Série C No. 407.
CASO Márcia Barbosa de Souza. **Revista da Secretaria da Mulher e da Diversidade Humana**, Paraíba, p. 1-3, 8 abr. 2022. Disponível em: https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-da-mulher-e-da-diversidade-humana/noticias/caso-marcia-barbosa-de-souza-1. Acesso em: 20 mar. 2024.
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Boletim Informativo nº 204, outubro de 2023.** A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil no caso da morte de Márcia Barbosa de Souza, vítima de assassinato, ocorrido em 17 de junho de 1998. Edição 53, out. 2023. Disponível em: https://www.defensoria.ro.def.br/wp-content/uploads/2023/10/INFO-204-condenacao-Brasil-CIDH.pdf. Acesso em: 3 abr. 2024.
FACHIN, Melina Girardi; OLSEN, Ana Carolina Lopes. Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, p. 95-108, ago. 2022. Edição especial. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/167822. Acesso em: 3 abr. 2024.
HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). **Tratado dos Direitos das Mulheres.** Curitiba: Juruá, 2020. 552p. ISBN: 978-85-362-9464-3.
MIGUENS, Marcela Siqueira; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. González e outras ("campo algodoeiro") vs. México (2009): violência contra a mulher e definição de feminicídio. **NIDH - Núcleo Interamericano de Direitos Humanos**, [*S. l.*], 22 fev. 2018. Disponível em: https://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/. Acesso em: 23 mar. 2024.
MÉXICO. Protocolo para Julgar com Perspectiva de Gênero. Apresentação Ministro Arturo Zaldívar. – Primeira edição. – Cidade do México, México: **Supremo Tribunal de Justiça da Nação**, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/protocolo-internacional-e-book.pdf. Acesso em: 3 abr. 2024.
MODELLI, Lais. Feminicídio: como uma cidade mexicana ajudou a batizar a violência contra mulheres. **BBC**, São Paulo, 10 dez. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545. Acesso em: 3 abr. 2024.
PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. **Scielo**, [*S. l.*], p. 219-246, 16 fev. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cpa/a/k9RYCQZhFVgJLhr6sywV7JR/. Acesso em: 2 abr. 2024.
PAUSE, Manuela Hamester; MALLMANN, Rafaela Weber. **Feminicídio como crime de Estado no caso Campo Algodoeiro: uma análise a partir do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, p. 13-13, 2018, p. 06.
PROPOSTAS normativas voltadas à promoção da igualdade material de gênero no direito processual civil brasileiro. **REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL - REDP.** 3. ed. [S. l.: s. n.], 2021. v. 22, ISBN 1982-7636. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62276.
SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista: Expressões das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA ERA DIGITAL: A RELEVÂNCIA DA GESTÃO 2018/2020 PARA A TUTELA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Eduardo Augusto Salomão Cambi[272], Silvana Aparecida Plastina Cardoso[273]
Saulo Capelari Junior[274]

INTRODUÇÃO

Ao longo da história humana as inovações tecnológicas surgiram como movimentos disruptivos para substituir as atividades humanas penosas ou repetitivas, em ações desempenhadas por máquinas. A Era Digital, inaugurada pela Terceira Revolução Industrial, por meio da evolução dos computadores e da *internet*, aproximou em questão de segundos os extremos do globo terrestre.

A Quarta Revolução Industrial viabilizou a junção dos meios físico, biológico e virtual, possibilitando o surgimento de novas tecnologias, bem como o aprimoramento de sistemas de Inteligência Artificial (IA), que, atualmente, são capazes de realizar atividades cada vez mais específicas, como já acontece com os carros autônomos.

Certo é que diversos são os pontos passíveis de discussão dentro dessa temática. Todavia, é preciso fazer um recorte para que o objeto da pesquisa seja estudado de maneira eficiente. A partir do momento que se compreende o avançado grau de desenvolvimento tecnológico da atual sociedade da informação, vislumbra-se um cenário novo e desafiador, propício para o surgimento de novas relações jurídicas.

Nesse sentido, o Poder Judiciário brasileiro se tornou referência mundial no que tange ao uso de inovações tecnológicas voltadas para melhorar o desempenho de suas funções, como é o caso do Projeto Victor, sistema de Inteligência Artificial desenvolvida pela Universidade de Brasília (UnB) em parceria com o Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, um recorte se faz necessário, pois a presente pesquisa irá averiguar a função do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em relação aos avanços tecnológicos, durante a gestão 2018/2020, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, merecidamente homenageado por esta obra, com o intuito de demonstrar a relevância dos mecanismos tecnológicos voltados a evitar o desgaste desnecessário tanto dos cidadãos como do próprio sistema de justiça.

O trabalho seguirá o método dedutivo e se valerá de mecanismos de pesquisa bibliográfico e documental. Primeiramente, pretende-se demonstrar a relevância da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em relação a manutenção do Estado Democrático de Direito brasileiro, frente aos avanços consagrados pela Era Digital. Em seguida, serão examinados os avanços conquistados pela gestão 2018/2020, quanto às inovações tecnológicas aplicadas ao sistema de justiça, a partir de um recorte temporal e material das Resoluções editadas pelo CNJ neste período

[272] Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná -UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e do Centro Universitário Assis Gurgaz – FAG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4944-1256. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

[273] Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-graduada em Educação a Distância pela Faculdade Arthur Tomas - FAAT. Pós-graduada em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduada em Direito pelo Instituto Catuaí de Ensino Superior - ICES. Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Arapongas - FAFICLA. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0794-6547. E-mail: silvanaplastina@hotmail.com.

[274] Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Foi bolsista CAPES. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP. Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais e Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil" (UENP). Advogado e Professor. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3241-7698. E-mail: saulo.capelari@hotmail.com.

1 JUSTIÇA E TECNOLOGIA: O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) PARA A PROTEÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ERA DIGITAL

A Era Digital pode ser dividida em dois momentos distintos. O primeiro deles, pela denominada Terceira Revolução Industrial, caracterizada pela criação dos computadores e pela difusão da *internet*, e o segundo, pela Quarta Revolução Industrial, como a responsável pela união dos meios físico, biológico e virtual em uma mesma tecnologia.

A palavra "Revolução", segundo Klaus Schwab, "denota uma mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos" (Schwab, 2016, p. 15).

Nesse sentido, as inovações tecnológicas que decorrem desse cenário de intenso desenvolvimento de mecanismos disruptivos, atrelados ao alto grau de aprimoramento tecnológico resultante, principalmente, do avanço da Quarta Revolução Industrial, deram origem ao surgimento de novas relações sociais que acabam por chamar a atenção do sistema jurídico.

Mesmo não prevendo explicitamente questões atinentes as ferramentas de virtualização do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45 evidenciou a necessidade de criação de mecanismos capazes de aumentar a celeridade processual, ou seja, o seu objetivo precípuo era o de desafogar o sistema de justiça que se encontrava abarrotado de demandas, bem como evitar a judicialização de litígios de menor importância social (Moraes; Silva, 2023).

Em razão do processo de digitalização e virtualização dos Tribunais brasileiro, iniciado com a edição da Lei nº 14.419/2006, diversos avanços foram concretizados, o que possibilitou a transição dos serviços judiciais para o Século XXI.

As principais metas do Conselho Nacional de Justiça são conferir maior celeridade ao trâmite processual e efetividade ao acesso à justiça. Nos últimos anos, os Tribunais brasileiros assumiram uma postura de destaque na modernização de suas estruturas internas. Um destes exemplos é o Projeto Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) sob a coordenação do Professor Doutor Fabiano Hartman.

O Victor consiste em um sistema de Inteligência Artificial, composto por um conjunto de algoritmos logicamente dispostos e devidamente programados para desempenhar certas funções. Ele tua como uma espécie de "peneira", filtrando os recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e que já possuem Repercussão Geral reconhecida. Fabiano Hartmann *et al* esclarecem que seus principais objetivos são "o aumento da celeridade de processamento, incremento da precisão e acurácia nas etapas envolvidas, de forma a apoiar os recursos humanos envolvidos nas atividades judiciárias" (Hartmann, *et al*, 2019, p. 20).

Diversos Tribunais no Brasil possuem sistemas de Inteligência Artificial em pleno funcionamento. A Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 possibilitou o início do processo de informatização do sistema de justiça, conferindo base para o Poder Judiciário principiar de modo efetivo a virtualização de suas estruturas, documentos e serviços. Tal lei permitiu o uso de um sistema eletrônico para a tramitação das demandas judiciais; para a comunicação dos atos judiciais e inserção das peças processuais, determinando que tais transformações deveriam ser aplicadas indistintamente ao processo civil, penal, trabalhista e juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (Brasil, 2006).

O artigo 14 da Lei nº 11.419/2006 consagrou ainda que "Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização" (Brasil, 2006); ou seja, a orientação é no sentido de conferir uniformidade aos sistemas desenvolvidos.

A partir dos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário nos anos subsequentes a publicação da Lei nº 11.419/2006, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou uma série de orientações envolvendo direito e tecnologia. Destaca-se a Resolução nº 370, em 28 de janeiro de 2021,

impulsionada pelos desafios surgidos com a Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19), quando foi estabelecido a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) para o sexênio 2021-2026.

O parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 370/2021 determina que:

> Art. 1º Fica Instituída a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do poder Judiciário (ENTIC-JUD) para o sexênio 2021-2026, em harmonia com os macrodesafios do Poder Judiciário, em especial com o que estabelece o "Fortalecimento da Estratégia Nacional de TIC e a proteção de Dados". Parágrafo único. O objetivo da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário é constituir o principal instrumento de promoção e governança ágil do Poder Judiciário por meio de serviços e soluções digitais inovadoras que impulsionem a evolução tecnológica do Poder Judiciário (Brasil, 2021a).

A estratégia adota uma ordem para estabelecer os seus objetivos centrais. O primeiro ponto, definido pelo art. 2º e seus incisos, são as metas perante a sociedade, sendo elas o aumento da satisfação dos usuários do sistema judiciário e a promoção da transformação digital.

Em relação ao aprendizado e ao crescimento, objetiva-se o reconhecimento e o desenvolvimento das competências dos colaboradores e a busca por inovação das formas colaborativas. Os objetivos da estratégia nacional em relação aos processos internos são: o aperfeiçoamento da governança e da gestão; o aprimoramento das aquisições e contratações; o aprimoramento da segurança da informação e da gestão de dados; e a promoção dos serviços de infraestrutura e soluções corporativas (Brasil, 2021a).

A Resolução nº 370/2021 também instituiu a meta fundamental de atingir no mínimo 75% dos órgãos do Poder Judiciário com nível satisfatório de maturidade em relação a Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação até dezembro de 2026 (Brasil, 2021a). Para a consecução de tais objetivos, os órgãos do Poder Judiciário brasileiro deverão elaborar um Plano de Transformação Digital que orientará o desenvolvimento das atividades que visam, sobretudo, a concretização da estratégia durante o sexênio 2021-2026.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 07 de junho de 2021 a Resolução nº 396, que trata da Gestão Administrativa; Tecnologia da Informação e Comunicação, bem como da Gestão e Organização Judiciária, instituindo as diretrizes e as normas aplicáveis aos órgãos do Poder Judiciário para a digitalização e gestão de documentos e processos judiciais e administrativos digitalizados (Brasil, 2021b).

Nesse sentido, observa-se que o CNJ tem direcionado esforços para desenvolver adequadamente o movimento de adequação tecnológica do Poder Judiciário. Isso reflete na velocidade de transformação da Revolução Digital, como bem salienta Valter de Araújo e Anderson:

> O exponencial crescimento da máquina administrativa exigida para fazer frente à atividade que deveria ser meio de pacificação social, nunca um fim em si mesma, não encontra mais guarida na atual conjuntura. A gestão e a racionalização são os desafios atuais, demandando-se a reengenharia na estrutura de pessoal, a simplificação nas rotinas procedimentais e a indispensável virtualização dos trâmites processuais (processo eletrônico) (Araújo; Gabriel, 2022, p. 34).

Atrelado ao desenvolvimento tecnológico do Poder Judiciário, surgem novos problemas, como os casos envolvendo Segurança Cibernética e proteção de dados. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi vítima de ataque *hacker* no ano de 2020, com o sequestro de vasta quantidade de dados (Migalhas, 2020). Também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes teve um mandado de prisão expedido, cujo conteúdo determinava a sua própria prisão.

Marco Rodrigues e Caio Walkins concluem que:

> A virtualização não apenas dos processos, mas também das unidades judiciárias, inaugura uma nova forma de prestar a jurisdição estatal. Desprendida de espaço

> físico e libertada de muitas amarras territoriais, a atividade jurisdicional assume a feição de um serviço e tende a se tornar mais funcional e eficiente (Rodrigues, 2022, p. 115).

O Conselho Nacional de Justiça tem intensificado as ações de segurança de dados, incentivando medidas voltadas para a regulamentação dos avanços envolvendo direito e tecnologia. Fruto da Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, diversas providências estão sendo implementadas desde 2021 com o intuito de:

> promover a comunicação contínua para trocar informações, disseminar boas práticas e orientar respostas dos órgãos da Justiça a eventuais ameaças de ataques *hackers*. (...) tem como objetivo tornar o Judiciário mais seguro e inclusivo no ambiente digital, aumentar a resiliência às ameaças cibernéticas e fortalecer a coordenação integrada de ações de segurança nos órgãos do Poder Judiciário (Meaji, 2021).

"Com o desenvolvimento democrático em um Estado de Direito, as forças de segurança atuarão sempre em sinergia com a ordem legal, que é, em última análise, a vontade social" (Graça, 2014, p. 83).

Com efeito, o Conselho Nacional Justiça (CNJ), na defesa do Estado Democrático de Direito, tem procurado efetivar, por meio do desenvolvimento de novas tecnologias, a tutela dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social na Era Digital.

2 OS AVANÇOS DA GESTÃO 2018/2020 SOB A PRESIDÊNCIA DO MINISTRO DIAS TOFFOLI, EM MATÉRIA DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA APLICADA AO SISTEMA DE JUSTIÇA

O objetivo principal deste texto é demonstrar o papel fundamental exercido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na manutenção do Estado Democrático de Direito brasileiro, em relação à regulamentação das inovações tecnológicas decorrentes da Era Digital, como mecanismos valiosos para o aprimoramento do sistema de justiça.

Anteriormente, foram apresentadas algumas iniciativas do CNJ bem como algumas diretrizes elaboradas para a manutenção do equilíbrio entre o Poder Judiciário e as inovações tecnológicas. Todavia, é importante salientar os avanços trazidos na gestão do biênio 2018/2020 do Conselho Nacional de Justiça, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, restringindo a pesquisa para as resoluções voltadas para a relação entre direito e tecnologia.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública focada em aperfeiçoar o trabalho do Poder Judiciário brasileiro, especialmente no que diz respeito a questões de controle, transparência administrativa e processual, tendo como visão a promoção do aprimoramento do sistema de justiça em benefício da sociedade, por meio de políticas judiciárias e do controle da atuação administrativa e financeira.

Em tempos em que a tecnologia se encontra difundida e aplicada nos mais variados setores da sociedade, a existência do CNJ possibilita que a prestação jurisdicional não seja apenas interrompida, mas também seja aprimorada a partir dos instrumentos disponíveis no mercado.

Atualmente, a celeridade de propagação das informações bem como o seu volume quantitativo exigem a utilização e o desenvolvimento de novas tecnologias para a leitura e sistematização de dados (Martinez; Scherch, 2020, p. 5). O Poder Judiciário brasileiro está aperfeiçoando diversas ferramentas que estão potencializando as ações internas dos tribunais.

Pedro Ivo Pinto bem destaca que, "Em que pese sua inegável importância, se não houver um planejamento de segurança ao redor dos atores e do próprio patrimônio do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional pode ser seriamente comprometida" (Pinto, 2023, p. 273).

Por isso, em setembro de 2020, foram apresentadas à comunidade diversos projetos e programas implementados ao longo do biênio 2018/2020. Destaca-se o Programa Justiça Presente, responsável pela implantação do Sistema Eletrônico de Execuções Unificados (SEEU), até agosto de

2020, em 29 tribunais do país. Uma das frentes de atuação da gestão foi a inovação em automação de serviços repetitivos, sistemas e inteligência artificial, como é o caso da plataforma SINAPSES, um sistema especializado na produção de modelos de inteligências artificiais em larga escala (Brasil, 2020); seu "propósito é utilizar a inteligência artificial para agilizar e aprimorar o processo judicial tornando-se mais eficiente e efetivo (Pinto, 2023, p. 247).

Essas ações do CNJ contam com a participação de profissionais de diversas áreas. O desenvolvimento de sistemas de IA depende de uma equipe multidisciplinar, contendo, por exemplo, advogados, engenheiros, desenvolvedores, sociólogos, etc., para que dessa maneira seja possível elaborar um programa apto a compreender o cenário em que está inserido (Trejo, 2023).

Além disso, foi desenvolvida uma ação de aperfeiçoamento colaborativo do Processo Judicial Eletrônico (PJe), com cursos semanais à distância e ao vivo, onde foram abordadas questões atinentes à celeridade processual e a qualidade do trabalho.

Em agosto de 2020, foram apresentados os módulos de automação das execuções fiscais no mesmo sistema, intitulado "Resolve – Execuções fiscais" (Brasil, 2020). O CNJ já havia editado a Resolução nº 261/2018 e instituído o Sistema de Solução Digital da Dívida Ativa, objetivando melhorar a composição dos conflitos entre o contribuinte e as Fazendas Públicas, a fim de conferir eficácia à execução fiscal e à razoável duração do processo (Brasil, 2018). Desse modo, o artigo 2º da Resolução informa que, a partir da ideia de boa qualidade dos serviços prestados e à disseminação da cultura da pacificação social, devem ser observados os seguintes pontos:

> I – a eficiência atual sistema de execução fiscal;
> II – o volume de dívidas ativas que permanecem estacionárias nas fazendas públicas;
>
> III – o montante das dívidas ativas que prescrevem em e caracterizam remissão involuntária de créditos tributários e não tributários;
>
> IV – a necessidade de planeamento com base em probabilidades para a definição de acordos que respeitem os princípios da moralidade, da probidade administrativa e do interesse público (Brasil, 2018).

A Resolução nº 205/2019 foi outro importante avanço, tendo como objeto central a delimitação de parâmetros para o uso das redes sociais pelos próprios membros do Poder Judiciário, haja vista a necessidade de se compatibilizar o exercício da liberdade de expressão com os deveres inerentes ao cargo ocupado (Brasil, 2019a).

Em setembro de 2019, o CNJ editou a Resolução nº 296, criando diversas e importantes Comissões Permanentes, dentre elas: a Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Inovação; a Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos; a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários; e a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 (Brasil, 2019b).

Em agosto de 2020, a Resolução nº 332 elencou questões de ética, transparência e governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Esses são pontos de extrema importância para uma atuação ética dos sistemas de IA no Judiciário, tendo em vista que tal mecanismo objetiva promover o bem-estar dos jurisdicionados e uma prestação equitativa da jurisdição, bem como desenvolver e implementar novos métodos e práticas que possibilitem a consecução de tais objetivos (Brasil, 2020a).

Além disso, o Ministro Dias Toffoli, na Presidência do CNJ, atuou de modo célere, objetivo e consciente, editando medidas que foram fundamentais para a manutenção do sistema justiça no Brasil logo no início da crise instaurada pela Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). Os usos adequados das inovações tecnológicas foram imprescindíveis para a continuidade da prestação jurisdicional nos excepcionais dias de Pandemia.

A fim de acompanhar os índices do Poder Judiciário no Brasil, bem como estruturar um conjunto de dados que possibilite a tomada de atitudes voltadas a sanar seus problemas intrínsecos,

o Conselho Nacional de Justiça elabora anualmente o "Relatório Justiça em Números", tomando como base o ano judiciário imediatamente anterior.

Com o intuito de averiguar os avanços consagrados pelo Judiciário no ano de 2020, o Relatório Justiça em Números 2021 reservou um capítulo inteiro para tratar da atuação inovadora do Poder Judiciário durante o período de pandemia: "A pandemia da COVID-19 em 2020 foi um momento de reinvenção dos fluxos de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, em que se empregou diversas medidas inovadoras e tecnológicas para a continuidade da prestação jurisdicional" (Brasil, 2021c).

Ações como o Juízo 100% Digital, os Núcleos de Justiça 4.0, o Balcão Virtual, a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ) e o Programa Justiça 4.0 foram algumas das medidas implementadas durante esse período que permitiram que a prestação da tutela jurisdicional continuasse e protegesse a cidadania dos brasileiros.

O Relatório Justiça em Números 2023, tomou como base o ano judiciário de 2022, apresentou o sistema Codex, o Painel de Estatísticas, o Painel de Grandes Litigantes, o Domicílio Eletrônico e o Índice de Processos Eletrônicos, além das inovações trazidas pelo documento de 2021. Nota-se, portanto, que o Poder Judiciário se encontra em contínua evolução, valendo-se da tecnologia como meio para potencializar suas responsabilidades e cumprir com seus propósitos.

Portanto, as medidas tomadas pelo Ministro Dias Toffoli na presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante o biênio 2018/2020, foram importantes para possibilitar o funcionamento adequado do Poder Judiciário na pandemia do Covid-19 e no pós-pandemia.

A aproximação entre Direito e Tecnologia é fundamental para a execução do serviço judiciário no século XXI, para a defesa do Estado Democrático de Direito e da efetivação da justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto procurou examinar o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na regulamentação dos avanços tecnológicos característicos da Era Digital, especificamente durante a gestão 2018/2020, cuja presidência competia ao Ministro Dias Toffoli, almejando demonstrar a relevância desses mecanismos para o aperfeiçoamento do sistema de justiça.

Destacou-se a relevância da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) enquanto instituição fundamental para a formulação de estratégias e desenvolvimento de políticas institucionais do Poder Judiciário no Brasil. O CNJ tem papel destacado na promoção da justiça social e efetivação do Estado Democrático de Direito na Era Digital.

Durante a gestão 2018/2020, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, houve a regulamentação de diversas inovações tecnológicas que estão sendo aplicadas ao sistema de justiça.

Os "Relatórios Justiça em Números" apontam que o Poder Judiciário no Brasil tem se movimentado tanto em relação a implementação dessas inovações como também no que diz respeito a sua devida regulamentação. As ações desenvolvidas durante o biênio 2018/2020 atreladas à realidade imposta pela Pandemia, foram fundamentais para uma visível evolução na atuação dos profissionais do Direito que até então resistiam ao uso das novas tecnologias.

Portanto, a liderança e o senso de oportunidade do Ministro Dias Toffoli, na presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram essenciais para uma transformação de mentalidade no universo jurídico. A regulamentação e adequação do Poder Judiciário às inovações tecnológicas são imprescindíveis para a manutenção e para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araújo, Valter Shunquener de; Gabriel, Anderson de Paiva. Justiça 4.0: a transformação tecnológica do Poder Judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022. **Revista do TJDFT,** n. 01, 2022.

Brasil [CNJ, 2018]. **Resolução nº 261, de setembro de 2018**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2689. Acesso em: 23 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2019a]. **Resolução nº 305, de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124. Acesso em: 23 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2019b]. **Resolução nº 296, de setembro de 2019**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3038. Acesso em: 23 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2020a]. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 23 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2020]. **Conselho Nacional de Justiça –** Gestão 2018/2020. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Entrevista-Ministro-Dias-Toffoli_setembro_WEB-1.pdf. Acesso em: 23 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2021a]. **Resolução 370** - Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3706. Acesso em: 27 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2021b]. **Resolução n. 396** - Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975. Acesso em: 27 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2021c]. **Relatório Justiça em Número 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

Brasil [CNJ, 2023]. **Relatório Justiça em Número 2023**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça (2024). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

Brasil [Legislação, 2006]. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Brasília, DF: Presidência da República (2024). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.419%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202006.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20informatiza%C3%A7%C3%A3o%20do,Civil%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 17 mar. 2024.

Graça, Ronaldo Bach da. Regulação da Guerra Cibernética e o Estado Democrático de Direito no Brasil. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações,** v. 6, n. 1, 2014.

Hartmann, Fabiano; Inazawa, Pedro; Campos, Teófilo de; Silva, Nilton; Braz, Fabrício. Projeto Victor: como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados. **Revista da Sociedade Brasileira de Computação,** n. 1, 2019.

Martinez, Vinício Carrilho; Scherch, Vinícius Alves. Relações entre direito e tecnologia no século XXI. **Revista de Direito de Viçosa,** v. 12, n. 03, 2020.

Meaji, Vanessa. CNJ fortalece ações em rede para aprimorar segurança cibernética dos tribunais. **CNJ.jus.br,** 26 abr. 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-fortalece-acoes-em-rede-para-aprimorar-seguranca-cibernetica-dos-tribunais/. Acesso em: 28 mar. 2024.

Migalhas. Hacker invade STJ, sequestra dados e cobra resgate. **Migalhas**, 05 nov. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/335987/hacker-invade-stj--sequestra-dados-e-cobra-resgate. Acesso em: 28 mar. 2024.

Moraes, Daniela Marques de; Silva, Laís de Oliveira e. A virtualização dos julgamentos dos Tribunais superiores e as consequências no processo de cognição decisória. **Revista de Direito da UnB**, Brasília, v. 07, n. 01, 2023.

Pinto, Pedro IVO Vasconcellos da Costa. Inteligência Artificial na segurança institucional do Poder Judiciário: análise de dados criminais. **Revista CNJ,** v. 7, n. 2, 2023.

Rodrigues, Marco Antonio dos Santos; Walkins, Caio. Núcleos de Justiça 4.0: O declínio da territorialidade e os novos horizontes da especialização. **Revista CNJ**, v. 6, n. 2, 2022.

Schawb, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Trejo, Jordy A. Ramirez. Acesso à Justiça e Inteligência Artificial: ética, transparência e governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. 2023. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-graduação, Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR, 2023.

O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO SOB À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO E DA SEMIÓTICA

Marcos Antonio Nunes da Silva[275] , Viviane Coelho de Séllos-Knoerr[276]

INTRODUÇÃO

As Ciências Sociais aplicadas têm passado por grandes transformações de cunho epistemológico, onde impera atualmente uma visão integrativa e interdisciplinar para melhor entender os fenômenos concernentes aos seus aspectos pragmáticos e utilitaristas.

O entendimento do Direito como acontecimento e a ordem jurídica em sua estruturação, também foram objeto de intensa discussão para compreensão de todo o seu aparato funcional, sendo objeto de estudo de inúmeros pensadores.

Nesta sequência, o próprio domínio do Direito acaba trazendo à luz significados importantes também vinculados a sua interação social e a sua finalidade, calcada na pacificação e no equilíbrio social através dos ideais de Justiça.

Por esse prisma, a análise de teorias contemporâneas envolvendo a própria Teoria Geral do Direito proporcionam uma visão mais avançada e compreensível da realidade do fenômeno jurídico e do próprio ordenamento respectivo.

Dessa maneira, ganham corpo as conjecturas correlatas à Teoria dos Sistemas, à Teoria do Discurso e à Teoria da Semiótica, que podem ser aplicadas aos conceitos mais atuais do fenômeno jurídico e do próprio ordenamento jurídico.

De forma mais específica quanto a este trabalho, concretizando-se a subsunção dessas conjunturas ao tema proposto, é possível mencionar, sem esgotar o assunto, indicações sobre a evolução da ideia do Direito como fenômeno social, as proposições principais concernentes às teorias vinculadas a esta fenomenologia, a sua subsunção (ou não) às regras morais, as principais ideias atinentes ao pensamento jusnaturalista e positivista.

De forma subsequente, é possível abordar questões mais contemporâneas de compreensão do Direito à luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann, indicando seus principais fundamentos, bem como a Teoria do Discurso de Habermas e a Teoria da Semiótica da Escola de Paris, ligadas pelos conceitos de sistemas, significações, comunicações e linguagem; desvendando-se novos paradigmas epistemológicos e ontológicos que permitem uma visão bastante pragmática, interativa e conectada dos fenômenos jurídicos com todos os demais ramos e subsistemas sociais.

Assim, o principal objeto desta pesquisa envolve analisar, mesmo que sem esgotar o assunto, as principais ideias das referidas teorias e salientar as consequências de sua utilização, fornecendo uma visão mais amplificada do fenômeno "Direito".

A grande questão abordada neste estudo está ligada justamente à análise das principais linhas das referidas teorias e se elas se fazem compatíveis com a própria episteme do Direito, bem como quais são as derivações de suas aplicações.

Os questionamentos específicos da pesquisa envolvem as seguintes perguntas: O que é fenômeno do Direito no pensamento contemporâneo? Poderia o Direito ser explicado através da Teoria dos Sistemas? Expandindo referida Teoria, poderia o Direito ser analisado à luz da Semiótica? Quais os níveis de contribuições e esclarecimentos que esta forma de análise poderia ensejar?

---

[275] Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Mestre em Direito Empresarial Aplicado (FAMEC). *Master Trainer* em Programação Neurolinguística (INL). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil (PUCPR). Advogado. E-mail: marcos@marcosnunes.adv.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3699179235155669. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6342-5987.

[276] Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUCSP). Advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4609374374280294. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0775-2267.

Por este aspecto, utiliza-se dos métodos dedutivo, analítico e descritivo para construção do trabalho em análise. Dedutivo, pois é observado um fenômeno geral atinente à interação entre o Direito e diversas teorias que possam explicar correlato fenômeno, desdobrando-se na observação de determinados efeitos, concernentes à compreensão pragmática do sistema e do ordenamento jurídico; analítica, uma vez que percorre o estudo e avaliação da natureza das principais ideias das teorias aplicáveis; descritiva, pois salienta a opinião de pensadores sobre o assunto em pauta, contribuindo para a análise dos pontos comuns.

A discussão que é sugerida se faz relevante com a finalidade de averiguar os efeitos derivados da aplicação das referidas teorias, fomentando novos paradigmas para a ciência do Direito e para a sua análise como fenômeno social.

O estudo do tema se desenvolverá ao longo de dois capítulos principais. O primeiro capítulo, irá investigar essa relação do Direito com o sistema social, observando todo processo integrativo que implica no existir humano como ser legalmente relacionado, desde os primórdios das correntes jurídicas, tais como o Jusnaturalismo e o Juspostivismo. Por sua vez, o segundo apresenta essa face sistêmica do Direito, teorizando clássica e contemporaneamente, a normatização desse sistema, e sua autopoiese, sua capacidade de autorreferenciamento e autorregulação, compondo esse equilíbrio, com especial análise do enfoque da Semiótica aplicada ao Direito.

1 BREVES INDICAÇÕES SOBRE O CONCEITO E A ANÁLISE DE DIREITO

Relembrando o núcleo da Teoria do Direito, é possível observar e destacar algumas teorias diversificadas sobre o próprio conceito de Direito, transcorrendo por diferentes análises que se despontam através da própria Ciência Jurídica, a qual está em desenvolvimento contínuo.

1.1 DIREITO E SOCIEDADE

Sendo o ser humano uma entidade dotada de um instinto de interação mútua, percebe-se que há tendência majorante e até mesmo unânime de que os indivíduos se reúnam em grupos para, além de promoverem recíproca influência, também se organizarem em busca de um objetivo comum.

> O ser humano é essencialmente um ser social e político (Aristóteles, 1969). Está ele envolvido em uma trama de relações sociais, em ampla reciprocidade, formadora dos tecidos sociais (Bittar, 2018, p. 125).

Certamente a interação humana, faticamente observável, apresenta desdobramentos envolvendo formas de cooperação, mas também de competição e conflito, havendo necessidade indissociável de que sejam estabelecidas regras para organização e solução dos correlatos conflitos. Por conta dessa acepção se faz possível mencionar o aclamado adágio: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ib jus; ergo, ubi homo, ibi jus* (onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o Direito; logo, onde está o homem, está o Direito).

O Direito está em função da vida social, possuindo finalidade de favorecer o amplo relacionamento entre pessoas e grupos sociais. Separa o lícito do ilícito, segundo valores de convivência que a própria sociedade elege. O ordenamento jurídico torna possíveis as cooperações e as resoluções de conflitos, equilibrando as relações (Nader, 2017, p. 27).

Por tais aspectos, é possível perceber que o Direito está totalmente associado à existência da Sociedade, sendo ele um dos meios de controle social, assim como a própria Moral, a Religião, e as Regras de Trato Social; porém, possuindo elemento essencial que lhe confere diferenciação: o poder coercitivo.

1.2 DIREITO E MORAL

Muito importante relembrar que ao longo da evolução das concepções acerca do

entendimento do fenômeno do Direito e concernentes teorias, o Direito e a Moral se apresentam, em conformidade com a observação da interação social, possíveis de serem estabelecidas em formas abarcadas, ou em parcial interação, ou ainda em total distinção. Trata-se da Teoria dos Círculos e do "Mínimo Ético" desenvolvida por diversos pensadores.

Jeremy Benthan (1984), abordando referida teoria, indicava a sistemática dos círculos concêntricos, enfatizando que o círculo da Moral abarcava o círculo do Direito, sendo este último subordinado ao primeiro.

Em Du Pasquier (1967), as referidas imagens seriam círculos secantes, onde o campo do Direito e o campo da Moral possuiriam entre eles uma faixa comum de competência.

Na visão Kelsiana, Hans Kelsen (2000) concebeu que a norma seria o único elemento do Direito, enfatizando a sua pureza, indicando que o campo da Moral e do Direito estariam afastados entre si, sendo, portanto, círculos distantes.

Georg Jellinek (1970) desenvolveu também a Teoria do Mínimo Ético, salientando que o próprio Direito representaria o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar da sociedade, ilustrando-se também como círculos concêntricos, onde o Direito abarcaria a Moral.

Dessas concepções, as quais serão reanalisadas à luz da Teoria dos Sistemas e da Semiótica neste trabalho, o que se perfaz necessário resumir é que existiam indicações de interações entre os correlatos campos, salvo quanto à visão do Direito Puro, prevalecendo determinadas distinções que são apresentadas de forma resumida por diversos doutrinados.

Paulo Nader (2017, p. 27), dando ênfase a um resumo sobre as referidas interações entre a Moral e o Direito, indica que o Direito é baseado em sistema bilateral, heterônomo, exterior, coercitivo e com sanções pré-fixadas; a Moral estaria baseada em sistemática unilateral, autônoma em grande parte, interior, incoercitível e com sanções difusas.

1.3 O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Das diversas teorias existentes sobre a essência do Direito, importante destacar as duas linhas tradicionais de sua abrangência conceitual: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Calcado fortemente na filosofia, o Jusnaturalismo indica que o Direito e o ideal de Justiça são independentes da vontade humana, pois atrelados a uma ideia imutável e universal, valendo-se de princípios norteados pela própria natureza humana. A justiça torna-se o valor essencial para o Direito, conectando-se com a Moral (Goyard-fabre, 2002).

Já, o Juspositivismo, insere a ideia de Direito como aquele imposto pelo Estado à coletividade, através de normas formais que são editadas através de fatores sociais (Goyard-fabre, 2002).

Referidas teorias, certo dizer, desdobraram-se em subtipos filosóficos diversos para explicar a origem, a fonte e os fatores do Direito em si, sendo certo que também servem como base de apoio para a ideia do Direito como Sistema.

De qualquer forma, independentemente das subteorias que serviam para explicar o Direito como fenômeno, o que permanece ativo em uma abordagem pós-positivista, é de que determinados conceitos relativos ao Direito estão ligados à verificação lógica e empírica, comportando-se tal qual uma dialeticidade pragmática entre fatos e normas que por si interagem em um dado espaço social. Diante dessa perspectiva, a ideia de sistema entra em cena, não só para explicar os elementos próprios do Direito como querem enfatizar determinadas teorias "puras" do Direito como em Kelsen, mas também a interação desses elementos - mesmo que formadores de sistema com linguagem própria – com outros sistemas múltiplos, sociais, movimentando intercâmbio de informações.

2 O DIREITO COMO SISTEMA

No contexto atual, e em conformidade com o que lança à luz Eduardo Bittar (2018), as

principais teorias que se enquadram na definição do Direito se inserem na concepção de sistema.

É possível verificar, em consonância com o referido prisma, o Direito sob enfoque da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, da Teoria do Discurso de Habermas e também sob a abordagem da Teoria da Semiótica, que tem como base a Escola de Paris.

Por referidas linhas de raciocínio, o Direito se apresenta como uma Ciência que reúne vários vieses de concepções sociais, como relembra a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale (2018), concebendo referido fenômeno social como um conjunto de Normas, Fatos Sociais e Valores que dialogam entre si, por meio de interações dialéticas.

Contudo, a correlata compreensão não se faz estagnada nas atuais percepções sobre o Direito, acaudilhando também para si inúmeras fontes advindas das interações sociais e de diversas ciências, contemplando-se o Direito como um sistema autopoiético, mas que se relaciona com outros sistemas e ciências, por meio de uma rede de interações simbólicas, conforme a teoria da comunicação e da linguagem, inclusive sob o ponto de vista da semiótica jurídica (BITTAR, 2018, p. 421).

Dessa análise preliminar sobre o fenômeno do Direito é possível percebê-lo como sistema interativo que exerce influência e que é influenciado por outras ciências e fenômenos diversos, inclusive aqueles ligados aos fatos sociais.

Na obra Linguagem Jurídica, Eduardo Bittar (2001, p. 365) expõe que:

> Se o sistema social se diferencia por ser um sistema globalizante da esfera do relacionamento inter homines, o sistema jurídico se inscreve no todo social como sendo uma parte entre partes. Sistema entre sistemas, o sistema jurídico se amalgama e se perfeiçoa na medida da evolução e da involução das demais inflexões sociais que sofre. Opera-se em dialética com os universos de discurso que o cercam, também por estes é operado. Revela-se aqui a dialética que rege esse processo de interação entre a esfera dos valores jurídicos e a esfera existencial dos fatos. Sendo um sistema intertextual, a juridicidade vive em dinâmica interação com valores, ideias, informações, princípios, dados culturais; todos advindos dos sistemas que, de modo periférico, tocam o sistema jurídico. Este não pode ser concebido como um sistema hermético, fechado, pois está ladeado e influenciado por outros sistemas que ambientalizam e contextualizam seu próprio existir.

Assim, na contemporaneidade, existe a necessidade de aprofundamento constante aos conceitos fundamentais do Direito, especialmente envolvendo a própria análise da respectiva ciência sobre o ponto de vista epistemológico.

A revisitação aos temas envolvendo o conceito de Direito, a análise da Justiça como valor e fim da correlata Ciência, bem como da própria Norma e de seus Elementos se torna fundamental para atualização de concepções sobre os elementos estruturantes da referida Ciência.

Por outro vértice, os novos estudos sobre a hermenêutica jurídica, o sistema jurídico e a técnica do direito se tornam também objetos cogentes de revitalização dos estudos em razão das constantes inovações científicas que acabam por ampliar os horizontes conceituais e explicativos sobre os correlatos campos, espelhando a própria dinamicidade da sociedade.

Neste aspecto, ressurge a necessidade, quanto ao tema abordado, sobre a análise de novas perspectivas, sem perder-se de vista as concepções mais clássicas, envolvendo a **sistematização do direito** ou do próprio **sistema jurídico**.

O estudo do Sistema Jurídico é derivado, fortemente, do estudo da própria Norma Jurídica e dos atributos da Norma Jurídica, bem como de sua interação entre a normatividade e o mundo fático-social. Trata-se, na realidade, de um dos principais elementos da teoria analítica da Filosofia do Direito.

Em linhas gerais, Sistema significa a reunião de elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado; possui como características principais a Ordenação-Organização e a Unidade-Centralidade.

A importância do estudo do Sistema Jurídico se liga ao próprio conceito do Direito e ao conceito de Norma. Vislumbra-se, através dele, a coordenação para alcance da Justiça, sendo demonstrado o funcionamento entre as Normas e de outros elementos, além de indicar as conexões com outros sistemas, especialmente sociais.

2.1 PRINCIPAIS TEORIAS DO SISTEMA JURÍDICO

Nesta linha de raciocínio, é possível rememorar as principais teorias que dispõe o Direito como sistema.

Para as **Teorias Clássicas**, o Sistema Jurídico se trata de um conjunto de Princípios e Regras, trata-se de uma concepção ligada à normatividade, vinculando-se a uma visão de sistema puro de normas jurídicas e fechado. Encontramos referidos aspectos nas concepções de Hans Kelsen, para quem o Direito se estabelecia como um mecanismo racional, fechado e que recebia conceitos em conformidade com a estipulação da sua própria ordem jurídica, derivando-se da hierarquia Constituição-Leis.

Para as **Teorias Contemporâneas**, além das Regras e Princípios (que seriam regidos por Postulados Fundamentais), também fazem parte do sistema correlato as instituições, ações, poderes, competências, órgãos, procedimentos e fontes jurídicas. Tal aparato sistêmico possui a finalidade de uma concretização dinâmica da justiça, objetivando a coordenação social. Referidas teorias, normalmente calcadas em um pós-positivismo, possuem como fundamentos as novas acepções sobre interações sociais, desbravadas especialmente por Luhmann e Habermas.

Entre as principais teorias sobre o sistema jurídico é possível mencionar algumas de grande relevância – não que sejam as únicas – mas que possuem um cabedal teórico interessante sob o ponto de vista acadêmico.

São elas a Teoria Normativista, a Teoria dos Sistemas, a Teoria do Discurso e a Teoria Semiótica.

A **Teoria Normativista**, como previamente mencionada, tem como seu precursor Hans Kelsen (2000), muito difundida para explicar a ciência do direito como ciência autônoma, mas que já não é, por si, suficiente para esclarecer o sistema jurídico por completo – apesar de aclarar, ainda hoje, aspectos desse sistema. Nesta teoria, a Norma Jurídica é elemento central, sendo construída o que se denomina de "teoria pura", baseada nos escalões hierárquicos das normas. Atinge-se o conceito de Norma Fundamental – Valorativa, que se derivam as demais normas, com a Constituição no topo da hierarquia. Lembra-se, aqui, da figura piramidal do ordenamento jurídico.

A **Teoria dos Sistemas**, tem como um dos pensadores Niklas Luhmann (1983). Baseia-se na ideia de que o Sistema Jurídico é um Subsistema Social. Tem como fundamento o Positivismo Sociológico Contemporâneo. Seu discurso indica que a sociedade é um sistema social, o qual possui cada vez mais a necessidade do aumento da confiança e da redução de riscos. Tais indicadores estão ligados à Comunicação. Em razão disso, há a criação de subsistemas com linguagem comunicacional própria por meio do que se chama de desdiferenciação (do complexo para o menos complexo). O sistema jurídico é analisado como autopoiético, sendo subsistema que se comunica com os demais subsistemas por meio de linguagem binária (*imputs* e *outputs*).

A **Teoria do Discurso** tem como forte doutrinador Jürgen Habermas (2003). Absorve aspectos da Teoria dos Sistemas, mas em nível de complexidade, vai mais além, pois sugere novos elementos. Tem como ponto de partida a obra "Direito e Democracia" e elementos da Escola de Frankfurt. Também concebe o sistema jurídico como subsistema social, realizando-se uma distinção entre "sistemas" e "mundo da vida". Tem como base a comunicação, que é o elo entre atores sociais, por meio de redes de interseções simbólicas. Tem uma concepção procedimentalista do Direito (o Direito serve como meio), sendo baseada também na Soberania Popular e nos Direitos Humanos. Há, na referida teoria, uma correlação entre o Mundo da Vida, os Sistemas e a Esfera Pública que serve como espécie de filtro comunicacional entre tais mundos, sendo justamente nele o local do discurso que fundamenta a própria democracia.

A **Teoria Semiótica** é baseada em concepções desenvolvidas por estudiosos da Escola de Paris, sendo alguns dos seus principais pensadores, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce. A sua estrutura absorve conceitos de linguística, lógica e semiologia (estudo dos sistemas de significações). A Semiótica Jurídica envolve, assim, o processo de Significação Jurídica (Araujo, 2005).

Levando em conta as conjunturas indicadas, faz-se possível perceber que de certa forma as teorias indicadas se correlacionam em determinados elementos chaves, sempre havendo acréscimos contributivos para o entendimento do fenômeno do Direito, longe de ser algo estanque e sem finalidade; mas sim um sistema interativo que serve de seus próprios elementos para se manifestar no mundo social, interagindo dinamicamente com os demais sistemas.

2.2 DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Dos corolários antecedentes é possível antever que no sistema dinâmico social, subsistem subsistemas interativos em conformidade com a evolução de determinada sociedade.

Tanto ao macrossistema, quanto aos microssistemas, é aplicável o conceito de autopoiese.

Referida terminologia deriva dos termos "auto" e "poiese" que diz respeito à produção e criação, aplicada inicialmente por dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura (Araujo, 2005).

Referido conceito aponta para uma definição de vida como sendo (Teubner, 1993 *apud* Araujo, 2005, p. 72):

> [...] a autonomia e constância de uma determinada organização das relações e os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é autorreferencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e autoreprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva.

Luhmann adotou a correlata terminologia, elencando-a como método de observação social, com finalidade de explicar empiricamente os pressupostos de sua teoria dos sistemas.

Dessa análise surgiram os conceitos de **clausura** e de **autorreferência** do sistema. O primeiro envolve os elementos cognitivos e semânticos que fazem parte do sistema, em que também são filtrados elementos do meio ou de outros sistemas através de um código binário (*imputs* e *outputs*). O segundo envolve a autonomia sistêmica, mas não independente do todo, em razão das comunicações constantes entre o subsistema e o meio.

Neste sentido, o próprio Direito é "um sistema de segundo grau decorrente de uma especialização do sistema social cujo código binário (direito e não direito) filtra os elementos que farão parte do seu processo de autorreprodução recursiva" (Araujo, 2005, p. 82).

O Direito, portanto, seria um sistema semiaberto, pois ao possuir seus próprios elementos autônomos, concretiza determinado filtro pelo processo de seleção realizado pelo código "direito e não direito" em relação a elementos externos, podendo também concretizar o que é chamado de acoplamento estrutural, aportando seus elementos a outros sistemas.

Referida linha de pensamento permite encarar o Direito como fenômeno social que detém autonomia própria, constituído de elementos também singulares a si, tais como Normas, Princípios, Valores, Costumes, Procedimentos que o diferenciam; mas que interage com o seu meio e com os demais subsistemas, inclusive importando elementos diversos, através do filtro que possui para incorporar e manter a sua autorreferência.

Interessante ponderar que referido desenho permite uma abordagem empírica do Direito, inclusive como forma pragmática para a sua aplicação, pois influencia diretamente a fase da hermenêutica jurídica, fornecendo substratos suficientes para permitir uma expansão cognitiva e interativa da correlata Ciência, concernentes às teorias de concretização da função social de justiça.

2.3 SISTEMA AUTOPOIÉTICO DO DIREITO SOB O ENFOQUE DA SEMIÓTICA

Orquestra-se com as teorias de Luhmann e Habermas a Teoria da Semiótica.

Como já delineado, a Semiótica parte das referências dos estudos de linguística, lógica e semiologia; também derivado da lógica e da gramática; para explicar processos de significações.

Assim, o Direito é linguagem, a qual pressupõe a compreensão de signos (verbais e não verbais). Busca-se através dessa linguagem a Juridicidade que envolve a compreensão das significações e dos signos jurídicos.

Na visão de Alécio Silveira Nogueira (2011, p. 8), indica-se que:

> Normalmente um setor do conhecimento considerado autossuficiente, o Direito tem muito a renovar-se com uma visão externa de sua dinâmica, como tem muito a ganhar a Hermenêutica jurídica com a assimilação do instrumental das investigações linguísticas, em especial aqueles cunhados pela Semiótica ou pela Semiologia – desde que se tome cuidado, naturalmente, com as peculiaridades de cada área e suas incompatibilidades insuperáveis. Nesse sentido, a incorporação de tais conhecimentos ao processo de formação do intérprete do Direito, por exemplo, contribuiria sensivelmente para a revitalização da prática jurídica, conferindo a esta um suporte teórico mais condizente com a sua relevância como fenômeno social.

O sistema jurídico, pelo viés da Semiótica, "é um conjunto de textos em troca intersemiótica, encadeados por práticas argumentativas, que funcionam segundo dinâmicas argumentativas e contextuais, em torno de um ponto de partida discursivo comum, formando uma trama de relações e práticas de significação" (Bittar, 2018, p. 423).

Correlato sistema possui arquitetura sólida e segue a lógica estruturada de uma trama de textos e de discursos, mas que não é estática e sim, dinâmica.

Segundo Eduardo Bittar (2018, p. 425), o correlato sistema possui as seguintes características:

> a) envolve uma trama de textos e significações juridicamente relevantes;
> b) permite uma interação da práxis discursiva intertextual;
> c) está baseado nos elementos normativos e não apenas na norma;
> d) identifica-se com o pluralismo de fontes;
> e) trata-se de sistema dinâmico, não perfeito, aberto ou semiaberto;
> f) possui uma lógica de rede-de-tensões-intersemióticas;
> g) tem como Valores centrais: a Hierarquia, a Eficiência, a Segurança, a Razoabilidade, o Diálogo, a Atualidade e a Justiça;
> h) possui base nos atores discursivos (Advogado, Ministério Público, Juiz, Legislador, Executivo, Gestor, Partes, entre outros.

Assim, a melhor forma de visualizar o sistema jurídico é considerar que ele (Bittar, 2018, p. 431):

> [...] é parte do macro-universo-sócio-semiótico, onde estão se dando as relações sociais de forma mais ampla; e, do ponto de vista interno, é subdividido em microuniversos-de-discurso, estes produtores de condições regionais-locais de sentido jurídico. O movimento da totalidade intertextual é dinâmico e complexo, responde a estímulos discursivos, de forma a importar informações e exportar decisões, cumprindo a finalidade de realizar justiça, enquanto produz decisões que sejam capazes de atingir adequação entre provas, fatos e regras.

Em linhas gerais, portanto, o conceito mais contemporâneo pós-positivista sobre o Direito está calcado na Teoria dos Sistemas, na Teoria do Discurso e na própria Teoria da Semiótica, envolvendo um sistema jurídico semiaberto, incompleto, complexo, dinâmico, interativo, discursivo e plurinormativo.

CONCLUSÃO

A conclusão para a pergunta "o que é o fenômeno do Direito na contemporaneidade?" não se perfaz totalmente respondida na atualidade teórica. É possível perceber, no entanto, que as explicações quanto ao fenômeno "Direito" vêm sendo reavaliadas constantemente através da evolução das Ciências, especialmente aquelas com feições de ciências sociais aplicadas.

Indubitavelmente, todas as linhas teóricas dos pensadores envolvendo a epistemologia e a ontologia do Direito são contributivas para a formação de um conceito mais amplo e atualizado, constituindo-se amalgama necessário para a compreensão de um fenômeno tão complexo.

Incomensurável, assim, é a interdisciplinaridade e a influência recíproca entre os conceitos que complementam a compreensão do Direito.

Presentemente, uma das teorias que mais representa o amalgama de acepções já construídos se refere à Teoria dos Sistemas, que explica o Direito como um fenômeno subsistêmico, parte de um sistema social maior que está, em si, inserido no denominado "mundo da vida". Por este ponto, desloca-se o sistema jurídico das condições puristas e isoladas para um ambiente multifacetário, mais universalista, sem que ele possa perder a sua autonomia, mas que é influenciado pelo meio em que se encontra.

Complementam-se à referida teoria, as indicações advindas da Teoria do Discurso e da Teoria da Semiótica, dando ênfase à linguagem e às significações como modus operandi do próprio Direito.

Neste sentido, expõe Luciano Braz da Silva (2014, p. 217- 232):

> As discussões em torno do conceito de direito, de sistema de direitos e de Estado Democrático de Direito permitiram inserir um elemento intermediário entre a solidariedade da ação comunicativa no mundo da vida e a instrumentalidade dos sistemas que operam estrategicamente. Destarte o direito, via sistema jurídico, representa o instrumento pelo qual opera o intercâmbio entre o mundo da vida e os sistemas, bem como entre ação comunicativa e estratégica. A partir do conceito do agir comunicativo - em que encontramos forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento - podemos visualizar - no próprio conceito - sua função peculiar e necessária à coordenação da ação.

O Direito compreendido por estas facetas se perfaz de maneira bastante utilitarista, voltado ao ideal de justiça a que se preza, sendo uma engrenagem importante da pacificação, cumprindo a sua função social de maneira a interpenetrar os demais ramos sistêmicos e invocar o paradigma do equilíbrio, conforme valores pós-positivistas.

O entendimento desses novos conceitos, somados aos protótipos correlatos, permitem uma visão mais amplificada do Direito e de suas funções, bem como da forma de sua aplicação, sem distanciar-se dos seus elementos constitutivos e essenciais que lhes dão contorno, inerentes às normas, princípios, regras e procedimentos, bem como da linguagem específica que possui, todos abordados ao modo da teoria da comunicação e da semiótica. Correlato cabedal permite, portanto, uma melhora na própria técnica interpretativa do Direito, especialmente quando de sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Clarice Von Oertzen. **Semiótica do direito.** 1. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
ARISTÓTELES. **Política.** Livro 1. Tradução: Maria Aparecida de Oliveira Silva. 1. ed. São Paulo: Edipro, 1969.
QBENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: abril Cultural, 1984.
BITTAR, Eduardo C B. **Introdução ao estudo do direito:** humanismo, democracia e justiça. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
IBRAZ DA SILVA, Luciano. Mundo da vida e subsistemas: pressupostos para uma ética discursiva do Direito. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, Curitiba, v. 3, n. 36, p. 217 - 232, 2014. Acesso em: 23 abr. 2024.
DU PASQUIER, Claude. **Introduction a la theorie generale et a la philosophie du droit.** Neuchatel: Delachaux & Niestle, 1967.
GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Traduzido por Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factibilidade e validade.** Traduzido por Flávio Beno Schneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado.** Tradução: Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970.
KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Tradução: por Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito.** 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
NOGUEIRA, Alécio Silveira. **Reflexões semióticas aplicadas ao Direito:** do processo interpretativo jurídico e do papel que nele desempenham os princípios e regras. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4159. Acesso em: 23 abr. 2024.
REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O CONTROLE SOCIAL COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER ESTATAL

Adriano Vottri Bellé[277]

INTRODUÇÃO

O controle social é uma concepção basilar para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pois consiste na relação direta entre a participação efetiva do conjunto social na atenta observação das condutas estatais, seja para fiscalizar, seja para atuar em conjunto com entes públicos e parceiros privados, com vistas a assegurar a efetivação de políticas públicas coerentes com os anseios e necessidades de determinado conjunto social.

A participação da sociedade, ainda, é essencial para a legitimação do poder sobressalente que o Estado exerce em suas mais variadas representações práticas perante o cidadão, normalmente sob o fundamento do princípio administrativista da supremacia do interesse público sobre o particular (Gasparini, 2010). Desde logo já é possível constatar, pois, que cidadãos que se incluem nos processos de tomada de decisões e na fiscalização das ações do Estado tendem cultivarem uma noção maior de representatividade e engajamento ao complexo processo democrático.

Compreende-se, assim, ser de significativa importância desenvolver estes estudos e iniciar, no capítulo inaugural deste trabalho, pela conceituação do que se entende por 'controle social', além de breves observações sobre sua importância para a consolidação e para o aprimoramento do regime democrático. Nesta seara, também será abordado o tema sob o prisma do Direito Constitucional, no sentido de constatar esta participação social sob estudo como um verdadeiro direito fundamental voltado à plenitude da cidadania.

Uma vez estabelecidos estes incipientes marcos conceituais e teóricos, passa-se ao segundo momento da pesquisa, no qual se retoma a discussão acerca da importância da participação social, buscando-se estudar sua relação com a transparência na gestão pública.

Bem assim, partindo-se da premissa essencial de que o controle social se reveste de um mecanismo de considerável função para a prevenção e combate à corrupção, trata-se ainda no capítulo intermediário desta temática recorrente, com vistas a observar qual o grau de ingerência de uma sociedade atenta à fiscalização, à transparência e à prestação de contas no estímulo a condutas escorreitas e distantes de desvios no setor público.

Para a terceira e derradeira etapa do estudo, retoma-se a concepção dos direitos fundamentais objetivando-se tratar da importância dos processos de participação social na efetivação de direitos inerentes à coletividade e de atribuição precípua da administração pública. Busca-se estudar, também, exemplos exitosos que garantiram esta ingerência positiva na construção de processos decisórios, além de eventual necessidade de aprimoramento de instrumentos que atualmente se encontram à disposição dos interessados.

E, naturalmente, não se poderia deixar de abordar a essência da presente pesquisa, que consiste na análise acerca do papel do controle social na consolidação do Estado Democrático de Direito, ou seja, seria a participação ativa da sociedade na fiscalização e monitoramento das ações do Estado determinante para a legitimação da atuação estatal? Quais seriam os elementos

[277] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual o Oeste do Paraná – UNIOESTE. Pós-Graduado Estrito Sensu em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina pela Universidad de La Empresa, UDE – Montevidéu, Uruguai (Revalidado no Brasil pela Universidade Estácio de Sá – UNESA – do Rio de Janeiro). Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar) e Professor Convidado do Mestrado em Direitos das Relações Internacionais e Integração da América Latina pela Universidad de La Empresa, UDE – Montevidéu, Uruguai. E-mail: adrianobelle@gmail.com. LATTES: http://lattes.cnpq.br/5045435164371914 ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8699-8032

essenciais para que o controle social seja efetivo? É o que se busca averiguar nas páginas que seguem.

Valendo-se da técnica de enfoque documental e bibliográfico, realizam-se investigações conceituais e contextuais acerca do elemento central voltado à participação popular, com específica preocupação em abordar centralmente a legitimação das providências estatais. Já metodologia de trabalho volta-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa de cunho eminentemente jurídico, mas invariavelmente interdisciplinar, que envolve temas sociopolíticos e de gestão pública, sem olvidar de sua umbilical correlação com o Direito Administrativo e Constitucional no âmbito da normatização, vislumbrando-se a conjuntura jurídica e empírica da concertação do agir público.

O problema central da pesquisa reside na constatação de descontentamento e de falta de representatividade por parcela significativa da população, o que culmina por refletir na falta de confiança nas instituições e na própria organização jurídico-administrativa, de modo que o objetivo geral é justamente analisar quais as possíveis saídas para tal crise de credibilidade a partir da perspectiva da inclusão dos interessados – administrados – no processo decisório. As hipóteses de pesquisa consistem na verificação da presença ou da ausência de correlação entre a consolidação e o aprimoramento do regime democrático e do Estado de Direito com a participação social efetiva na gestão pública.

Portanto, à vista dos elementos acima indicados, convém observar o especial tratamento sob o prisma da sustentabilidade e a constante preocupação de entidades internacionais com esta adjetivação que há muito já sobressai as discussões do campo ambiental e, justificadamente, se insere com suas diretrizes em diversos campos do aspecto social. Claro e indissociável exemplo disso é a Agenda 2030 (ONU, 2015), da Organização das Nações Unidas, que direciona vários de seus Objetivos à preocupação com instituições capazes de suprir adequadamente às demandas dos povos. Ora, não seria, afinal, a participação social eficaz uma representação da sustentabilidade institucional, que a rigor pode representar a consecução adequada da atuação pública e, ao fim e ao cabo, tornar o Estado uma representação dos anseios sociais? Para responder a esta e a outras indagações é que este trabalho foi pensado.

2 A CIDADANIA PARTICIPATIVA: O PAPEL COMISSIVO DO SUJEITO DE DIREITOS

"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (Brasil, 1988). Essa previsão do parágrafo único do artigo inaugural da citada Constituição Federal da República Federativa do Brasil já fornece desde o princípio o fundamento das discussões ora propostas por esse trabalho. O exercício do poder e da ingerência popular na definição dos rumos do Estado é, verdadeiramente, o pilar do Estado Democrático de Direito e não pode ser menosprezado, mas, ao contrário, enaltecido e fortalecido.

A primeira provocação a que este trabalho propõe é eminentemente conceitual e busca desde o princípio formalizar a intenção de debater, sob uma perspectiva tão prática quanto possível, o grau de importância que a interação em assuntos de interesse público confere a uma organização social que se sente representada e, por que não, legitimada. Logo, Rios (2001, p. 537) já contribui sobremaneira com as ideias ora defendidas ao associar o verbo 'participar' a "[...] Fazer saber. [...] Ter ou tomar parte (em alguma coisa). [...] Associar-se pelo pensamento ou pelo sentimento" porque, sumariamente, correlaciona os atos de tomar parte (interação) e de associar-se dentro do mesmo âmago.

Naturalmente sem a pretensão de concluir desde as primeiras impressões, a perspectiva incipiente ora mencionada traz consigo o entendimento central de que estar inteirado de determinado evento modifica o status pessoal: se, por si só, não passa a ser protagonista dos propósitos conhecidos, no mínimo o indivíduo adquire a condição de conhecedor e de interessado por aquela temática. Assim é que a noção de 'saber', de 'ter conhecimento', parece ser o primeiro passo para que alguém decida fazer-se presente nos debates, nos processos de tomada de decisão

e, no fim das contas, associar-se – ainda que para adotar um posicionamento dissonante – a estes processos ditos decisórios.

Imiscuindo-se ainda mais nesta proposta, não se pode olvidar que há um grau considerável de postura comissiva no ato de participar, nos termos do que propõe este estudo. Explica-se. De um lado, sujeitar-se às determinações advindas de um poder estatal – sem aqui adentrar nas entranhas do debate sobre o contrato social e suas decorrências no poder público – parece ter um caráter inegavelmente passivo, de aceitação ou de não contraposição: se há uma regra que determina que quem aufere determinada quantia em dinheiro deve prestar contas às autoridades fazendárias por meio de uma declaração de bens e valores, então aceito e realizo isso. Há uma ação, um fazer, mas apenas no cumprimento de um dever estabelecido.

Por outro lado, a participação na tomada de decisões – que brevemente será conceituada – parece apresentar um papel muito mais dotado de adjetivações como 'comissivo', 'atuante', 'dotado de iniciativa própria'. Não se está, então, tão somente cumprindo uma determinação tributária de natureza assessória (declaração de bens e valores para futuro pagamento de tributos): ao contrário, há um movimento dotado de voluntariedade, que deixa a inércia e modifica sensivelmente a posição do sujeito de direitos.

Invoca-se, aqui, a primeira contribuição de Britto (1992, p. 188, grifos no original), para quem controle é o "[...] que nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, a exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil. A ela é que se aplica a expressão "controle popular" [...], para evidenciar o fato de que a população tem satisfações a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos". Para o autor, a principal finalidade destes instrumentos é justamente aceitar que o cidadão possui o direito público subjetivo a tomar conhecimento e, se for o caso, também adotar providências face o agir estatal, como no caso do específico direito à informação previsto na Constituição Federal (Brasil, 1988), e suas decorrências (Britto, 1992).

Em contraponto, concebe-se ainda a perspectiva de que a participação popular pode se afastar de um direito público subjetivo para alçar a categoria de direito político, para tanto exemplificando-se o que ocorre na Tribunal do Júri, pois se em um primeiro momento há o direito constitucionalmente assegurado de que o cidadão convocado julgará em plenário crimes dolosos contra a vida, ao proferir a sentença, o "[...] cidadão transformado em juiz popular, ela materializa um genuíno poder político" (Britto, 1992, p. 192).

Logo, os mecanismos disponíveis e disponibilizados ao cidadão até representam um chamamento, mas isso parece não bastar para que a integração realmente tenha efeitos notórios, e neste contexto surgem elementos internacionais para colaborar nesta missão. É aí que entra em cena a Agenda 2030 (ONU, 2015), também voltada a atrelar às aspirações de 'paz, justiça social e instituições eficazes' a concepção de que a tomada de decisão deve ter responsabilidade, além de incluir e fomentar a participação dos interessados, fazendo-se, pois, representativa em sua essência. Com efeito, pode-se afirmar que a mencionada Agenda reconhece a importância da participação e do controle social para a construção de um mundo mais justo e equitativo.

Importante registrar que a Agenda 2030 (ONU, 2015) é um plano de ação global adotado pelas Nações Unidas em setembro de 2015, e objetiva que o crescimento e o desenvolvimento humanos sejam acompanhados de elementos fundamentais de sustentabilidade até 2030. A agenda é composta por 17 centrais Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que abrangem temas como erradicação da pobreza, igualdade de gênero, ação climática, educação de qualidade, fortalecimento das instituições, entre outros. A Agenda 2030 procura gerar um enfoque conectado do desenvolvimento, levando em consideração as dimensões social, econômica e ambiental, e requer ações coordenadas por parte de governos, empresas, sociedade civil e indivíduos em todo o mundo (Belle, 2022).

Pode-se afirmar, diante disso, que a cidadania é o principal vetor que conduz à participação e ao controle social de fato, porque o estabelecimento de relações sociais e políticas de uma sociedade depende do agir, do 'fazer-se presente'. O papel comissivo da cidadania, com efeito, é garantir que as políticas públicas sejam formuladas e implementadas de forma a assegurar,

tanto quanto possível, o bem-estar da população, respeitando os direitos humanos, a diversidade cultural e a sustentabilidade ambiental, e encontra-se alinhado com a perspectiva da sustentabilidade que emana das Nações Unidas.

Contudo, impende observar que a coerência de ações a que se refere o documento ora abordado traz consigo a necessária constatação – novamente aqui trabalhada – de que a mera atitude de convocar a comunidade para 'fazer-se ouvir' ou para 'fazer-se presente' não gera, necessariamente, um novo ciclo virtuoso capaz de remodelar a administração pública aos novos anseios das sociedades. Dito de outro modo, esta parece ser a principal mensagem da Agenda 2030 (ONU, 2015): a de que apenas com uma integração entre os diversos segmentos de atuação social – dentre as quais a participação e o controle se incluem – é que se poderá, de fato, observar o desenvolvimento sustentável, tão perseguido nas últimas décadas.

Evidentemente, o documento não tem caráter vinculante e nem se inclui nas categorizações de normas internacionais (Belle, 2022), mas sua aprovação e o constante acompanhamento por diversas representações da sociedade – além de organismos internacionais – já perfazem elementos participativos significativos. A Agenda 2030 (ONU, 2015), é, em última análise, uma tentativa de movimentar governos, organismos internacionais, sociedade civil e setor privado em torno de desígnios ambiciosos e compartilhadas, para tornar o mundo um lugar mais justo, seguro e sustentável.

Por conta desta observação, não parece exagero afirmar que a os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável movimentam segmentos representativos da sociedade a colocar em prática seus desígnios, e não poderia ser diferente com a participação e o controle sociais.

Consiste, assim, em um verdadeiro convite à interação dos cidadãos com assuntos mais amplos e reconhece-se que sem estes fatores não há verdadeira sustentabilidade institucional, justamente porque os interessados, marginalizados dos processos decisórios, isolam-se em suas concepções e não se veem representados.

O décimo sexto Objetivo consiste em "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis" e contempla as metas enumeradas como '16.7' e '16.8', quais sejam "garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis" e "ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global", respectivamente (ONU, 2015).

Com efeito, vê-se que o documento em estudo insere três adjetivos à tomada de decisão da gestão pública: participativa, inclusiva e responsiva. Na prática, isso vai ao encontro do que se tem debatido nessa pesquisa no que se refere ao certeiro ato de incluir os interessados no debate público, especialmente se essa inclusão não for meramente formal – de fato ouvir quem deve ser ouvido.

Mas há outro ponto a ser destacado, qual seja a significação de 'responsiva': a definição da palavra traz a concepção de algo que traz uma resposta, mas também de alguém que responde a uma questão (Rios, 2001), a uma demanda. Logo, sob a concepção sustentável de gestão pública compartilhada e eficaz, a característica responsiva tem papel de destaque porque envolve um questionamento (uma demanda, uma necessidade social), um agente responsável por responder e, naturalmente, a resposta prática e direcionada a solucionar problemas práticos. Um tripé elementar do que se trabalha e se defende nessa pesquisa.

Noutro giro, vale reiterar uma ideia já trabalhada neste artigo, mas agora sob um enfoque diverso: a importância de permitir a participação dos interessados nas deliberações de assuntos que os afetam, porém agora também no meio corporativo, no setor privado. É neste sentido que Duhigg (2012) aponta exemplos e estudos indicando que também em empresas é determinante para o êxito coletivo que as pessoas – os funcionários, no caso – sintam-se parte de um processo maior e que, apesar de desempenharem determinado papel específico e pontual em uma estrutura maior, possam sugerir mudanças ou ajustes sempre que isso se mostre necessário – e, claro, também é fundamental que haja uma estrutura corporativa que incentive, processe e responda a estes apontamentos. Novamente, a participação.

Note-se que a concepção e aceitação da ideia participativa e colaborativa dos integrantes de determinado contexto social – corporativo, público, cidadão – não se restringe a estudos pontuais e traz consigo a particularidade de que não basta colocar instrumentos à disposição da comunidade: é preciso haver incentivos, convites. É necessário que o interessado esteja presente, e para que essa postura comissiva – de agir, de fazer – se manifeste impende ao órgão ou organismo promover esta participação pelos meios disponíveis.

3 BREVES REFLEXÕES ACERCA DA INGERÊNCIA SOCIAL NA TOMADA DE DECISÕES

Estabelecidas as premissas conceituais iniciais do presente estudo, convém uma breve digressão acerca das estruturas de participação social previstas atualmente na legislação brasileira. Desde logo, pode-se mencionar a existência de: a) audiências públicas: instrumentos de participação social aptos e permitir a interação entre a população e os tomadores de decisão em relação a assuntos de interesse público; b) plebiscitos e referendos: são consultas populares em que os cidadãos são convocados a votar sobre questões relevantes, sendo o primeiro voltado a temas específicos que requerem decisões importantes do governo, e o segundo permite à população votar em uma decisão tomada pelo poder legislativo ou executivo; c) conselhos de saúde: encontram previsão constitucional – e regulamentação especifica – e são voltados à inclusão dos cidadãos nas discussões temáticas; e d) orçamento participativo: consiste em um mecanismo que permite que a população participe da definição dos gastos públicos e das prioridades para investimentos em áreas específicas, como saúde, educação, cultura e transporte (Britto, 1992).

Estes exemplos mencionados serão estudados empiricamente logo adiante neste trabalho. O que se mostra necessário abordar agora é a própria participação social na tomada de decisões pelo poder público, fator fundamental para a representação da democracia participativa, que tem como objetivo central a inclusão da sociedade nas decisões políticas que afetam o seu bem-estar (Bonavides, 2003). A participação social permite que os cidadãos expressem suas opiniões, demandas e necessidades, o que pode levar a políticas públicas mais justas e efetivas, bem assim pode promover a transparência e a *accountability* do poder público, já que a sociedade tem um papel ativo na monitoração e avaliação das políticas implementadas.

Aqui convém estabelecer um marco conceitual acerca de um instituto que parece tangenciar o tema central desta pesquisa: a democracia participativa. Em apertada síntese, pode-se conceituá-la como um modelo de democracia em que a sociedade é ativamente envolvida na tomada de decisões políticas através de mecanismos de participação direta e indireta. Difere, neste particular, da democracia representativa, justamente por que esta delega a tomada de decisões a representantes eleitos, enquanto a democracia participativa busca aumentar a participação da sociedade no processo decisório e fortalecer a sua capacidade de influenciar as políticas públicas (Bonavides, 2003).

Uma possível vertente da democracia participativa se refere à possível correlação entre participação social e transparência na gestão pública, e a forma como cada uma interfere e permite que a outra se concretize. Se a participação social permite que os cidadãos exerçam seu direito de voz e vez na tomada de decisões que afetam suas vidas, a transparência, por sua vez, garante que os cidadãos tenham acesso às informações públicas, o que possibilita o controle social das ações do governo.

Os laços entre esses dois princípios são claros, porque a participação social só é possível quando existe transparência na gestão pública; já os cidadãos só podem participar de forma efetiva quando têm acesso às informações necessárias para tomar decisões informadas. Dito de outro modo, a transparência é mais efetiva quando existe participação social, e o controle social das ações do governo é mais eficaz quando os cidadãos têm voz e vez na tomada de decisões.

Ao passo que se reconhece a importância de ferramentas como o plebiscito e o referendo – adiante analisados em situações práticas – e "embora haja outros mecanismos de participação usados com maior frequência, como a audiência pública e a consulta pública, ressalta-

se que estes não possuem caráter vinculativo, o que acaba enfraquecendo sua força nas tomadas de decisões" (Alves; Souza, 2018, p. 108). Neste mesmo sentido, os autores refletem sobre a importância da observância dos anseios populares na formulação das políticas públicas e da implementação de conselhos gestores, responsáveis por aproximar a sociedade civil e o governo, consolidando a própria concepção de democracia deliberativa (Alves; Souza, 2018).

Analisando as concepções de Jürgen Habermas e de John Rawls, Rouanet (2011, p. 61) conclui que "[...] a democracia deliberativa ainda aparece como um modelo, um fio condutor a reger a transformação de nossas sociedades rumo a sociedades mais justas". Prossegue o autor com uma ideia fundamental que, por si só, já poderia justificar a presente pesquisa: "a democracia deliberativa surge como a melhor maneira de se lidar com o fenômeno da incerteza em política, da instabilidade e da ambiguidade dos processos eleitorais, ampliando a participação democrática a esferas outras que não exclusivamente as do voto" (Rouanet, 2011, p. 61-62).

O destaque acima deve-se ao fato de que uma das razões para essa pesquisa ser desenvolvida consiste exatamente no questionamento a respeito da importância, mas também da insuficiência do voto como delineador de objetivos gerais dos cidadãos a respeito dos caminhos que pretende para o futuro. Importante porque se trata de uma conquista e uma inegável representação da democracia; insuficiente, porque a complexidade e o dinamismo das sociedades e de suas relações demandariam um engajamento maior do que o cumprimento de um dever bienalmente.

Digno de registro, também, é o enfrentamento à corrupção, direta ou indiretamente vinculados às atividades públicas. Atualmente há um verdadeiro consenso de que a transparência, aliada a outras boas práticas, é determinante para a redução de escândalos de corrupção, e por razões óbvias: o que ocorre no âmbito administrativo não fica restrito a repartições burocráticas e sistemas inacessíveis, mas, ao contrário, é aberto à fiscalização geral (BELLE, 2022).

Essa prática institucional parece ter uma dupla contribuição ao fomento da ética pública: a um, permite a já mencionada fiscalização externa, com acesso a dados relativos à gestão pública, apta a detectar condutas desviantes; e, ademais, porque também conta com o elemento preventivo, já que pode inibir danos ao erário pela ampla convicção de que, cedo ou tarde, más práticas serão descobertas.

Logo, a conjugação entre o exercício de escolhas por meio do voto com a participação democrática em ambientes mais aptos a ouvir e considerar as aspirações sociais realmente poderia representar uma evolução qualitativa da perspectiva democrática, representando os anseios da constante transformação dos espectros sociais, tantas vezes aventada nessa pesquisa.

4 A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CORRELAÇÃO COM O CONTROLE E A PARTICIPAÇÃO SOCIAIS

A estabilidade do regime democrático é um elemento essencial para a garantia de direitos e liberdades individuais em uma sociedade, e só pode existir com o respeito às leis e instituições que garantem a justiça e a igualdade de oportunidades para todos. No entanto, quando o Estado não é visto como legítimo pelos cidadãos, pode haver riscos à estabilidade democrática, podendo gerar consequências negativas potencialmente aptas a comprometer a estabilidade da democracia.

Esta falta de legitimidade da atuação estatal perante os cidadãos pode ser causada por vários fatores, como corrupção, autoritarismo, violação de direitos humanos e falta de transparência, e normalmente ocorre quando o Estado não é visto como um agente justo e confiável. De seu turno, a população tende a perder a confiança nas instituições democráticas, na medida em que o sentimento de falta de representatividade dos cidadãos potencialmente gera esse maléfico distanciamento.

Nesta seara, como já defendido em outros momentos desta pesquisa, uma das possíveis vertentes capazes de remodelar este cenário verdadeiramente perigoso seria o fomento a uma participação social sólida e abrangente, não apenas como forma de incluir o administrado no âmago

da gestão pública, mas também para, em última análise, garantir a implementação prática dos direitos fundamentas e fortalecer a cidadania.

Para que esta experiência seja significativa, sustentável, e possa gerar efeitos perenes e perceptíveis parece ser necessário que a participação seja exteriorizada formal e materialmente. É dizer: a existência de mecanismos que assegurem aos cidadãos se fazerem ouvir em momentos importantes da atuação estatal é fator básico, mas o problema não se resolve apenas com esta providência, pois é fundamental que as observações sejam consideradas e que a participação deixe de ser meramente formal (Kleba; Wendausen, 2009).

Reconhecido o caráter fundamental da inclusão do administrado nas definições de propósitos do setor público, passa-se a um breve exame de alguns exemplos de experiências bem-sucedidas de participação social na tomada de decisões do poder público. O objetivo é verificar, na prática, que é, sim, praticável a concepção de inclusão dos interessados em caráter mais amplo do que a mera concepção de democracia representativa.

Para tanto, inicia-se o estudo pelos Conselhos de Saúde, ambientes deliberativos por excelência que têm como escopo não apenas controlar e fiscalizar as políticas públicas de saúde, mas também de agenciar a participação pública no processo de gestão do Sistema Único de Saúde. Eles são formados por representantes dos usuários, trabalhadores e gestores de saúde e têm papel fundamental na defesa do direito à saúde e na garantia de uma assistência de qualidade para toda a população e sua implementação "[...] representa um avanço na democratização, não somente em relação aos serviços, mas também nas práticas políticas, ampliando o poder de intervenção da população nos rumos da coisa pública[...]" (Kleba; Wendausen, 2009, p. 734).

Regulamentados pela Lei nº 8.142 (Brasil, 1990), a implementação dos Conselhos de Saúde pretende "[...] organizar uma arena de debate público entre diferentes atores sociais [...]", cujo "[...] objetivo foi institucionalizar a participação societária nos canais de definição das políticas de saúde, sendo a sua estrutura de representação paritária" (Durán; Gerschman, 2014, p. 893). Sob esta perspectiva, é inegável que a abrangência dos Conselhos – alcançando os três níveis da administração pública: federal, estadual e municipal – potencializa a inclusão de interessados diretos nas discussões e na elaboração de planejamentos e de políticas públicas na área da saúde.

As audiências públicas também se mostram manifestações factuais do objeto do presente estudo e contam com uma característica sobremaneira importante: a versatilidade. É que tal instituto pode ser utilizado para as mais diversas demandas por não estar vinculada a apenas uma área de atuação estatal – diferentemente dos conselhos de saúde, por exemplo. Em consequência, tais mecanismos não são de atribuição exclusiva do Poder Executivo. A título de exemplo, convém registrar a audiência pública promovida pelo em 2021 Supremo Tribunal Federal "[...] para debater a implementação da figura do juiz de garantias, o acordo de não-persecução penal e os procedimentos de arquivamento de investigações criminais previstos no Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)" (Brasil, 2021, p. 1).

Note-se que a essência da atuação do Poder Judiciário é distinta do Poder Executivo, mas nem por isso aquele Poder deve-se necessariamente afastar do movimento participativo. A propósito, parece providencial que também o Judiciário contemple, sempre que possível, as hipóteses de inclusão de interessados em discussões pertinentes, como foi o caso exemplificado acima. Ali, aliás, são levadas à deliberação da Corte institutos que têm potencial de reformular significativamente a estrutura do processo penal no país, razão por que nem se discute o impacto do pronunciamento final.

O Poder Legislativo também tende a se valer das audiências públicas, como na recente discussão sobre alterações no Estatuto do Desarmamento, na qual vários senadores da república houveram por bem suspender as discussões e as deliberações para, então, lançar mão desta ferramenta para consultar especialistas e representantes da sociedade a emitir pareceres e opiniões sobre a temática (Brasil, 2023). Aqui a consulta ocorre em um momento legislativo distinto da atuação do Supremo Tribunal Federal – antes da aprovação e vigência de normas –, mas com uma proposta semelhante: incluir os cidadãos e seus representantes nos debates acerca das normas.

De seu turno, o plebiscito objetiva permitir que a população decida sobre uma questão de interesse público, como uma proposta de lei ou uma mudança constitucional. O plebiscito é uma forma direta de democracia, na qual os cidadãos são convocados a votar e expressar sua opinião sobre um tema específico. O resultado do plebiscito é vinculativo, o que significa que o governo deve seguir a decisão tomada pela maioria da população. O plebiscito é uma ferramenta importante para garantir a participação popular nas decisões políticas e pode ajudar a fortalecer a legitimidade das instituições democráticas (Araújo; Nunes Junior, 2006).

Um exemplo prático e emblemático deste instituto foi o plebiscito para escolher a forma e o sistema de governo realizado no Brasil no ano de 1993, atendendo à determinação do Art. 2º do das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Com efeito, foi realizado para decidir "[...] entre a forma de governo República ou Monarquia e entre Presidencialismo ou Parlamentarismo como sistema de governo a ser adotado no Brasil. O plebiscito ocorreu no dia 21 de abril de 1993, sendo que a República e o sistema presidencialista de governo foram mantidos pela população" (Brasil, 2013, p. 1). Assim permanece até a atualidade.

Já o referendo permite que a população decida se concorda ou não com uma decisão já tomada pelo governo ou pelo poder legislativo (Araújo; Nunes Junior, 2006). Logo, referendo é um mecanismo de democracia direta que dá aos cidadãos a oportunidade de votar em questões importantes que afetam suas vidas. O referendo geralmente é convocado quando há uma questão controversa que divide opiniões, e o governo ou o poder legislativo não tem certeza sobre qual decisão tomar, seu resultado é vinculativo e deve ser respeitado pelo governo e pelas instituições políticas.

Volta-se, aqui, a sempre controvertida temática das armas e de sua regulamentação – acima mencionada – para tratar do referendo que foi promovido em 2005 a nível nacional. Rememora o Tribunal Superior Eleitoral: "na ocasião, os eleitores precisaram responder à seguinte pergunta: "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?". A maioria dos eleitores – 59 milhões – escolheu o não e, por essa razão, o artigo 35 que previa a proibição foi excluído do Estatuto do Desarmamento [...]" (Brasil, 2015, p. 1, grifos no original). A sociedade movimentou-se intensamente e mesmo com a decisão de manter legalizado o comércio de armas e de munições em território nacional o assunto constantemente volta às pautas dos debates públicos (Macedo, 2015).

Qualquer que seja a leitura, é possível constatar que tanto o plebiscito quanto o referendo são ferramentas importantes para a participação popular assertiva nas decisões políticas de temas pontuais, e sua correta utilização/implementação pode ajudar a fortalecer a legitimidade das instituições democráticas justamente porque as normativas e as políticas públicas dele decorrentes baseiam-se em uma deliberação que respeitará a coletividade. Dificilmente terão, estes mecanismos, o êxito de pacificar por completo as discussões, mas parecem garantir um maior grau de legitimidade do que se as decisões tivessem sido adotadas apenas a nível de discussões na Assembleia Nacional Constituinte ou no Congresso Nacional, respectivamente aos exemplos acima mencionados.

Para encaminhar ao fim esta concisa incursão por alguns dos mecanismos que encurtam a distância entre a adoção de políticas públicas e seus destinatários, talvez uma das modalidades que encontram mais possibilidade de difusão é o orçamento participativo. Trata-se de um mecanismo de democracia participativa que permite que a população decida diretamente como uma parte do orçamento público deve ser gasta em sua comunidade (Wampler, 2008).

O processo começa com reuniões públicas em que os moradores se reúnem para discutir suas necessidades e prioridades, em seguida, são realizadas assembleias comunitárias, onde são propostos projetos que atendam a essas necessidades e prioridades, depois, os cidadãos votam nos projetos que consideram mais importantes, e os mais votados são incluídos no orçamento público e implementados pelo governo (Wampler, 2008). Inegavelmente, portanto, o orçamento participativo ajuda a garantir a participação popular na gestão pública e permite que as comunidades tenham mais controle sobre a alocação de recursos públicos.

Feitos os registros necessários no tocante aos recursos postos à disposição da sociedade para fazer parte dos processos de tomada de decisão na gestão pública, parece

importante tecer algumas reflexões sobre uma eventual necessidade de aprimoramento destes e processos frente às novas demandas sociais. É que com o avanço das novas tecnologias, mostra-se cada vez mais importante aprimorar os mecanismos de participação social para garantir sua efetividade.

Invariavelmente, as ferramentas e plataformas tradicionais de participação social não estão preparadas para lidar com as demandas e dinâmicas da era digital, em um contexto muito distinto daquele existente à época da aprovação das principais normas de ordem constitucional que baseiam as ações atuais. Nesse sentido, é fundamental investir em novos formatos de participação, como a utilização de aplicativos e plataformas digitais para ampliar o alcance e a diversidade de participantes para que todos possam se envolver nos processos participativos. No mais, parece legítima a preocupação em garantir a transparência e a integridade das plataformas digitais, a fim de evitar distorções e manipulações dos resultados com vistas a assegurar que o aprimoramento dos mecanismos de participação social volte-se à efetividade e à legitimidade da democracia frente às novas tecnologias (Palma, 2013).

Por conta deste espectro desafiador, parece importante constatar que as realidades digitais e a evolução dos meios de comunicação e de troca de informações traz consigo uma sociedade dotada de novas exigências, na qual a transparência não basta para assegurar a sustentabilidade e garantir uma noção aprofundada de representatividade dos cidadãos. Esta adaptação é deveras complexa porque a integração entre os anseios particulares/sociais e as decisões da gestão pública podem não coincidir ou sequer estar alinhadas; logo, caberia ao administrador dos recursos e aos responsáveis pelas deliberações públicas lançar mãos de recursos disponíveis para buscar esta integração, o que poderia, sim, gerar um círculo virtuoso de inclusão e de possível crescimento da noção de representatividade no que se refere às decisões estatais. E, como decorrência, a legitimidade do Estado como representante dos anseios de uma nova sociedade.

CONCLUSÕES

Diante das ideias ventiladas no decorrer das páginas antecedentes, pode-se afirmar que o controle social é um elemento fundamental de legitimação do poder estatal. Por meio da participação ativa dos cidadãos na fiscalização e no monitoramento das ações do Estado, essa espécie de influência tende a tornar mais fidedigna a atuação do poder público, contribuindo para que os cidadãos se sintam representados pelas decisões e ações do Estado.

A participação ativa dos cidadãos na atuação da gestão pública pode ocorrer de diversas formas, desde a frequência em audiências públicas até a criação de conselhos de participação social, passando pela utilização de ferramentas tecnológicas que permitem o monitoramento da atuação do Estado com eficiência e agilidade. Independentemente da forma escolhida, é fundamental que a ingerência social nas ações do estado tenha potencial para surtir efeitos práticos, ou seja, que permita aos cidadãos a possibilidade de influenciar e cobrar ações do poder público.

É importante destacar também que tais mecanismos contribuem para a construção de uma sociedade mais participativa e consciente de seus direitos e deveres, na qual os interesses coletivos são priorizados em detrimento dos interesses individuais. Nesse sentido, o controle social pode ser visto como uma ferramenta essencial para o fortalecimento da democracia e da cidadania porque em última análise, pode-se desenvolver um senso coletivo maior de representatividade e de participação, na conceituação trazida inicialmente, nos trâmites conceituais do trabalho.

A pesquisa realizada teve como objetivo analisar as possíveis saídas para a crise de credibilidade das instituições e da própria organização jurídico-administrativa, a partir da perspectiva da inclusão dos interessados – administrados – no processo decisório. A partir da análise bibliográfica e documental, foi possível constatar que a participação social efetiva na gestão pública é um elemento essencial para a consolidação e o aprimoramento do regime democrático e do Estado de Direito, confirmando a hipótese inicialmente apresentada.

Vale observar, a propósito, que a participação social contribui sobremaneira para a validade das providências estatais, pois permite que os cidadãos tenham voz e vez na tomada de decisões que afetam suas vidas, além de constituir verdadeiro elemento de sustentabilidade institucional, pois ajuda a garantir que as instituições públicas sejam capazes de suprir adequadamente ao dinamismo das demandas sociais.

A pesquisa constatou que, no Brasil, a implementação destas boas práticas ainda é um desafio, especialmente porque as instituições públicas, em geral, deveriam estar mais bem estruturadas para receber e dar efetividade à participação social na magnitude necessária. De seu turno, a população parece seguir pelo mesmo caminho, e ainda não está suficientemente organizada para participar ativamente da gestão pública na magnitude necessária para que tais ações surtam os efeitos desejados.

Para superar esses desafios, parece ser necessário que o Estado promova reforma das instituições públicas, de modo a torná-las mais inclusivas e participativas, com a criação de mecanismos de participação social com apoio das inovações tecnológicas da comunicação moderna, a capacitação dos servidores públicos para a gestão participativa e a promoção da educação para a cidadania. Além disso, é imprescindível que a sociedade civil se organize e se mobilize para exigir sua participação na gestão pública, com a criação de espaços de participação social, a capacitação dos cidadãos para a participação e a promoção da conscientização sobre a importância da participação social.

No transcorrer da pesquisa também foi possível observar que a participação social é um processo dinâmico e contínuo, sendo premente que o Estado e a sociedade civil continuem trabalhando juntos para promover a participação social efetiva na gestão pública adequada ao seu tempo e com as características que cada contingente de cidadãos requer. Não há uma receita pronta e acabada, apta a suprir a demanda de todos os rincões do país.

Logo, também sob o prisma da sustentabilidade institucional a implementação de elementos de controle e participação assegura a manutenção e o desenvolvimento de grupos sociais. Viu-se que a tomada de decisões considerada ideal requer a inclusão e participação, devendo, também, ser responsiva, de modo a garantir o acesso e a abrangência de possibilidades nessa relação Estado-cidadão.

Por fim, fator de grande influência na atualidade são as tecnologias voltadas ao aprimoramento e à agilidade das comunicações, alterando significativamente a forma como a sociedade se organiza. Partindo desta constatação, não parece exagero imaginar que o desenvolvimento e a disseminação de mecanismos de participação e controle social que pudessem conciliar a amplitude dos conselhos de saúde, a versatilidade das audiências públicas, bem como a pontualidade e versatilidade do plebiscito e do referendo teriam grandes chances de serem exitosas, perenes e sustentáveis.

Assim, a despeito de momentos e contextos desfavoráveis à credibilidade das instituições públicas, compreende-se hodiernamente que a sustentabilidade desses órgãos e esferas passa, necessariamente, pelo resgate da confiança nas práticas, ações e resultados almejados. Com efeito, o presente trabalho expõe aspectos teóricos e empíricos para, ao fim e ao cabo, sustentar que um Estado não existe abstratamente: é resultado da composição que lhe é dada pelos cidadãos. Decorrência prática disso é a verificação de que quanto mais engajado, participativo e ciente das atividades estatais, tanto maior é o sentimento de pertencimento, de legitimação e de aceitação das políticas públicas adotadas.

Ao fim e ao cabo, parece plausível afirmar que quanto mais engajados, informados e participativos forem os cidadãos, maior também será seu senso de representatividade e mais presente estará a noção, o ideal de legitimação na sua relação como Estado.

O desafio reside, então, em operacionalizar estes recursos e estas boas práticas com o fito de ressignificar a relação democrática e participação cidadã. A sustentabilidade e o desenvolvimento social parecem ser consequência direta do êxito dessa que é, inegavelmente, uma árdua tarefa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 107-124. Disponível em: https://www.proquest.com/docview/2120110646/fulltextPDF/2434965856E04EAAPQ/1?accountid=146868. Acesso em: 18 jan. 2024.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELLE, Adriano Vottri. **Enfrentamento à corrupção no Mercosul:** normas, índices e iniciativas em meados da Agenda 2030. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma despolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. TSE. **Tribunal Superior Eleitoral**. Plebiscito sobre forma e sistema de governo completa 20 anos. 22 abr. 2013. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Abril/plebiscito-sobre-forma-e-sistema-de-governo-completa-20-anos. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. TSE. **Tribunal Superior Eleitoral**. Brasil Eleitor: referendo sobre o desarmamento completa 10 anos. 23 out. 2015. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2015/Outubro/brasil-eleitor-referendo-sobre-o-desarmamento-completa-10-anos. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Juiz de garantias: STF marca audiência pública para 25 e 26 de outubro. 24 set. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/juiz-de-garantias-stf-marca-audiencia-publica-para-25-e-26-de-outubro/. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Agência Senado**. CCJ vai debater em audiência pública alterações ao Estatuto do Desarmamento. 15 mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/03/15/ccj-vai-debater-em-audiencia-publica-alteracoes-ao-estatuto-do-desarmamento. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular"**. 1992. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/08/ayres-britto.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

DUHIGG, Charles. **O poder do hábito:** porque fazemos o que o fazemos na vida e nos negócios. 1. ed. Tradução: Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

DURÁN, Paulo Renato Flores; GERSCHMAN, Silvia. Desafios da participação social nos conselhos de saúde. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 23, n. 3, 2014, p. 884-896. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000300012. Acesso em: 21 mar. 2023.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. **Saúde e Sociedade**. 2009, 18(4), p. 733-743. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=406263692016. Acesso em: 21 mar. 2023.

MACEDO, Aline. **O Globo**. Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas. 15 out. 2015. Disponível em: https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376. Acesso em 23 mar. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de et al. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública. v.** 2. 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18696. Acesso em: 23 mar. 2023.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo**: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

RIOS, DR. **Dicionário Global da Língua Portuguesa ilustrado**. São Paulo, DCL, 2001.

ROUANET, L. P. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. **Veritas** (Porto Alegre), [S. l.], v. 56, n. 1, 2011. DOI: 10.15448/1984-6746.2011.1.9292. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/veritas/article/view/9292. Acesso em: 18 jan. 2024.

WAMPLER, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: "boas práticas" devem ser promovidas? **Opinião pública**, v. 14, p. 65-95, 2008. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-62762008000100003. Acesso em: 23 mar. 2024.

A TUTELA JURÍDICA BRASILEIRA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS AOS RECURSOS GENÉTICOS

Carolini Guedes Barros da Silveira[278], Valmir César Pozzetti[279]

INTRODUÇÃO

Desde as últimas três décadas do século passado, a humanidade vem demonstrando uma preocupação cada vez maior no que tange aos assuntos relacionados ao meio ambiente. Isso se justifica porque os danos ecológicos ocasionados, por séculos de exploração desordenada e utilizando a lógica capitalista, estimulada e acelerada pelo sistema de mercado, estão cada vez mais visíveis.

Entretanto, dentre aqueles que destroem por cobiça e utilizam os recursos de forma incorreta, há também, seres humanos que vivem em harmonia com o meio, utilizando os recursos fornecidos pela floresta de maneira sustentável, conservando-os. A esse contingente de cidadãos passou-se a identificá-los como "povos ou populações tradicionais", que englobam indígenas, ribeirinhos, caboclos, extrativistas, seringueiros, quilombolas, entre outros.

Essas populações possuem um conhecimento denominado de "conhecimento tradicional em relação à fauna e flora, uma vez que convivem com essas espécies a milênios de anos, passando-se esses conhecimentos às gerações pósteras. Esses conhecimentos passaram a ser alvo das empresas de cosméticos e de laboratórios farmacêuticos, que buscam essas população para retirar-lhes com facilidade os conhecimentos tradicionais associados à fauna e flora, sem que seja necessário gastar recursos financeiros e tempo, com pesquisas para extrair os princípios ativos e criar medicamentos e cosméticos de grande eficácia, com um custo reduzido; uma vez que ao assediarem essas populações fragilizadas e invisíveis, retiram delas, gratuitamente esses conhecimentos.

Nesse sentido, o Brasil é um país megadiverso biológica e culturalmente, sendo por isso uma vítima histórica de países do hemisfério norte e de suas empresas multinacionais que, com a prática de se aproximar das populações tradicionais, retiram-lhe graciosamente os conhecimentos tradicionais associados, sem lhes remunerar por isso. Ou seja, obtém o conhecimento, não pagam por ele, mas faturam milhões com a venda de seus produtos. Esse crime é denominado de "biopirataria" esse constitui em uma prática não honesta e vergonhosa, pois é praticado contra hipossuficientes.

Dessa forma, tal prática é considerada ilícita e deve ser combatida pelo Direito, mediante leis que protejam e tragam segurança e retorno financeiro a esses povos; pois essa neocolonização é repudiada pelos institutos de Direito nacional e internacional, sendo considerado, inclusive, enriquecimento ilícito.

Por se tratar de problemas que envolvem a humanidade em sua generalidade, países do planeta inteiro têm se organizado na tentativa de se construir um arcabouço jurídico adequado para a regulamentação desse conflito e o Brasil não foge a essa orientação.

Com a ratificação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) em 1994 e a consequente publicação da Lei nº 13.123/2015, o Brasil oficialmente regulamenta questões que envolvem o conhecimento tradicional associado ao recurso genético.

---

[278] Doutoranda em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela UFAM; Mestre em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela UFAM; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UFAM; Graduada em Direito pela UFAM; Graduada em Engenharia Civil pela UTAM.

[279] Pós Doutor em Direito pela Universidade de Salerno/Itália e Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor e Mestre em Direito Ambiental e Biodireito pela universidade de Limoges/França. Professor Associado "A" da UEA -Univ. do Estado do Amazonas e professor Adjunto da UFAM – universidade Federal do Amazonas. ORCID: HTTP://ORCID.ORG/0000-0002-2339-0430. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

Apesar do arcabouço jurídico posto, o Brasil e suas populações tradicionais continuam sendo preteridos diariamente. Casos recentes de biopirataria são reportados, como por exemplo, os em que o Brasil foi preterido em pedidos de patentes, por empresas multinacionais (farmacêuticas, de cosméticos, alimentícia, de agricultura e biotecnologia), de recursos genéticos, que muitas vezes utilizam o conhecimento das populações tradicionais, como por exemplo, o caso do veneno da jararaca, do extrato da espinheira-santa, da pele da perereca amazônica *phyllomedusa bicolor*, da *ayahuasca*, da copaíba, da andiroba, da catuaba, do cupuaçu, da acerola, dentre outros casos.

Diante desse contexto, o objetivo desta pesquisa será o de analisar se os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos brasileiros, verificar se estão sendo protegidos de maneira eficaz pela legislação ambiental e se os direitos das populações tradicionais estão sendo protegidos, com equilíbrio, com vontade e eficácia, no Congresso Nacional

Dessa forma, a problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma o Brasil poderá proteger seus recursos genéticos e o conhecimento tradicional associado de suas populações originárias, de forma que aqueles que os queiram explorar possam remunerar de forma justa esta exploração?

A pesquisa se justifica tendo em vista o alto número de empresas internacionais que tem procurado patentear os recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associado, sem pagar por isto, causando prejuízos àqueles que possuem esses direitos.

A metodologia que será utilizada nesta pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1 O CONGRESSO NACIONAL

Seguindo a orientação de Montesquieu, na obra "O Espírito das Leis/" (1996), o Brasil aderiu a separação e autonomia dos poderes em três esferas: "Legislativo, Executivo e Judiciário.

Tradicionalmente, o Poder Legislativo elabora as leis que regem as relações sociais, mas também exerce a fiscalização do Poder Executivo e serve como tribuna para as diversas correntes políticas. De acordo com o art. 44 da CF/88, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional nas unidades da Federação, tendo o número mínimo de oito e máximo de setenta deputados por Estado e Distrito Federal, a depender do número populacional de cada unidade, como se compreende a inteligência do art. 45 da CF/88.

A título exemplificativo, o Estado de São Paulo, de acordo com sua população atual, elege setenta deputados federais, que é o número máximo permitido na Constituição Federal, enquanto o Estado do Amapá, considerando o seu número populacional, elege oito deputados federais, que é o número mínimo estabelecido. Portanto, de acordo com a distribuição populacional atual nos Estados e Distrito Federal brasileiros, o Brasil possui quinhentos e treze deputados federais.

Já o Senado Federal, conforme preleciona o art. 46 da CF/88, é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário, tendo o número fixo de três por unidade da Federação. Em tendo vinte e seis Estados e um Distrito Federal, o Senado Federal possui oitenta e um senadores.

2 PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Adotando a teoria da hierarquia das normas de Hans Kelsen (1994), o art. 59 da CF/88 estabelece que o processo legislativo brasileiro compreende a elaboração de emendas à

Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A Constituição Federal encontra-se no topo da pirâmide de Hans Kelsen (1994), sendo a norma hierarquicamente superior a todas as outras, somente podendo ser alterada por emenda à Constituição, conforme determina o art. 60 da CF/88, mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Existem assuntos que não podem ser objeto de proposta de emenda, são eles: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

De acordo com o art. 61 da CF/88, a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos. No caso das leis complementares, estas só serão aprovadas por maioria absoluta.

O art. 14, III, da CF/88, prevê a iniciativa popular, a qual é conceituada no art. 13 da Lei nº 9.709/1998 como sendo a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O Tribunal Superior Eleitoral divulgou o número de eleitores brasileiros aptos a votar nas últimas eleições (2020) como sendo de cento e quarenta e sete milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e oitenta e três. Considerando esse número, atualmente teríamos que ter um milhão, quatrocentos e setenta e nove mil, cento e oitenta e cinco eleitores subscritores de um projeto de lei de iniciativa popular para apresentar à Câmara dos Deputados.

De acordo com o jornal do Senado Federal, até o presente momento nunca houve no Brasil uma lei derivada de um projeto de lei de iniciativa popular, isso por conta da dificuldade de conferência de todos os números de títulos eleitorais e assinaturas exigidos pela Constituição Federal. As Leis nº 8.930/1994 (dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), nº 9.840/1999 (altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral) e nº 11.124/2005 (dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS) foram leis com uma origem na iniciativa popular, mas devido à dificuldade relatada acabaram sendo propostas por algum Deputado ou Presidente da República.

Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62 da CF/88).

Já as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional (art. 68 da CF/88).

São seis as etapas ou fases do processo legislativo brasileiro: iniciativa, discussão, deliberação (ou votação), sanção ou veto, promulgação, publicação. De acordo com o art. 65 da CF/88, o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Atendendo às exigências do art. 66 da CF/88, a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente. O veto será apreciado em sessão conjunta, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

No processo legislativo brasileiro é importante destacar que as votações nas Casas Legislativas sempre se dão por maioria de votos, umas vezes a Constituição Federal exige maioria simples, outras vezes maioria absoluta e até mesmo maioria qualificada. A maioria absoluta e a maioria qualificada levam em consideração o número total de membros que legalmente integram o órgão, enquanto a maioria simples toma por base apenas os presentes à votação. A maioria qualificada é aquela que exige número superior à maioria absoluta, em geral usa dois terços ou três quintos.

3 POPULAÇÕES TRADICIONAIS E SUA REPRESENTATIVIDADE

A Constituição Federal de 1988 especialmente dedica um capítulo aos povos indígenas, reconhecendo sua cultura e suas terras. Aliás, a preocupação maior de nossa Carta Magna é com a demarcação das terras indígenas, visto uma maior regulamentação nesse sentido. Segundo Zambrano, Pozzetti, Dias e Silva (2021, p. 600) "Não existe uma ideia universalmente aceita sobre os critérios para definição de quem seja "índio". Existem critérios legais e critérios etnológicos (raciais). Por este último, geralmente se admite como índio numa pessoa que tem a metade do sangue indígena, embora também exista uma vertente que admite que também ainda quem possui apenas ¼ do sangue indígena".

Além dos povos indígenas, a Constituição Federal de 1988 adota regime jurídico diferenciado aos quilombolas, garantindo o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, §5º).

Assim sendo, verifica-se que em nenhum momento a Constituição refere-se às expressões populações tradicionais (utilizada por escritores) ou comunidades locais (utilizada pela legislação infraconstitucional), assegurando direitos especiais somente às populações indígenas e aos quilombolas, assim considerados.

Uma consideração importante que tanto Diegues e Arruda (2000) quanto Santilli (2005) fazem, apesar de utilizarem motivos distintos, é de que no universo maior das populações tradicionais distinguem-se povos indígenas de não indígenas. Diegues e Arruda (2000, p. 16) baseiam a distinção no fato de que em torno do termo populações indígenas há um certo consenso, com o reconhecimento de uma continuidade sociocultural, histórica e identitária, distinta de outros grupos tradicionais, como caiçaras, jangadeiros, caboclos e ribeirinhos amazônicos, sertanejos e vaqueiros, caipiras, açorianos, varjeiros, pantaneiros, quilombolas, pastoreios, pescadores, babaçueiros, sitiantes e praieiros. Já Santilli (2005, p. 80), a partir de uma leitura sistêmica da Constituição Federal de 1988, identifica um peculiar regime jurídico conferido aos povos indígenas e aos quilombolas, distinto dos outros grupos de populações tradicionais.

Aliás, mesmo separando as populações tradicionais em dois grandes grupos de indígenas e não indígenas, em uma visão eurocêntrica de mundo, não encontramos uniformidade. Longe disso, porque dentro do grupo de índios existem vários grupos étnicos, com variações culturais marcantes, embora descontínua, que nunca foram consideradas e reconhecidas pelo colonizador, comportamento este espelhado pela legislação brasileira. Esse entendimento também vale para as populações tradicionais não indígenas, as quais não são entendidas em suas peculiaridades.

Diante dessas considerações, percebe-se que população tradicional é um termo de difícil conceituação, pela sua complexidade, mas sendo relativamente aceito como grupos humanos culturalmente diferenciados que historicamente reproduzem seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base em modos de cooperação social e formas específicas de relações com a natureza, caracterizados tradicionalmente pelo manejo sustentado do ambiente. Sendo assim, percebe-se que essa noção se refere tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos. Chegamos a essa delimitação de população tradicional de acordo com a obra de Diegues e Arruda (2000, p. 22).

Essa complexidade conceitual e jurídica torna a representatividade das populações tradicionais um desafio a ser enfrentado na busca de reconhecimento de direitos historicamente negligenciados. Só com a atuação de múltiplas ideias e mudança de atitude podemos tornar a representatividade dessas populações efetiva. É necessário superar as concepções de mundo impostas pelo colonizador e enxergar o colonizado como um questionador, pensador, teórico, escritor, comunicador, criador e potencial agente na afirmação de uma ontologia, epistemologia e ética autêntica e autônoma. Mas sem sombra de dúvidas essa produção do conhecimento só se dá de forma coletiva.

4 CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO, O RECURSO GENÉTICO E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Fazendo uma relação entre o conhecimento tradicional associado ao recurso genético e a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988, não podemos deixar de citar dois dispositivos: o §1º, inciso II, do artigo 225, o qual prevê a preservação da diversidade e integridade do recurso genético de nosso país, bem como estipula a fiscalização de entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, e o §4º do mesmo artigo, onde insere a Floresta Amazônica brasileira no rol do patrimônio nacional e como tal deve ser utilizada de forma a preservar seus recursos naturais.

Ao ler tais dispositivos, constata-se que pelo menos principiologicamente está assegurada à conservação[280] de nossa Floresta Amazônica, assegurando sua diversidade e integridade por intermédio da fiscalização de entidades dedicadas a manipulação de material genético.

Por intermédio do Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994, o Brasil aprovou o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, cujos objetivos, de acordo com seu artigo 1, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante seu acesso adequado e a transferência de tecnologia.

De acordo com essa construção jurídica internacional, o Brasil editou a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, a qual regulamenta o artigo 1, a alínea *j* do artigo 8, a alínea *c* do artigo 10, o artigo 15 e os §§ 3º e 4º do artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispondo sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

O artigo 2º da Lei n° 13.123/2015, seguindo preceitos da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, conceitua patrimônio genético como sendo a informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos; conhecimento tradicional associado como sendo a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético; e comunidade tradicional como o grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição.

Esse mesmo dispositivo legal também estabelece o que seja consentimento prévio informado, como sendo o consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários; assim como protocolo comunitário como a norma procedimental das populações indígenas,

[280] Apesar da CF/88 exaltar a palavra preservação, a qual tem o sentido de intocabilidade dos recursos, tecnicamente a palavra correta para o sentido a que ela quer expressar é conservação, visto significar a utilização racional dos recursos, sem extirpá-los de nosso planeta.

comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios de que trata esta Lei; acesso ao patrimônio genético como a pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético; acesso ao conhecimento tradicional associado como a pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados; e acordo de repartição de benefícios como o instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) conceitua recurso genético como sendo o material genético de valor real ou potencial, sendo material genético todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade. Vale ressaltar que a Lei nº 13.123/2015 ao invés de repetir a expressão recurso genético, emprega o termo patrimônio genético, muito criticado pela conotação capitalista que a palavra patrimônio carrega em si, indicando sentido diverso ao recurso.

Por conhecimento tradicional associado entende-se a informação ou prática desenvolvida por indivíduos ou grupos constituintes de populações tradicionais associada a recurso genético, englobando o detalhado conhecimento que esses grupos humanos possuem dos ambientes que os rodeiam, variando suas tecnologias de acordo com os diferentes ecossistemas amazônicos. Assim, dominam os rios, as várzeas e as matas, extraindo alimentos, fibras, plantas medicinais, tinturas, materiais de construção, entre outros elementos.

A importância que o recurso genético ganhou nos últimos anos, servindo de base para remédios, cosméticos, agrotóxicos, gêneros alimentícios, biossintéticos, agravou sensivelmente a exploração de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, onde países detentores de tecnologia científica visam ansiosamente às fontes de recursos genéticos, que atualmente se encontram em países de origem de recursos genéticos, dos quais o Brasil se destaca em razão principalmente da floresta Amazônica.

Por ter uma grande biodiversidade, ainda hoje há uma grande exploração dos recursos naturais sem autorização no nosso país. Com os avanços na área da biotecnologia, a exploração tornou-se ainda maior, uma vez que transportar material genético é mais "simples" do que transportar um animal ou uma planta, por exemplo.

Há uma contradição: os países tão ricos em biodiversidade, de onde os recursos genéticos provêm e movimentam bilhões de dólares no mundo inteiro, são detentores de profundos problemas de ordem política, econômica e social, muitos deles sofrendo com a fome e as epidemias.

O fato dos países "desenvolvidos" possuírem tecnologia e os países de origem de recursos genéticos possuírem a condição de "subdesenvolvidos" gera sérios conflitos internos nestes últimos. Podemos citar a questão da soberania; a necessidade de desenvolvimento técnico-científico; a degradação dos recursos naturais, ocasionada pela excessiva e desordenada exploração; a fragilidade do sistema jurídico de acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados e o direito das populações tradicionais, possuidoras de conhecimentos ancestrais. Essas questões tornam o Brasil um país vulnerável a oportunistas.

Dessa forma, o dilema internacional está formado. De um lado, os países desenvolvidos se apoiam nos dispositivos do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS), da Organização Mundial do Comércio (OMC), para garantir que os recursos genéticos sejam considerados "patrimônio comum da humanidade" e, assim, continuem a apropriar-se de todo o material genético e o conhecimento tradicional associado que quiserem; de outro, os países em desenvolvimento agarram-se na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), baseada no princípio de soberania dos Estados para explorar seus próprios recursos genéticos, além de estabelecer como objetivos básicos a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, prevendo o consentimento prévio fundamentado,

para garantir o respeito e a participação dos povos detentores de conhecimentos tradicionais associados.

A exploração ilegal dos recursos naturais e do conhecimento tradicional gera grandes prejuízos para um país, tanto econômicos quanto ambientais. No que diz respeito à economia, o país é prejudicado porque a comercialização dos produtos gera lucros que não são repartidos de forma justa para o país detentor do recurso e para as comunidades tradicionais.

5 BIOPIRATARIA E SUA REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por ser um país de megadiversidade biológica e cultural, o Brasil é diariamente "vítima" de uma prática conhecida como biopirataria. Esse termo foi primeiramente utilizado no ano de 1993 pela organização não governamental (ONG) RAFI, hoje chamada ETC-GROUP, para alertar sobre as várias ocorrências de apropriação, com pedidos de patente, de recursos biológicos e conhecimentos tradicionais, sobretudo indígenas, por parte de empresas multinacionais e instituições científicas e que os verdadeiros donos de tal patrimônio não estavam participando dos lucros gerados por esta atividade. Apesar da ausência de uma definição padrão acerca da biopirataria, verificamos que ela não envolve somente a apropriação de recursos biológicos por instituições que desejam a manipulação exclusiva desse material, mas também do conhecimento empregado por povos locais sobre esses recursos, ou seja, o conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a devida autorização do Estado de onde fora retirado o recurso ou do grupo humano detentor originário do conhecimento tradicional.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há um conceito legal do termo biopirataria, pois o art. 47 da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) que previa o crime de biopirataria foi vetado por ter sido considerado abrangente demais. Em razão dessa lacuna legislativa, a jurisprudência vem atuando no sentido de conceituar esse termo. No entanto, o Congresso Nacional na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Biopirataria (2006, p. 13) conceituou a biopirataria em dois sentidos: um *lato sensu*, onde engloba a exploração e o comércio ilegais de madeira, o tráfico de animais e plantas silvestres e outro *stricto sensu*, entendida como o acesso irregular ao patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados.

Desde quando o Brasil entrou na configuração do mapa mundial ocidental, ele sofre com a prática da biopirataria, começando com o pau-brasil, em 1500, uma espécie de porte médio da família das leguminosas. Essa árvore era usada pelos indígenas na fabricação de corantes e foi levada para a Europa pelos portugueses, iniciando aí a exploração da planta e a utilização do conhecimento tradicional.

A Amazônia brasileira sofreu um duro golpe quando em 1913 setenta mil sementes da seringueira, uma árvore da família das *Euphorbiaceae*, foram contrabandeadas do Brasil e levadas para plantações na Malásia, que cultivada em terreno adequado e de fácil acesso permitia a produção em larga escala com menor preço. Do látex dessa árvore fabrica-se a borracha, muito utilizada na indústria automobilística da época. Em pouco tempo a borracha ordenada da Malásia substituiu a borracha nativa da Amazônia no mercado mundial, o que acabou com a economia do Estado do Amazonas na época.

Além das sementes propriamente ditas, os biopiratas também se apropriaram dos conhecimentos tradicionais que os povos da floresta tinham sobre a conservação dessas sementes, sem que o Brasil ou o Estado do Amazonas ou mesmo as populações tradicionais recebessem alguma retribuição por isso.

Os anos se passam, mas os danos ao Brasil não cessaram, ao contrário, foram intensificados. Um bom exemplo é o caso do anti-hipertensivo captopril. O princípio ativo foi descoberto no veneno da jararaca, por pesquisadores brasileiros, os quais não tinham os recursos necessários para dar continuidade à pesquisa e publicaram o trabalho. Dez anos depois, o laboratório americano Bristol-Myers patenteou o princípio ativo e ganha cerca de US$ 5 bilhões por ano com o medicamento. E, nós, brasileiros, ainda temos de pagar os royalties para usá-lo.

Foi também o que aconteceu com o extrato da espinheira-santa, uma planta da família *Celastraceae*, isolado por pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo nos anos 80. O produto depois foi patenteado por uma indústria japonesa, em 1997, com base nos resultados publicados.

Da pele da perereca amazônica *Phyllomedusa* bicolor é extraída uma substância analgésica e antibiótica usada em rituais indígenas, sobre a qual foram registrados vários pedidos de patentes nos Estados Unidos, Europa e Japão.

A ayahuasca, bebida alucinógena usada em cerimônias religiosas por tribos amazônicas, teve um de seus componentes (um cipó) patenteado em 1986 pelo americano Loren Miller, sendo contestada por organizações indígenas que deram início a um processo judicial que durou até 2001 com a vitória de Miller.

Há dois exemplos marcantes de plantas populares brasileiras que foram patenteadas por grandes empresas no exterior. A copaíba (*Copaifera sp*), árvore da região amazônica, teve sua patente registrada pela empresa francesa Technico-flor, em 1993, e no ano seguinte na Organização Mundial de Propriedade Intelectual. A empresa norte-americana Aveda também tem uma patente de copaíba, registrada em 1999. O óleo e o extrato de andiroba (*Carapa guianensis*), árvore de grande porte, muito comum nas várzeas da Amazônia, foram patenteados pela empresa francesa Yves Roches, no Japão, França, União Europeia e Estados Unidos, em 1999.

No caso da catuaba, uma planta que só existe no Brasil, foram encontrados seis pedidos de patentes estrangeiras registradas no Japão na área dos cosméticos.

Mais recentemente, o cupuaçu e a acerola tiveram seus nomes registrados como marcas por empresas japonesas, o que causou comoção nacional e foram quebradas.

Os vários casos de biopirataria mencionados acima têm em comum o fato de que espécies vegetais foram coletadas no Brasil, com ou sem o uso de conhecimento tradicional associado, com ausência de consentimento prévio e informado do Brasil, sendo levadas para o exterior, com a finalidade de identificação de princípios ativos úteis, com base nos quais produtos e processos foram desenvolvidos e patenteados, sem a repartição dos benefícios com o nosso país.

Segundo Santilli (2005, p. 204-205):

> houve uma apropriação indevida e injusta, coibida pela Convenção sobre Diversidade Biológica, de um recurso que pertence a outro país e às suas comunidades locais, por meio do uso de um instrumento legal, o direito de propriedade intelectual, especialmente a patente, consagrado pelas legislações nacionais e internacionais. Vale ressaltar que esses instrumentos foram concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental, atendendo especialmente às necessidades das sociedades industriais, permitido a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva.

Portanto, a "biopirataria" se concretiza com a utilização "legal" dos sistemas de patentes, impostos pela globalização econômica, a qual privilegia os países detentores de biotecnologia e suas empresas multinacionais, em detrimento dos direitos das populações tradicionais e dos países biodiversos, estabelecendo-se dessa forma um conflito Norte-Sul, como bem define Boaventura (2006, p. 93), o qual reconhece que "a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece, sendo uma riqueza social que está sendo desperdiçada por não ser hegemônica".

O sistema de patentes foi idealizado para atender às necessidades da sociedade industrial e da produção de mercado, sendo inapropriado para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados, os quais são imateriais. O próprio conceito de propriedade que o sistema de patentes confere ao seu inventor é problemático no que tange a esses conhecimentos, pois é um direito individual que não abarca a complexidade dos direitos coletivos das populações tradicionais.

6 QUANTO, ECONOMICAMENTE, AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS BRASILEIRAS TÊM PERDIDO COM A BIOPIRATARIA?

Não se consegues identificar, com certeza, quanto o Brasil e suas populações tradicionais perdem com a biopirataria, existem estudos e investigações de vários órgãos governamentais que tentam estimar os prejuízos.

Quando se pensa em biopirataria, precisamos contabilizar os prejuízos tanto com relação aos recursos biológicos nas suas três vertentes, o tráfico ilegal de animais silvestres, a subtração/apropriação de espécies vegetais e de recursos genéticos, bem como com relação ao conhecimento tradicional associado ao recurso genético. Mas não podemos deixar de considerar uma externalidade negativa, qual seja, o pagamento pelo Brasil de royalties por medicamentos e outros produtos desenvolvidos com substâncias extraídas ilegalmente da biodiversidade brasileira e patenteadas por empresas estrangeiras.

Nesse sentido, a Câmara dos Deputados Federais instituiu uma CPI - comissão parlamentar de inquérito com o objetivo de investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras, com destaque para os seguintes valores:

> 1. O tráfico de animais silvestres movimentaria entre 10 e 20 bilhões de dólares por ano, sendo 15% desse valor referente ao Brasil (SARNEY FILHO, 2002, p. 12);
> 2. O grama do veneno da jararaca é cotado no mercado internacional a 433 dólares e o do veneno da coral-verdadeira a 31 mil e 300 dólares (SARNEY FILHO, 2002, p. 12);
> 3. Todo o peixe ornamental exportado pela Colômbia sairia do Brasil e os números são impressionantes: em 2002, a Colômbia teria exportado 4 milhões de dólares em peixes ornamentais, enquanto o Brasil apenas 300 mil dólares (SARNEY FILHO, 2002, p. 40);
> 4. O tráfico de animais para colecionadores particulares e zoológicos, prioriza as espécies ameaçadas de extinção. Nesse caso, no mercado internacional, uma arara-azul-delear chegaria a valer 60 mil dólares, um mico-leão-dourado 20 mil dólares, uma jaguatirica 10 mil dólares, e assim por diante (SARNEY FILHO, 2002, p. 104);
> 5. O tráfico relativo a animais para fins científicos (biopirataria), envolve uma série de espécies fornecedoras de substâncias químicas para a pesquisa e produção de medicamentos. Relativo a esse tipo de tráfico de animais, uma jararaca-ilhoa valeria no mercado internacional 20 mil dólares, uma surucucu-pico-de-jaca 5 mil dólares e haveria besouros cotados em até 8 mil dólares. O grama do veneno extraído da aranha-marrom seria vendido por mais de 24 mil dólares (SARNEY FILHO, 2002, p. 104 e 105);
> 6. Estima-se que o tráfico de animais silvestres no país movimenta quantias próximas a um bilhão de dólares por ano, fato que o colocaria na terceira posição, em termos de volume de recursos, entre os grandes mercados ilegais, o tráfico de drogas e o de armas (SARNEY FILHO, 2002, p. 108 e 109).

Em 2006, o Tribunal e Contas da União (TCU), realizou uma auditoria sobre problemas relacionados à biodiversidade no país (TC-004.026/2005-6), fez a seguinte simulação:

> Considerando que o mercado de medicamentos movimenta por ano US$ 300 bilhões; considerando que cerca de 40% desses remédios derivam da biodiversidade e um quinto deles extraído da biodiversidade brasileira, já que o Brasil detém cerca de 20% das espécies conhecidas que poderiam dar origem às fórmulas medicinais; considerando ainda distintos percentuais de repartição de benefícios que poderiam ter sido negociados, os prejuízos para o Brasil estariam na ordem de US$ 2,4 bilhões por ano, considerando a negociação dos percentuais da repartição de benefícios.

Já em 2016, de acordo com a Auditoria TC 027.987/2015-9 oriunda do Tribunal de Contas da União (TCU), o mercado farmacêutico movimentou US$ 830 bilhões em 2010 e desde 2014 já ultrapassa um trilhão de dólares por ano, segundo estimativas da Intercontinental Medical Statistics

(IMS Health). Segundo a mesma fonte, o tempo de desenvolvimento de um medicamento pode levar de doze a quinze anos e o investimento para chegar ao produto final pode alcançar a cifra de US$ 1,5 bilhões.

Esses dados nos levam ao raciocínio lógico de que o acesso a material genético com potencial de se tornar um novo medicamento associado ao conhecimento tradicional dos povos tradicionais reduz drasticamente os custos com pesquisa.

Um interesse que a princípio concentrava-se somente nos produtos extraídos da diversidade biológicas das florestas, também passou a ser direcionado ao conhecimento de populações tradicionais, o qual segundo empresas como a *Shaman Pharmaceuticals* e *The Body Shop*, o acesso a tal conhecimento poderia reduzir em 40% os custos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia a partir desses recursos, de acordo com dados trazidos por Darrell A. Posey na coletânea Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas (1997, p. 347).

Nesse sentido, Vandana Shiva (2001, p. 101) descreve que "dos cento e vinte princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores, e largamente utilizados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais, onde o uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência de reconhecer as propriedades medicinais de plantas em mais de 400%".

Em sendo os produtos provenientes de biopirataria patenteados por empresas estrangeiras, o Brasil ainda tem que pagar royalties para ter acesso a mercadoria.

CONCLUSÃO

A problemática que instigou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma o Brasil poderia proteger seus recursos genéticos e o conhecimento tradicional associado das suas populações originárias, garantindo-lhes uma justa remuneração quando o particular queira explorar esses recursos.

Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação existente, as convenções e tratados internacionais, a mecânica de produção legislativa no Brasile as posições doutrinárias.

Verificou-se que o Brasil possui 67% da área geográfica da totalidade da floresta Amazônica e observou-se que o número de líderes parlamentares da região norte, onde está situada a floresta, é ínfimo quando comparado ao número das outras regiões do Brasil, onde impera o agronegócio, principalmente na região centro-oeste do país. O próprio presidente da Câmara dos Deputados é empresário pecuarista. Nesse sentido, a falta de representatividade do complexo universo das populações tradicionais brasileiras, prejudica a produção legislativa e a proteção dos povos originários. Tal posição gera uma produção legislativa ineficaz quanto a proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, diante dos tantos casos de biopirataria sofridos pelo Brasil, causando prejuízos ambientais e econômicos incalculáveis, aos povos e ao Brasil.

Nesse sentido, verificou-se que a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) estabeleceu instrumentos legais, como a repartição de benefícios, que tentam amenizar tamanha desproporção, mas não foram capazes de resolver o problema; uma vez que o Brasil não tipificou o "criem de biopirataria", fragilizando a aplicação dos instrumentos previstos na Lei nº 13.123/2015, que aliada a falta de governança no Brasil, com órgãos públicos desqualificados e sucateados, o torna presa fácil nas mãos de empresas multinacionais e países altamente tecnológicos.

Concluiu-se que o Brasil precisa legislar com efetividade e com proteção adequada aos direitos dos povos tradicionais e inibir o crime de biopirataria, combatendo-o com eficácia. É imperioso que se faça um esforço integrado das autoridades brasileiras no sentido de prevenir e evitar tais condutas tão danosas para o país, considerando que o Brasil é uma das nações que mais sofre com esse problema, devendo por isso assumir uma posição de protagonismo no debate

mundial para garantir a participação dos países detentores de biodiversidade nos dividendos dessa comercialização.

É necessário a construção de um sistema jurídico participativo, induvidoso e eficaz, aliado a atuação mais efetiva e integrada dos órgãos de combate à biopirataria, com o aumento dos contingentes das forças envolvidas, aparelhagem e qualificação de profissionais, para que haja a devida fiscalização nos portos e aeroportos, bem como nos 16,8 mil quilômetros de fronteira com os países vizinhos.

É preciso levar informação adequada às comunidades tradicionais locais, para que a prevenção comece justamente na base, além de serem devidamente consultadas para qualquer eventual repartição de benefícios. Sobretudo necessário se faz o investimento "pesado" em ciência e tecnologia, porque só assim o país protegerá e não permitirá que essa população e os recursos genéticos brasileiros se tornem menos vulneráveis às ações dos biopiratas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Wladimir. **O Congresso Nacional**. Disponível em: http://fdc.br/Arquivos/Artigos/14/CongressoNacional.pdf. Acesso em: 05 de mai. 2021.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico de animais e plantas silvestres brasileiras, a exploração e comércio ilegal de madeira e a bipirataria no país. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 2006.BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1994.BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998.BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Brasília, 1998. BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999**. Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Brasília, 1999.

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Brasília, 2005.

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 2015.

BRASIL. **Senado Federal. Decreto Legislativo n. 02, de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Brasília, 1994.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Bancada Atual.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/deputados/bancada-atual. Acesso em: 14 de mai. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mesa Diretora.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/mesa. Acesso em: 14 de mai. 2023.

DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. **Os saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil**. São Paulo: MMA e NUPAUB, 2000. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf. Acesso em: 12 out. 2005.

FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (orgs.). **Quem cala consente? Subsídio para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

GAZETA DO POVO. **O prejuízo com a biopirataria**. Datado em: 27 de dez. 2009. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/o-prejuizo-com-a-biopirataria-c2hyx2pb0w538icq4r3yft7pq/. Acesso em: 16 de jun. 2023.

JORNAL DE LONDRINA. **Brasil perde patente de produtos nacionais**. Londrina, 13 set. de 2003. Disponível em: https://www.folhadelondrina.com.br/geral/brasil-perde-patente-de-produtos-nacionais-462391.html. Acesso em: 16 de jun. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSEY, Darrell A. Exploração da biodiversidade e do conhecimento indígena na América Latina: desafios à soberania e à velha ordem. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.
POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FERNART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade**. Seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras de Frederik Barth. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1998.
POZZETTI, Valmir César; MENDES, Máryka Lucy da Silva. Biopirataria na Amazônia e a Ausência de Proteção Jurídica. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 1, 2014, p. 209-234.
SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. V. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. V. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.SARNEY FILHO, José. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito. Investigar o Tráfico Ilegal de Animais e Plantas Silvestres da Fauna e da Flora Brasileiras – CPITRAFI. Brasília, Câmara dos Deputados, 2002.SENADO FEDERAL. AGÊNCIA SENADO. Especial Cidadania. **Projeto de iniciativa popular exige mais de 1 milhão de assinaturas.** Disponível em: http://www.senado.leg.br/noticias/jornal/cidadania/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20incentiva/not005.htm. Acesso em: 12 de jun. 2023.
SENADO FEDERAL. SENADO NOTÍCIAS. **Mesa do Congresso.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/mesa-do-congresso. Acesso em: 14 de mai. 2023.
SENANDO FEDERAL. SENADORES. **Comissão Diretora.** Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/senadores/comissao-diretora. Acesso em: 14 de mai. 2023.
SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC-004.026/2005-6: Auditoria operacional com o objetivo de analisar os instrumentos de controle utilizados pelo poder executivo federal para minimizar a ocorrência de fluxo não-autorizado de espécimes da fauna e flora brasileiras e de material genético nas fronteiras do país, bem como verificar as ações do governo que incentivam o uso sustentável da biodiversidade brasileira. Determinações e recomendações.** Brasília, Plenário, 30 de ago. 2006.
TCU. **TC 027.987/2015-9: Auditoria. Ações de combate à biopirataria do patrimônio genético da Amazônia. Possibilidade de melhorias nas ações de repressão e de pesquisa. Recomendações. Determinações. Arquivamento.** Brasília, Plenário, 09 de nov. 2016.
TORRES, Nelson Maldonado; COSTA, Joaze Bernardino; GROSFOGUEL, Ramón. **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
TRIBUNA. **Brasil perde US$ 2,4 bilhões por causa da biopirataria**. Atualizado em: 19 jan. 2013. Disponível em: https://www.tribunapr.com.br/noticias/brasil-perde-us-24-bilhoes-por-causa-da-biopirataria/#:~:text=A%20economia%20brasileira%20sofre%20uma,ligados%20%C3%A0%20biodiversidade%20no%20Pa%C3%ADs. Acesso em: 16 mai. 2023.
TSE. Censo da democracia: Brasil tem 147,9 milhões de eleitores aptos a votar nas Eleições 2020. Brasília, 05 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/brasil-tem-147-9-milhoes-de-eleitores-aptos-a-votar-nas-eleicoes-2020. Acesso em: 12 de mai. 2023.
ZAMBRANO, Virginia; POZZETTI, Valmir César; DIAS, Marialice Antão e SANTOS, James Oliveira dos. CIDADANIA VERSUS O DIREITO AO EXERCÍCIO DE VOTO DOS POVOS ORIGINÁRIOS DA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO DE CASO DAS ALDEIAS INDIGENAS DO VALE DO JAVARI, EM ATALAIA DO NORTE/AM DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19. **Revista Juridica Unicuritiba**. v. 04, n°. 66, Curitiba, 2021. p. 593 - 636Disponível em: https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5574/pdf, consultada em: 10 jul. 2023.

O ASPECTO DEMOCRÁTICO DO TRIBUNAL DO JÚRI E O SEU PAPEL COMO MEIO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Fernanda Fiori Barvick[281]

INTRODUÇÃO

Enquanto meio de exercício da cidadania e da democracia, o Tribunal do Júri é muito criticado pelos aplicadores do Direito desde a sua concepção em terras brasileiras, eis que, na gênese do instituto no Brasil, este era competente para o julgamento de crimes relativos à imprensa, assim, fora utilizado como meio de repressão nos anos de caminhada para a Independência do Estado brasileiro.[282] Além disto, tem-se que nos primórdios do instituto, na Grécia Antiga, este era intimamente atrelado às crenças e superstições populares, o que tornava-se comum a invocação de deuses para que promovessem o julgamento dos delitos que eram cometidos na sociedade da época.[283]

Atualmente, o instituto vem sendo alvo de diversas críticas no sentido de que no Brasil há vários pontos passíveis de debate, como, por exemplo, o fato de haver a incomunicabilidade entre os jurados durante a sessão plenária, restringindo o debate do caso e a possibilidade de discussão dos pontos controvertidos para a formação da opinião dos jurados. Ou, ainda, a possibilidade de recurso das decisões manifestamente contrárias às provas dos autos, que pode vir a ser compreendida como uma violação ao princípio da soberania dos veredictos, nos termos do entendimento que deve vir a ser firmado nos próximos anos quando do julgamento no Supremo Tribunal Federal do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.225.185, tema de repercussão geral 1087, referente à admissibilidade do recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público, quando fundado no quesito genérico do art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal.

Portanto, o presente trabalho tem como proposta o estudo do instituto do Tribunal do Júri no Brasil, de modo a analisar o papel deste instituto em um Estado Democrático de Direito e, ainda, compreender algumas das críticas que lhe permeiam, de modo a examinar se, ainda hoje, o Tribunal do Júri continua a ser um instituto fundamental ao funcionamento da democracia no Estado brasileiro. Por fim, pretende-se demonstrar que a participação do cidadão no plenário compreende uma forma de exercício da democracia, na medida em que se põe em prática a sua cidadania.

O artigo se divide em quatro seções. Em primeiro momento, aponta-se o papel dos direitos fundamentais enquanto dimensão material da democracia, discorrendo acerca da teoria acerca das dimensões dos direitos fundamentais. Em seguida, analisa-se o conceito de função jurisdicional do Estado e sua importância. Após passa-se ao estudo do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma breve análise dos princípios específicos do instituto. E, por fim, expõe o papel do júri na defesa dos direitos fundamentais do acusado.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método lógico-dedutivo, com base em construções doutrinárias e normativas, de modo a analisar os objetivos propostos.[284] Ademais, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica a respeito do tema.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIMENSÃO MATERIAL DA DEMOCRACIA

---

[281] Mestranda em Direitos Fundamentais & Democracia, pelo programa de Pós-Graduação em Direito no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.
[282] MAIA, José Carlos Lucio. **João Soares Lisboa e Francisco Alberto Teixeira de Aragão:** alguns fragmentos sobre a história dos primórdios do Tribunal do Júri no Brasil. Disponível em: l1nq.com/JDvQv. Acesso em: 08 nov. 2021.
[283] WINCK, Daniela Ries; PELLIZZARO, Mariana. A implantação do tribunal do júri no Brasil e suas características nos principais países do mundo. **Ponto de Vista Jurídico,** 2018, p. 50.
[284] SERVILHA, Claudia; MEZZAROBA, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Editora Saraiva, 2019. Ebook, p 84-87.

A dimensão material da democracia consiste em estabelecer os temas sobre os quais poderá haver deliberação, de modo a recair na efetivação dos direitos e princípios expressos na Carta Constitucional.[285] Neste sentido, compreende-se que os direitos fundamentais se enquadram neste aspecto.

Os direitos fundamentais, no ordenamento jurídico vigente, são classificados de acordo com o critério de conteúdo, sendo: a) direitos fundamentais do homem-indivíduo (art. 5º, da CF/88), b) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade (art. 5º, da CF/88), c) direitos fundamentais do homem-social (art. 6º e art. 193 e ss., da CF/88), d) direitos fundamentais do homem-nacional (art. 12, da CF/88) e, e) direitos fundamentais do homem-cidadão (art. 14 a 17, CF/88).[286]

Para Sarlet, os direitos fundamentais são subcategorizados em três dimensões, apontando a identificação de um caráter progressivo de direitos fundamentais, eis que passam por um processo cumulativo e de complementaridade conforme se verificam novos direitos fundamentais.[287] Os direitos fundamentais de primeira dimensão se traduzem naqueles direitos produtos dos pensamentos liberal-burgueses do século XVIII, sendo eles: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente sendo incluídos nesta dimensão os direitos de participação política, quais sejam o direito ao voto e a capacidade eleitoral passiva.[288] Cuida-se, portanto, dos chamados direitos civis e políticos.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo caracterizados pela concretude desses direitos, eis que outorgam ao sujeito direitos e prestações sociais pelo próprio Estado, como o caso da assistência social, educação, saúde, etc, incluindo-se aí liberdades sociais, como o direito de greve.[289] Cuida-se, portanto, dos chamados direitos sociais.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais engloba os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção de grupos humanos, caracterizando-se pela titularidade coletiva ou difusa, como, por exemplo, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, entre outros.[290] Segundo Sarlet, o que diferencia os direitos fundamentais da terceira dimensão dos demais é a sua titularidade coletiva, por vezes indefinida e indeterminável, com aplicabilidade universal ou transindividual.[291]

Alguns teóricos fazem referência a uma possível nova classificação dos direitos fundamentais da quarta dimensão, que se imprime no resultado do processo de globalização dos direitos fundamentais, por meio da institucionalização do Estado Social. Nesta seara, teríamos o direito à democracia e o direito ao pluralismo.[292]

Ademais, tem-se que tais divisões expressam a evolução no que toca ao reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, e tal evolução se exprime, principalmente, na transmutação hermenêutica dada pela jurisprudência, quando são apontadas novas funções de direitos fundamentais já conhecidos.

Conforme se depreende da análise das dimensões da democracia, pode-se concluir que o tribunal do júri se insere na primeira dimensão dos direitos fundamentais, eis que vislumbra a

---

[285] DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; DE CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Diálogos sobre democracia e ambiente a partir dos enfoques procedimental e substancial da democracia. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 2, p. 327-354, 2015, p. 333-334.

[286] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 163-164.

[287] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 52.

[288] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 54.

[289] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 55.

[290] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 56.

[291] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 56-57.

[292] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 58-59.

proteção da liberdade individual do sujeito, bem como na segunda dimensão, vez que protege o direito do exercício da cidadania.

Ademais, o instituto se faz inserido do âmbito da dimensão material da democracia, na medida em que é um dos meios de participação social existentes no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo o exercício da cidadania dos indivíduos.

2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E O PAPEL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

As funções estatais podem ser compreendidas de dois modos: (i) enquanto tarefa ou incumbência, fazendo referência às necessidades coletivas da vida em sociedade, e (ii) como atividade, que deve possuir características especiais, sendo este o modo através do qual o poder político atuará.[293]

Partindo da concepção de função estatal enquanto atividade, tem-se que ela se define por meio de sua estrutura e forma de concretização dos atos e atividades, vinculado às diversas formas de processo, sujeitos e consequências da dinâmica jurídico-pública.[294] Nesta esteira, a função estatal compreendida como atividade é tida como um conjunto de atos e ações com a finalidade de continuidade de um objetivo comum, a se desenvolver através de um meio próprio[295] e dependem de normas regentes.[296]

Quando se diz em funções do Estado, comumente é apresentada a diferenciação entre função legislativa/política, jurisdicional e administrativa do Estado, sendo definidas como:

a) função política, que se divide em função legislativa e função governativa, compreendendo os atos normativos e não normativos, regras e decisões[297], que devem ser abstratas;[298]

b) função jurisdicional, que é por onde é analisada a definição do Direito especialmente em casos concretos da vida em sociedade, através da fiscalização da constitucionalidade e legalidade das leis e normas;[299] e,

c) função administrativa, que engloba a perseguição dos interesses da sociedade, bem como da comunidade política.[300]

Assim, partindo dos ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco, a função jurisdicional do Estado é tida como a responsabilidade estatal de analisar e eliminar os conflitos sociais, objetivando a preservação e o fortalecimento dos valores humanos.[301] Portanto, a atividade jurisdicional implica na realização de atos ligados à ordem social e econômica, além de fomentar a disciplina e cooperação entre os cidadãos de modo a resolver conflitos interpessoais.[302]

---

[293] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 85.
[294] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 85-86. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[295] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 87. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[296] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 87-88. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[297] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 92. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[298] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 89. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[299] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 92. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023
[300] MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 92. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332. Acesso em: 10 set. 2023.
[301] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2005. p. 25. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35770842/TGP__ADA_PELLEGRINI-libre.pdf?1417267531=&response-content- Acesso em: 30 ago. 2023.
[302] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2005. p. 26. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35770842/TGP__ADA_PELLEGRINI-libre.pdf?1417267531=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DANTONIO_CARLOS_DE_ARAUJO_CINTRA.pdf&Expires=1693422619&Signature=B75bvj-. Acesso em: 30 ago 2023.

Ademais, "a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a atividade jurisdicional em caso concreto"[303], buscando a paz social e a justiça.[304]

3 OS PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

No ordenamento jurídico pátrio vigente, além dos princípios constitucionais gerais, os quais devem ser compreendidos de modo teleológico, a serem aplicados a todos os institutos jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro, tais quais o princípio da legalidade, do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa, da publicidade, entre outros, a Constituição Federal de 1988 prevê princípios atinentes, especificamente, ao Tribunal do Júri.

Conforme explicita De Albuquerque em sua análise acerca do papel dos princípios no ordenamento jurídico:

> os princípios penais constitucionais são pressupostos da democracia. É que a aplicação deles resulta na eficácia constitucional isso porque referidos princípios têm como finalidade proporcionar justeza e legalidade às regras de convivência social.[305]

Em que pese a CF/88 reconhecer a instituição do Tribunal do Júri como garantia individual no rol do seu art. 5º, a disciplina legal do instituto encontra-se esculpida nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal. Desta forma, faz-se necessário trabalhar com a consagração constitucional do Tribunal do Júri em seu art. 5º, inciso XXXVIII:

> Art. 5. (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> a) a plenitude de defesa,
> b) o sigilo das votações;
> c) a soberania dos veredictos;
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [306]

A partir do que se denota da Carta Constitucional de 1988, passou-se a prever os princípios norteadores do Tribunal do Júri, promovendo uma diferenciação das tradições previstas nas Constituições anteriores[307] e, no presente capítulo, serão abordados estes princípios e suas ramificações, de modo a realizar uma breve crítica com relação à aplicabilidade destes princípios na atualidade e eventuais modificações que poderiam acarretar em um avanço na democraticidade do instituto no ordenamento jurídico pátrio frente ao ordenamento jurídico atual.

Nos termos dos ditames constitucionais, a competência do Tribunal do Júri, conforme se extrai do art. 5º, XXXVIII, alínea *d)*, da Constituição da República, é para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida[308] e os que lhe forem conexos. Neste sentido, Lopes Júnior explica:

> A competência do júri é assim muito bem definida no art. 74, §1º, de forma taxativa e sem admitir analogias ou interpretação extensiva. Logo, não serão julgados no Tribunal do Júri os crimes de latrocínio, extorsão mediante sequestro e estupro com resultado morte, e demais crimes em que se produz o resultado morte, mas que não se inserem nos "crimes contra a vida". Essa competência originária não impede que o Tribunal do Júri julgue esses delitos ou qualquer outro (tráfico de drogas,

---

[303] VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento, **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 51, 2010. p. 186. Disponível em: https://l1nk.dev/yBXun. Acesso em: 20 ago. 23.
[304] VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento, **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 51, 2010. p. 187. Disponível em: https://l1nk.dev/yBXun. Acesso em 20 ago. 23.
[305] ALBUQUERQUE, Mário David Meyer de. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 67.
[306] BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
[307] PINTO, Luísa Fragoso Pereira. **História do tribunal do júri:** origem e evolução no sistema penal brasileiro. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 27.
[308] Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, "Diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado e assumiu o risco de produzi-lo". (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, v. 1. 11. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 212).

> porte ilegal de arma, roubo, latrocínio etc.), desde que seja conexo com um crime doloso contra a vida.[309]

Conforme determinação do art. 74, § 1º, do CPP, compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos art. 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. Ou seja, são de competência do Tribunal do Júri os crimes classificados como "crimes dolosos contra a vida", nos termos do art. 5º, XXXVIII, alínea *d)*, da CF/88, competindo a ele o julgamento pela prática dos crimes de: homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio, aborto e os crimes a eles conexos, a depender do caso concreto.

O Tribunal do Júri se encontra positivado no inciso XXXVIII do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, exposto no rol do Título II, concebido como "dos direitos e garantias fundamentais", o qual prevê direitos e deveres individuais e coletivos.

Em que pese a Carta Constitucional prever a instituição do Tribunal do Júri em seu bojo, ela o estabelece de maneira genérica, dispondo apenas acerca dos princípios constitucionais especificamente a ele aplicados. Assim, nas alíneas do inciso XXXVIII do art. 5º da CF, encontram-se dispostos os princípios: da soberania dos vereditos, da plenitude da defesa e do sigilo das votações.

Conforme explicita Silva, o inciso XXXVIII da CF/88 exprime um princípio-garantia, que se enquadra na categoria de um princípio jurídico-constitucional, segundo a definição por ele adotada, eis que, segundo seu entendimento, estes princípios jurídico-constitucionais envolvem conceitos genéricos, podendo, portanto, apresentar grande discussão na área acadêmica-jurídica[310].

No mesmo sentido, Ávila define princípios enquanto "normas que apenas fixam um estado ideal de coisas, porém não determina a conduta que deverá ser realizada para que seja alcançado o fim que propõe"[311].

No tocante à necessidade de se compreender a aplicabilidade dos princípios, Piedade, Loureiro e Novais dissertam:

> O estudo aprofundado sobre os princípios dá acesso não apenas sobre seus pontos conceituais, mas também, permite compreender, dentre outras coisas, que eles possuem funções, quais sejam: a função de monogenética (no plano ontológico: ideia-germe, ideia-força, ideia matriz), geram regras; função de fundamentação, sendo base de sustentação das regras; função semântica, evidenciando que os princípios noticiam às normas e regras o seu sentido fundamental."[312]

Com isto, pode-se concluir pela necessidade de entender os princípios atinentes ao Tribunal do Júri para que, assim, reste evidenciado o papel do Júri no ordenamento jurídico vigente.

O princípio da plenitude da defesa difere do princípio da ampla defesa. Isto porque a "plenitude da defesa" é mais abrangente do que a mera "ampla" defesa. No júri verifica-se que há uma expansão no que confere ao direito de defesa do acusado em plenário, vez que o Conselho de Sentença é formado por pessoas do povo, nem sempre munidas de conhecimento técnico-jurídico, podendo julgar o caso sem o tecnicismo requerido aos juízes de carreira, ou os chamados juízes togados[313].

Quando se recorre à plenitude da defesa, permite-se a utilização de argumentos jurídicos e extrajurídicos, como no caso de argumentos relacionados a questões morais, sociais,

---

[309] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 790.
[310] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.83-84.
[311] ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63-70.
[312] PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; LOUREIRO, Caio Marcio; NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A compatibilidade dos veredictos e o juízo anulatório da superior instância em casos de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos**. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). Tribunal do Júri: o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 169.
[313] DE ALBUQUERQUE, Mário David Meyer. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 80.

filosóficas e, até mesmo, religiosas[314]. Portanto, é possível, até mesmo a tentativa de convencimento dos jurados com base, apenas, na emoção.

Neste sentido, De Albuquerque disserta:

> Nesse toar, não se pode negar a coexistência entre a ampla defesa e a plenitude de defesa no júri, esta com um raio de abrangência bem maior, pela possibilidade de fuga do rigor frio da letra da lei, e a possibilidade de interpretação do fato, das condições pessoais, acusado e vítima, do local, daquela região, da cultura, dos costumes, do tempo, da intenção, dos motivos, da vitimologia, das questões sociais propriamente ditas.[315]

Em síntese, pode-se compreender que, com base neste princípio, a atuação em plenário "não será ampla, mas plena, admitindo um número superior de mecanismos e instrumentos para a defesa do acusado, notadamente a utilização de argumentos extrajurídicos"[316], de modo a promover uma defesa diferenciada para o acusado.

O princípio do sigilo das votações é tido como uma exceção à regra da publicidade dos atos jurisdicionais consubstanciada no art. 93, IX, da CF/88, vez que o Conselho de Sentença proferirá a sua deliberação em sala especial e, cada jurado votará individualmente e, em especial, de forma sigilosa. Ainda, conforme se extrai dos ditames do art. 466, §1° e 485, caput, do CPP, um viés deste princípio dita a regra da incomunicabilidade entre os jurados, de modo que cada jurado decida com base na sua convicção, sem que haja influência de qualquer feitio[317].

A soberania dos veredictos recai na deliberação proferida pelo Conselho de Sentença, trazendo ao réu a garantia de que este será julgado pelos seus semelhantes. Este princípio, disposto na alínea *c* do inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88, aponta que nenhuma decisão proferida pelo Conselho de Sentença poderá ser substituída por outra sentença sem este alicerce (os jurados).

Porém, conforme se extrai da análise do art. 593, III, alínea *d)* do CPP, esta garantia fundamental não pode ser compreendida como absoluta, de modo que cabe recurso da decisão do Tribunal do Júri, quando verificado *error in judiciando*, o que permite, inclusive, a anulação do referido julgamento, devendo ser obrigatório a existência de outro em seu lugar, de modo a não afrontar a soberania dos veredictos[318].

Deste modo, ainda que a decisão dos jurados seja soberana, se esta for manifestamente contrária às provas constantes nos autos, o Tribunal *ad quem* poderá decidir pela sua nulidade, determinando novo julgamento, não se verificando, nestes termos, afronta constitucional.

Desta forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Esta Corte tem considerado não haver afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal ad quem que anula a decisão do júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos. (HC 73.721/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.96; HC 74.562/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.96; HC 82.050/MS, rel. Min. Maurício Correia, DJ 21.03.03).

Em casos como estes, de manifesto descompasso entre a decisão dos jurados em relação às provas produzidas nos autos, o Tribunal *ad quem* somente apreciará a regularidade e legitimidade do veredito, não adentrando na formulação do juízo de condenação ou absolvição, que

---

[314] ALBUQUERQUE, Mário David Meyer de. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 81.
[315] ALBUQUERQUE, Mário David Meyer de. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 81 -82.
[316] HORVATH, A. C.; REBELLATO, L. F. B. O Tribunal do Júri e a Justiça Penal Consensual. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 131.
[317] HORVATH, A. C.; REBELLATO, L. F. B. O Tribunal do Júri e a Justiça Penal Consensual. *In*: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 131.
[318] ALBUQUERQUE, Mário David Meyer de. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 93.

é a matéria de competência do júri. Assim, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, a apreciação do Tribunal *ad quem* estará dentro dos limites legais.

Do mesmo modo, Piedade, Loureiro e Novais declaram:

> Os veredictos emitidos por este conselho são soberanos, de tal forma que a devolutividade recursal, não pode alcançar seu conteúdo (mérito), mas apenas determinar novo julgamento. Os jurados decidem por íntima convicção, sem que se exija fundamentação para tanto, e suas decisões possuem devolutividade limitada, pois a revisão pela instância superior não pode alcançar seu mérito, porém podem provocar novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri. (...)
> Vê-se, com isso, que são soberanos seus veredictos, mas não incontroláveis. Até porque, como todas as instituições democráticas que exercem parcela de poder e presente na ambivalência de um Estado Democrático de Direito, o Tribunal do Júri deve ser passível de controle, o que se opera com a possibilidade recursal e submissão do fato a novo julgamento [319]

Neste sentido, observa-se que, apesar de um princípio constitucional previsto no júri, as decisões proferidas pelo conselho de sentença, nos termos dos ditames legais, podem ser revistas. Portanto, não se trata de uma soberania absoluta, mas meramente *juris tantum*, eis que admite seu questionamento, desde que de acordo com os pressupostos legais estabelecidos no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, quando: ocorrer nulidade posterior à pronúncia (alínea a), a sentença do juiz-presidente for contrária à lei ou à decisão dos jurados (alínea b), houver erro ou injustiça quanto à aplicação da pena ou medida de segurança (alínea c) ou, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária às provas dos autos (alínea d).

Ademais, quanto à previsão de competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, define-se competência como "um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição e, especialmente, do juiz natural. Delimitando a jurisdição, condiciona seu exercício"[320].

No que tange à competência material do júri, a alínea d, do inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88 em conjunto com o art. 74 do Código de Processo Penal determina que compete ao Júri o processamento dos crimes dolosos contra a vida, especificados nos arts. 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal.

Também, cumpre mencionar, da análise das atribuições e garantias previstas e asseguradas não apenas pelo Código de Processo Penal, mas em especial pela Constituição, que a previsão de tais princípios específicos ao instituto do júri tem o condão de assegurar um processo democrático e com a presença de todas as garantias constitucionais.

Neste sentido, compreende-se que os jurados possuem não apenas direitos, mas, da mesma forma, deveres, assim:

> A conclusão a que se chega após a análise realizada é a de que a democracia se perfaz através de resultados positivos para o povo, quando participa da mesma e, ao final, tem o bem comum assegurado.
> Para tanto, necessário se faz o controle, a fiscalização dos atos praticados pelas autoridades, sendo certo que esse controle, em momento algum, significa intromissão, mas tão somente responsabilidade, prudência, cautela, abandono do individual pelo todo, do particular pelo coletivo, do interesse singular pelo benefício plural.[321]

No mesmo sentido, Muniz explica:

> Ora, se o jurado, ao julgar, exerce parcela de soberania nacional, fundamentando o Estado Democrático de Direito (art. 1º, I, da CR), e se, efetivamente, o poder expresso

---

[319] PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; LOUREIRO, Caio Marcio; NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. A compatibilidade dos veredictos e o juízo anulatório da superior instância em casos de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 170.
[320] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 248.
[321] ALBUQUERQUE, Mário David Meyer de. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010, p. 70.

> em sua decisão manifesta a opinião geral do povo e não apenas a opinião particular de todos (art. 1º, parágrafo único), tal função deveria ser garantia plena de cidadania, permitindo que o cidadão pudesse se candidatar ao cargo de jurado, desde que preenchesse os requisitos legais para a ocupação dele.[322]

Portanto, insta consignar que o exercício do papel de jurado, em plenário, deve se fazer acompanhado de garantias e atribuições a serem desempenhadas, nos ditames da Constituição, de modo a lhe garantir seus direitos assegurados, tais quais o sigilo nas suas votações e a soberania dos veredictos, mas também lhe são designadas funções, eis que os cidadãos são investidos na condição de jurados, com o poder conferido pelo próprio ordenamento jurídico para que o mérito de casos de crimes dolosos contra a vida sejam julgados pelos cidadãos investidos nesta condição.

Ademais, o sistema do júri se trata de um sistema formado por indivíduos, escolhidos de forma aleatória dentre a população em geral, que irá assistir e ouvir a sessão de julgamento judicial, sendo que recairá neles a responsabilidade de deliberar um veredicto acerca do caso discutido[323].

4 O TRIBUNAL DO JÚRI ENQUANTO INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E SEU PAPEL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Historicamente, o instituto do tribunal do júri fora reconhecido ora enquanto organização do Poder Judiciário ora no capítulo dos direitos e garantias individuais. Tal alternância explicita a gênese da dificuldade em definir a natureza do instituto, se deve ser reconhecido como garantia fundamental, garantia institucional ou, ainda, um direito subjetivo fundamental[324]. Neste mesmo sentido, cabe ressaltar o óbice em deliberar quais interesses o júri visa tutelar[325], bem como de que modo o ente objetivo-subjetivo deve, portanto, atuar[326].

Diante do fato de o Tribunal do Júri se encontrar previsto no rol do art. 5º da Constituição da República, compreende-se que ele é, além de um órgão do Poder Judiciário, um direito ou uma garantia individual e coletiva, sendo, portanto, também uma garantia institucional. Sendo, inclusive, um dos únicos modos de participação direta dos cidadãos na formação de uma decisão judicial[327].

De modo a introduzir o tema, Barbosa e Santos dissertam:

> Uma justiça efetivamente democrática se concretiza com a participação e a possibilidade de o povo ser chamado a deliberar e prolatar a sua decisão. Mesmo com a falta de conhecimento para o exercício dessa democracia, a legislação houve por bem dividir a responsabilidade do julgamento dos crimes dolosos contra a vida com o povo.
> Em razão da vida ser o bem jurídico mais valioso de todos os seres humanos, é no Tribunal do Júri que se verifica uma das mais reais e efetivas formas de exercício da cidadania e da democracia, uma vez que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos cidadãos do povo a importante e nobre função de julgar um semelhante quando houver a prática de um crime doloso contra a vida. (...)
> O Tribunal do Júri é a consagração do povo escolhendo, diretamente, políticas de segurança pública, nos casos de crimes dolosos contra a vida.[328]

---

[322] MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 101-102.
[323] MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 80.
[324] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 189.
[325] NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.
[326] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 176.
[327] MION, Ronaldo de Paula. **Tribunal do júri e revisão criminal entre dois imperativos:** preservação da soberania dos veredictos e solução de erros judiciários. Dissertação em Direito - UFPR, Curitiba, 2020, 137 f, p. 34.
[328] BARBOSA, Carlos Eduardo Rocha; SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Tribunal do Júri – a mentira do réu e as suas consequências no mundo da pós-verdade. *In*: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 228-229.

Portanto, no que tange à atualidade, o Tribunal do Júri se amolda enquanto uma garantia e um direito constitucionalmente previsto e assegurado. Neste sentido, trata-se de uma garantia vez que todos os crimes dolosos contra a vida serão julgados apenas pelo Tribunal do Júri, com a aplicação dos princípios constitucionalmente previstos nas alíneas no inciso XXXVIII, do art. 5º, da Constituição, e um direito fundamental posto que estabelece a possibilidade de o cidadão participar ativamente nas decisões do Poder Judiciário[329].

Tal importância se externaliza na possibilidade de um cidadão do povo julgar crimes cujo bem jurídico tutelado e lesado é o bem jurídico mais importante, qual seja, a vida. Ademais, conforme se extrai da experiência do sistema de justiça norte americano, o julgamento pelo júri é uma garantia a todos os acusados, de modo a promover proteção contra-acusações infundadas e contra magistrados sensíveis a autoridades superiores, além de um meio de prevenção da opressão governamental, dando ao acusado o direito de ser julgado por seus pares, permitindo uma garantia contra acusadores corruptos e magistrados tendenciosos[330].

Ainda, Piedade, Loureiro e Novais definem:

> 1. O Tribunal do Júri tem fundamento constitucional e finalidade precípua de garantir proteção à vida e não apenas assegurar que os pares do autor do crime contra a vida exerçam juízo, ou que o réu possa exercer com plenitude o seu direito de defesa.
> 2. Nesta esteira de raciocínio, pode-se afirmar que o status constitucional do Tribunal do Júri e a sua previsão com nítido propósito de tutelar plenamente a vida, devem nortear o processo interpretativo pra aplicação do direito. Toda atividade de interpretação que conduza para veredas diversas da proteção à vida contrariará a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [331]

Neste linear, tem-se que o instituto não vislumbra apenas a possibilidade de participação popular na deliberação referente a crimes dolosos contra a vida, mas, em gênese, o Júri visa dar a possibilidade de maior abrangência com relação à defesa técnica e uma prestação jurisdicional com fundamento na vontade do povo, nos casos em que se busca a tutela da vida, tanto na cadeira do réu, quanto na posição de vítima. Assim, o reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, especificamente disposto no art. 5º da Constituição Federal, demonstra o caráter popular da participação da sociedade no âmbito do Poder Judiciário, sendo, portanto, um instrumento da democracia participativa no Brasil[332], alicerçado aos princípios que preveem a criação, renovação, bem como reinvenção/alteração das formas de participação social nos atos do Estado[333]. Assim, na realidade brasileira, a democracia é intimamente vinculada à história das constituições, vez que são o meio de organização estatal e delimitam limites da atuação estatal em sua relação com os cidadãos[334].

Segundo o entendimento de Tourinho Filho, o tribunal do júri tem como objetivo a proteção da liberdade[335], enquanto Nassif disserta que o instituto age enquanto garantia

---

[329] DROPPA, Gabriel José Benetti; BERG, Eduardo dos Santos; SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **Histórico e princípios do Tribunal do Júri.** ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016, p. 7.

[330] U.S. SUPREME COURT. **Duncan v. Lousiana, 391 U.S. 145 [1968].** Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/145/case.html. Acesso em 06 out 2023. apud MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 80.

[331] PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; LOUREIRO, Caio Marcio; NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. A compatibilidade dos veredictos e o juízo anulatório da superior instância em casos de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 191.

[332] MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 45 n. 178. abr/jun 2008, p. 188.

[333] MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 45 n. 178. abr/jun 2008, p. 191.

[334] MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 45 n. 178. abr/jun 2008, p. 191.

[335] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 772-773.

fundamental individual eis que visa a garantia de que o indivíduo seja julgado por seus pares[336]. Almeida defende que o júri se trata de uma expressão da cidadania, assegurando a participação do indivíduo nas decisões do Poder Judiciário[337], enquanto Amorim Oliveira afirma que o instituto possui natureza híbrida, de natureza pública e judiciária, eis que integrante do Poder Judiciário, bem como um direito individual[338]. Já Lenio Streck defende que o júri possui *status* de direito fundamental, eis que compreendido enquanto uma garantia dos direitos individuais e coletivos, sendo compreendido como instrumento democrático por permitir a participação popular no Judiciário[339].

Por fim, Schier e Melo afirmam que não se pode adotar a concepção de que o tribunal do júri se trata de um direito fundamental individual subjetivo, vez que se exprimem em "uma dimensão objetiva, instrumentalizada, desses valores, não os direcionando a um bem específico (...) ou titular exclusivo de pretensão subjetiva de norma de direito fundamental"[340]. Ademais, expressam tratar-se de uma instituição na qual se envolvem diversos bens jurídicos distintos, uma vez que são diversos os indivíduos atuantes, não tendo como afirmar que o instituto visa a tutela de um direito subjetivo individual, de modo que visa não apenas a tutela do direito de liberdade do acusado, mas também o direito da participação do cidadão[341]. Neste sentido:

> A Constituição trouxe os princípios da soberania dos vereditos e o sigilo das votações, em que se pode, claramente, identificar os indivíduos titulares do direito: os cidadãos. De outro lado, também trouxe o princípio da plenitude da defesa, cuja titularidade recai na pessoa do réu, acusado do cometimento de um crime doloso contra a vida (competência da instituição). [342]

Neste contexto, Schier e Melo afirmam que a instituição não pode ser compreendida apenas como a "constitucionalização de um direito individual subjetivo", devendo ser levado em consideração o disposto na parte final do inciso XXXVIII do art. 5º, da Constituição, que prevê o dever de lei complementar organizar a instituição, reportando ao enquadramento enquanto garantia institucional[343].

Assim, por seu enquadramento enquanto garantia institucional, explicam que tal designação significa que a instituição possui função comunicativa e valorativa, impondo uma ruptura dos caminhos tradicionais quanto à compreensão das garantias tidas como individuais[344]. Desta forma, passa-se a compreender o tribunal do júri enquanto uma garantia institucional de ordem jurídico-pública e jurídico–privada, eis que não é atribuída a uma pessoa determinada e não buscam a garantia de direitos de um indivíduo diretamente, mas sim resguardam direitos transindividuais[345], assumindo a destinação de impulsionar a atuação do Estado[346].

---

[336] NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.
[337] ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – "Equívocos propositais e verdades contestáveis". Leme: CL Edijur, 2005, p. 28.
[338] OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83-84.
[339] CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 404. apud SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 191.
[340] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 192.
[341] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 194.
[342] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 194.
[343] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. Revista da AJURIS - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 195.
[344] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. Revista da AJURIS - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021, p. 178-179.
[345] SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. Revista da AJURIS - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021. p. 180-181.
[346] HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505. Acesso em: 03 set. 2023.

Diante dessa perspectiva, pode-se concluir que o júri apresenta elementos de modo a concretizar e desenvolver a democracia, visto que permite a participação do cidadão na administração da Justiça, especificamente por meio do Poder Judiciário, bem como funciona como um meio de garantia ao acusado de que este seja julgado em um julgamento aberto a todos e justo, dentro das normas constitucionais[347].

Um tópico importante a se considerar é que o exercício de servir como jurado, tal como o exercício do sufrágio, não é facultativo, mas sim imposto ao cidadão com a cominação de uma multa e inclusive a perda dos direitos políticos, não sendo, portanto, possível que a pessoa se negue a participar do júri quando convocado[348]. Compreende-se, portanto, que "o jurado, ao julgar, exerce parcela de soberania nacional, fundamentando o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, I, da Constituição da República)"[349].

Enquanto forma de justificar a necessidade da atuação dos jurados nos julgamentos de competência atribuídos ao júri, Forti disserta que, em que pese alguns doutrinadores se valham da teoria de que não há mais tal necessidade vez que na atualidade os juízes togados passaram a ser cidadãos do próprio povo, tal teoria não deve ser aplicada[350]. De modo que, na prática, o Juiz togado, com o passar do tempo, se tornaria acostumado com a análise dos delitos, de modo que tende a se apegar ao formalismo legal, sem a preocupação de humanizar o julgamento "apegando-se ao formalismo legal, sem a preocupação de interpretar a lei de maneira humana, mas apenas jurídica"[351], o que propicia um julgamento que, muitas vezes, não leva em conta a realidade social ao qual o indivíduo se encontra inserido, vez que o Juiz togado, diversas vezes, se encontra em um meio social muito distinto[352].

Neste mesmo sentido, Forti disserta que o júri deve ser compreendido não apenas como possibilidade de o povo participar ativamente do Poder Judiciário, mas também como garantia ao acusado, permitindo ao réu que comete um crime de grande relevância um devido processo legal sujeito à análise de seus iguais[353].

Desta forma, Smith aponta que os júris de cidadãos do povo devem ser de interesse dos democratas deliberativos, ou seja, dos governantes, defendendo que os júris dos cidadãos oferecem ideias importantes na arena deliberativa democrática, podendo ser institucionalizada para auxiliar nos processos de tomada de decisões políticas[354], vez que a democracia deliberativa se dá através dos processos políticos de decisões[355]. Assim, o autor indica que as formas legítimas de autoridade e tomadas de decisões devem se fundamentar em dois aspectos da teoria da deliberação

---

[347] MUNIZ, Alexandre Carrinho. O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania. 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 118.
[348] MUNIZ, Alexandre Carrinho. O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania. 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 119.
[349] MUNIZ, Alexandre Carrinho. O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania. 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí, p. 119.
[350] FORTI, Iorio Siqueira D.'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 3, n. 3, 2009, p. 181.
[351] FORTI, Iorio Siqueira D.'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 3, n. 3, 2009, p. 184.
[352] FORTI, Iorio Siqueira D.'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 3, n. 3, 2009, p. 184.
[353] FORTI, Iorio Siqueira D.'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 3, n. 3, 2009, p. 192.
[354] SMITH, Graham; WALES, Corinne. Citizens' juries and deliberative democracy. Political studies, v. 48, n. 1, p. 51-65, 2000. p. 51. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9248.00250?casa_token=2vudOkZtRtgAAAAA:HenhC1GghpSsau0F59VzFyGUl4LueDoMoxUObeehXTe3YrHhcZ60vqvRTyQZw7AFaHb3-FhGi_yReH6MsQ . Acesso em: 30 jun. 2023.
[355] SMITH, Graham; WALES, Corinne. Citizens' juries and deliberative democracy. Political studies, v. 48, n. 1, p. 51-65, 2000. p. 52. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9248.00250?casa_token=2vudOkZtRtgAAAAA:HenhC1GghpSsau0F59VzFyGUl4LueDoMoxUObeehXTe3YrHhcZ60vqvRTyQZw7AFaHb3-FhGi_yReH6MsQ. Acesso em: 30 jun. 2023.

democrática, sendo eles: a inclusão e a natureza da decisão[356], vez que na teoria democrática contemporânea, há uma preocupação emergente com a diferença e a crescente distância entre a subjetividade, os motivos, as intenções dos cidadãos e as decisões políticas que são tomadas em seus nomes[357].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o analisado, compreende-se que o júri não é tido apenas como um meio de efetivação da democracia enquanto propicia a participação do cidadão, mas também na forma em que promete o julgamento do acusado por membros da sociedade no qual ele mesmo se encontra inserido, o que permite a análise do caso por uma parcela da sociedade ali investida na condição de jurado.

Em suma, quando se fala no Tribunal do Júri enquanto expressão da democracia, compreende dizer que o júri cumpre um papel de expressão da cidadania do jurado, bem como se desdobra em uma garantia do acusado de que será julgado por seus pares, de modo que a estes cabe a decisão do caso, sem a necessidade de vinculação do veredicto final à uma fundamentação jurídica.

Portanto, conclui-se que o júri é uma instituição democrática, cujo objetivo é a promoção do exercício de diversos direitos fundamentais, tanto do acusado quanto do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – "Equívocos propositais e verdades contestáveis". Leme: CL Edijur, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Carlos Eduardo Rocha; SANTOS, Leonardo Augusto de Andrade Cezar dos. Tribunal do Júri – a mentira do réu e as suas consequências no mundo da pós-verdade. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, v.1. 11. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 404. *apud* SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2005. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35770842/TGP__ADA_PELLEGRINI-libre.pdf?1417267531=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DANTONIO_CARLOS_DE_ARAUJO_CINTRA.pdf&Expires=1693422619&Signature=B75bvj-7435aphY9SIRdmyfciQtSX5jieMPcMTLWaeAeEMwpEOVaMIp0a8977fE5IyUAONzgdioaKz3diLD-OFaP3VjvCMSxOH-lXWM6hnICnQF8FtjrqqbDYcvC2NeTFHN45vxE1Qs6cgU3qd1DeI6T58lsOlEG0QjkmmC7QbrvgahutvIksPiCdZt0wy2799kYbuNHDxq5z0becSBHWW0ST-tTbprAw86sN~TQXDXB3LvXfVs6j2bDvGKZFxnoXNIV03V-jXN6vvXzPJPQZuO1tSDR9H3Ih5RYjNZc3Ye3aSclUJQhkvDeqKv6NiBcYltO45I6SH8hn4ZhrkE-aQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 30 ago 2023.

[356] SMITH, Graham; WALES, Corinne. Citizens' juries and deliberative democracy. **Political studies**, v. 48, n. 1, p. 51-65, 2000. p. 53. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9248.00250?casa_token=2vudOkZtRtgAAAAA:HenhC1GghpSsau0F59VzFyGUl4LueDoMoxUObeehXTe3YrHhcZ60vqvRTyQZw7AFaHb3-FhGi_yReH6MsQ . Acesso em: 30 jun. 2023.

[357] SMITH, Graham; WALES, Corinne. Citizens' juries and deliberative democracy. **Political studies**, v. 48, n. 1, p. 51-65, 2000. p. 51. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9248.00250?casa_token=2vudOkZtRtgAAAAA:HenhC1GghpSsau0F59VzFyGUl4LueDoMoxUObeehXTe3YrHhcZ60vqvRTyQZw7AFaHb3-FhGi_yReH6MsQ . Acesso em: 30 jun. 2023.

DE ALBUQUERQUE, Mário David Meyer. **Fundamentos Democrático-Constitucionais do Tribunal do Júri**. Fortaleza, Ceará, 2010.
DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; DE CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Diálogos sobre democracia e ambiente a partir dos enfoques procedimental e substancial da democracia. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 2, p. 327-354, 2015.
DE MACEDO, Paulo Sérgio Novais. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 45 n. 178. abr/jun 2008.
DROPPA, Gabriel José Benetti; BERG, Eduardo dos Santos; SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **Histórico e princípios do Tribunal do Júri.** ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016.
FORTI, Iorio Siqueira D.'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 3, n. 3, 2009.
HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505. Acesso em: 03 set. 2023.
HORVATH, A. C.; REBELLATO, L. F. B. O Tribunal do Júri e a Justiça Penal Consensual. In: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.
LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
MAIA, José Carlos Lucio. **João Soares Lisboa e Francisco Alberto Teixeira de Aragão:** alguns fragmentos sobre a história dos primórdios do Tribunal do Júri no Brasil. Disponível em: l1nq.com/JDvQv. Acesso em: 08 nov. 2023.
MION, Ronaldo de Paula. **Tribunal do júri e revisão criminal entre dois imperativos:** preservação da soberania dos veredictos e solução de erros judiciários. Dissertação em Direito - UFPR, Curitiba, 2020, 137 f.
MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 85.
MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí.
NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; LOUREIRO, Caio Marcio; NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. A compatibilidade dos veredictos e o juízo anulatório da superior instância em casos de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos. *In*: MONTEIRO, Rodrigo. (Org.). **Tribunal do Júri:** o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.
PINTO, Luísa Fragoso Pereira. **História do tribunal do júri:** origem e evolução no sistema penal brasileiro. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.
SCHIER, Paulo Ricardo; DE MELO, Fernando William. A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais. **Revista da AJURIS** - Porto Alegre, ano XLVIII – nº 150 junho–2021, v. 48, n. 150, p. 171, 2021.
SERVILHA, Claudia; MEZZAROBA, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Editora Saraiva, 2019. Ebook.
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
SMITH, Graham; WALES, Corinne. Citizens' juries and deliberative democracy. **Political studies**, v. 48, n. 1, p. 51-65, 2000. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9248.00250?casa_token=2vudOkZtRtgAAAAA:HenhC1GghpSsau0F59VzFyGUl4LueDoMoxUObeehXTe3YrHhcZ60vqvRTyQZw7AFaHb3-FhGi_yReH6MsQ. Acesso em: 30 jun. 2023.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
U.S. SUPREME COURT. **Duncan v. Lousiana, 391 U.S. 145 [1968].** Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/145/case.html. Acesso em: 06 out 2023. *apud* MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O Tribunal do Júri como pilar da democracia e da cidadania.** 2017. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí.
VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento, **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 51, 2010. p. 186. Disponível em: https://l1nk.dev/yBXun. Acesso em 20 ago. 23.
WINCK, Daniela Ries; PELLIZZARO, Mariana. A implantação do tribunal do júri no Brasil e suas características nos principais países do mundo. **Ponto de Vista Jurídico,** 2018.

O *COMPLIANCE* PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Agenor de Lima Bento[358], Demetrius Nichele Macei [359]

INTRODUÇÃO

Instituto há pouco conhecido no Brasil, o *compliance* ganhou atenção nos últimos anos, notadamente, pela grande repercussão havida com as recentes crises, quebras societárias e escândalos empresariais, cenário que levou a edição de diversas leis e regulamentos para impedir e disciplinar as atividades sociais.

O termo, *compliance* vem do inglês *to comply*, ou seja, estar em conformidade, adequado com regras e regulamentos nacionais e, até mesmo, internacionais.

De acordo com a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI, 2009), o termo *compliance* "vem do verbo em inglês 'to comply', que significa 'cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto', ou seja, *compliance* é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição".

Por isso que, uma estrutura de *compliance* é aquela pela "[...] qual uma organização consiga prevenir e detectar condutas criminosas/ilegais e, também, promover uma cultura que encoraje o cumprimento das leis e uma conduta ética" (Serpa, 2016, p. 59).

A criação e implementação de programas de conformidade deve ser um passo dado pela alta gestão da sociedade, fortalecendo as empresas e criando padrões de tomada de decisões. Contudo, a governança corporativa se vincula a como as decisões de gestão são tomadas.

Neste sentido, o presente estudo tem por objetivo apresentar os aspectos introdutórios do *compliance* criminal no contexto do Brasil. A problemática reside na compreensão geral do instituto e suas principais polêmicas.

Para atender aos objetivos gerais e específicos, o trabalho se desenvolverá ao longo do segundo tópico, que abordará o *compliance* em termos gerais e seus principais desmembramentos. Além disso, irá fazer uso do método lógico dedutivo combinado à pesquisa bibliográfica e documental, abordando as legislações e decretos que possibilitaram a inauguração do *compliance*.

O estudo do tema se justifica considerando que o instituto do *compliance* é recente e vem ganhando cada vez mais proeminência no cenário atual.

1 DESENVOLVIMENTO

O termo governança corporativa foi criado, no Brasil, no final da década de 1990 e, no mundo, na década de 1980 (Carvalho, 2021, p. 144). Nos Estados Unidos, na década de 1980, surgiu um movimento de engrandecimento dos acionistas, da abertura de capital, de criação de fundos de investimentos e de pensão e o pedido de transparência nos negócios públicos.

Vários escândalos em termos mundiais mexeram com o mercado global, tais como o caso da General Motors e uma grande pressão de conselhos sobre gigantes do mercado, como IBM, *American Express* etc.

O final da década de 1990 e o início da década de 2000 foram marcados por uma série de códigos de melhores práticas, tais como a revisão do *Cadbury Report*, o *OECD Principles of Corporate Governance* e a lei *Sarbanes-Oxley Act*.

[358]Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor universitário na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3203315724168162. E-mail: agenordelima@msn.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-8984-4843.
[359]Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Lattes: http://lattes.cnpq.br/8913796337992460. E-mail: demetriusmacei@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6084-4059.

O *Cadbury Report* foi criado, em 1991, pelo inglês Adrian Cadbury e traz uma série de recomendações do *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, objetivando criar regras claras e básicas para evitar e mitigar riscos e falhas na governança corporativa, seu texto serviu de base para a criação de outras regras de governança, como o da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da União Europeia e dos Estados Unidos. Carvalho (2021, p. 564) ensina que:

> O principal objetivo da comissão de notáveis liderado por Sir Adrian Cadbury foi recomendar práticas capazes de resgatar a confiança dos investidores na honestidade e na accontability das companhias listadas, ou seja, das companhias de capital aberto, e seus trabalhos estavam focados nas demonstrações financeiras. A criação da comissão teve como grandes motivadores os escândalos envolvendo o grupo Coloroll, o consórcio Asil Nadir's Polly Peck, e o grupo Maxwell. O produto dos trabalhos da comissão foi um relatório: Report of the comitee on the financial aspects of corporate governance. O relatório ficou conhecido como o primeiro código de boas práticas e governança corporativa no mundo e influenciou profundamente as práticas brasileiras na medida em que o IBGC desenvolveu código similar e, inclusive, recebeu a visita do Sir Adrian Cadbury para esclarecer o conceito de boa governança[18]. O relatório da comissão parte da visão de governança corporativa como o sistema pelo qual as companhias são dirigidas e controladas. Além disso, propõe o estabelecimento das funções dos acionistas, do conselho de administração, dos diretores e dos auditores, ressaltando os deveres da alta direção na composição de ações estratégicas para supervisionar o desenvolvimento do negócio e reportar aos acionistas as suas ações. Os conselhos de administração estão sujeitos às leis, regulações e às deliberações dos acionistas nas assembleias gerais.

No âmbito da OCDE, criaram-se princípios com diversos objetivos, tais como:

> [...] auxiliar os decisores políticos a avaliar e melhorar o enquadramento jurídico, regulamentar e institucional para o governo das sociedades, de modo a apoiar a eficiência económica, o crescimento sustentável e a estabilidade financeira. Tal é conseguido, principalmente, através dos incentivos aos acionistas, aos membros do conselho e aos executivos, bem como aos intermediários financeiros e aos prestadores de serviços, adequados ao desempenho das suas funções dentro de um quadro de controlo e equilíbrio. Pretende-se que os Princípios sejam concisos, compreensíveis e acessíveis à comunidade internacional. Com base nos Princípios caberá às iniciativas governamentais, semigovernamentais ou do sector privado avaliar a qualidade do enquadramento de governo das sociedades e desenvolver disposições imperativas ou voluntárias mais detalhadas que possam ter em conta as diferenças económicas, jurídicas e culturais, específicas de cada país.

Os *Princípios* da OCDE foram aprovados pelos ministros representantes dos países em 1999 e, então, tornaram-se uma referência internacional para decisões de políticos, investidores, sociedades e outros sujeitos com interesses em negócios. Ensina Carvalho (2021, p. 444):

> Após sete anos, a OCDE também contribuiu significativamente com o tema. Com a primeira manifestação de uma entidade internacional e intergovernamental sobre a governança corporativa, em 1999 oferece uma publicação gratuita: OECD Principles of Corporate Governance. Essa publicação é um grande marco na medida do seu pioneirismo, riqueza de análise e fortíssima influência que exerce até os correntes dias. Ela propõe uma primeira contribuição a ser construída a partir das profundas alterações econômicas e sociais da década de 1990, da necessidade de que as corporações utilizem o seu capital de modo eficiente, e de uma visão contextualizada da governança corporativa, ou seja, a governança corporativa como uma parte de um contexto econômico muito maior, incluído e dependente de políticas macroeconômicas e do grau de competitividade dos produtos e dos fatores de mercado. Também ressalta a sua dependência da produção de normas, de aspectos regulatórios, institucionais e de meio ambiente, sem perder de vista uma responsabilidade social abrangendo a ética empresarial, observando o cuidado com o meio ambiente e com os interesses sociais de cada

> comunidade na qual as operações ocorram e, ressaltando, ainda, a importância do impacto reputacional na longevidade da empresa.

Houve, também, a revisão dos princípios, que nas palavras de Carvalho (2021, p. 578):

> A revisão realizada não foi simplesmente uma revisão gramatical ou uma expressão diversa para representar o conceito anterior. Ocorreu o reconhecimento de uma ampliação do campo de atuação da governança corporativa, especialmente em razão de fatos e escândalos que ocorreram após 1999.

Após verem falir a sociedade *Enron* e uma série de outras empresas, em 2001 e diante, os Estados Unidos criaram a Lei *Sarbanes-Oxley Act*, que foi sancionada em 2002, objetivando proteger investidores e outros *stakeholders* de maquiagens e erros contábeis das sociedades empresárias. Criou, assim, uma regra de prestação de contas e tem por finalidade combater e prevenir fraudes que possam impactar o desempenho financeiro das organizações. Ainda, de Carvalho (2021, p. 598), colhe-se interessante explicação, dizendo:

> Outro documento extremamente relevante para a compreensão da governança corporativa é a norte americana Sarbanes-Oxley Act of 2002, ou simplesmente: SOx. A sua elaboração se deu como rápida reação a graves casos de fraudes contábeis ocorridos principalmente na Enron e na Worldcom. A importância da SOx é tamanha que o estudo da governança corporativa nos Estados Unidos pode ser didaticamente dividido em dois momentos: antes e pós 200328. A divisão ocorre em razão do forte marco normativo que foi inaugurado com a SOx, especialmente em razão da tentativa do governo Bush em resgatar a confiança dos investidores nos líderes empresariais. Ela regula, de modo geral, a responsabilidade corporativa e introduz obrigações de implementar mecanismos de controles internos[29], porém, em seus 11 títulos, também há disposições sobre crimes do colarinho branco, fraudes corporativas, crimes envolvendo práticas corporativas e contábeis, a responsabilidade do presidente (Chief Executive Officer – CEO) e do diretor financeiro (Chief Financial Officer – CFO) pelas demonstrações financeiras, entre outras.

No Brasil, houve a criação do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), que, depois, mudaria o nome para Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Em 2009, o IBGC também criou um código de melhores práticas para a governança corporativa, tendo em vista as crises financeiras que assolavam (e assolam) o mundo.

Estoura no Brasil o caso Sadia (com a condenação de membros do conselho de administração por descumprimento do dever de diligência), vem a público o caso do "Mensalão" e a "Operação Lava-Jato". Com estes fatos históricos, a Comissão de Valores Mobiliário (CVM) editou diversos atos envolvendo a governança corporativa e o legislador pátrio criou uma Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Com tudo o que asseverado até aqui, percebe-se um processo de amadurecimento da governança corporativa, notadamente para a solução de conflitos havidos nas sociedades empresárias. Não é demais lembrar que o investidor deseja a maximização dos seus ativos, buscando, com seu investimento, o lucro.

Tamanho o sucesso da governança corporativa que, atualmente, até mesmo sociedades empresárias que não possuem ações listadas na bolsa de valores possuem sistemas anticorrupção ou departamentos de *compliance* e governança, objetivando evitar seu nome ligado a algum escândalo.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) (*apud* Entenda [...], 2022) possui, como dito acima, um Código de Melhores Práticas, criando um sistema de relações e boas práticas na sociedade brasileira, dizendo:

> Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa

> convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Com a publicação da Lei Anticorrupção (ou Lei da Empresa Limpa), o legislador brasileiro objetivou diagnosticar, identificar e corrigir comportamentos considerados antiéticos e socialmente inapropriados. A lei visa punir o corruptor, trazendo dupla responsabilização, civil e administrativa, quando praticados atos contra a administração pública nacional e - veja o alcance - estrangeira também.

O grande objetivo da governança e do *compliance* é evitar a corrupção, de modo a se criar ciclos que impeçam o corruptor a alcançar o seu objetivo, que é corromper alguém.

Segundo Kleindienst (2019, p. 45), os primeiros registros de corrupção são imemoráveis. Diz a referida autora:

> Na bíblia constam inúmeras advertências contra lucros desonestos e passagens sobre a aceitação de suborno: "que cega aos olhos dos sábios e falseia a causa dos justos" (Deuteronômio, 16:19) e "também suborno não aceitarás, pois o suborno cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos" (Êxodo 23:8). Há uma vasta literatura sobre a história da corrupção mundial, que sempre esteve presente na sociedade. No dicionário, o termo corrupção deriva do latim *corruptio onis*, que significa: corromper algo ou alguém com a finalidade de obter vantagens, quebrar algo em pedaços, deteriorar, ação ou resultado de subornar indivíduos em benefício próprio, desvirtuamento de hábitos.

Vale ressaltar que o conceito de transgressão de regras tem significado distinto em cada sociedade. O que é considerado corrupto num lugar, pode não ser assim considerado em outro.

Quanto ao Brasil, assinala Kleindienst (2019, p. 67), dizendo:

> Segundo os estudiosos, é evidente que o problema da corrupção no Brasil deriva da herança de colonização portuguesa, que culturalmente confundia patrimônio público (Estado) com o particular. Enquanto o Estado obrigava e reprimia o particular a ceder aos seus caprichos, este reproduzia o mesmo modelo, ou seja, ao seu redor estabelecia um sistema de honrarias e privilégios de forma corriqueira, sem comprometimento com ideais éticos, religiosos ou interesses coletivos. Tudo estava baseado na ideia de que a coisa pública não tinha dono, por isso servia para atender aos interesses de quem estava no poder. Ocorre que, fortemente influenciado por outros países, o Brasil passou ao longo dos últimos anos a interpretar o problema da corrupção como uma questão política, com sérias consequências ao desenvolvimento do país, principalmente porque este problema pressiona negativamente a efetividade das práticas governamentais.

É o tal do "jeitinho brasileiro", que tanto se fala por aqui. Para se ter eficácia no combate à corrupção, é necessário que as regras legislativas sejam aplicadas com seriedade e severidade. Fato é que, no Brasil, os governos pouco conseguem combater a corrupção, basta analisar os fatos trazidos nas notícias divulgadas pelos jornais no cotidiano.

Poder-se-ia falar que a própria sociedade brasileira é de um certo modo corrupta, pois, na primeira oportunidade que tem, tenta lograr um ganho ainda que não seja merecedora.

No panorama da legislação brasileira, percebe-se que a vinda da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para o combate à corrupção, pois o constituinte trabalhou e trouxe princípios como a moralidade e a improbidade administrativa, passando pela impessoalidade e pela publicidade dos atos públicos. Por isso, desde 1988, diversas normas, atos e acordos têm sido realizados pela República Federativa do Brasil para aprimoramento do combate à corrupção.

Cabe destacar que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção desde 2003, em que o texto obriga os aderentes a adotarem medidas de prevenção e punição de atos corruptos, melhorar as práticas contábeis, administrativas, de auditoria e a criar

sanções eficazes de punições civis, penais e administrativas. Quanto a sua finalidade, a Convenção estabelece:

> A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Em 1992, o legislador pátrio editou a Lei Nacional nº 8429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, como forma de punir os agentes públicos causadores de danos ao Erário.

Fato é que a responsabilidade das pessoas jurídicas, até então, era pouco provável, notadamente nas esferas administrativa e civil.

Mais recentemente, em 2013, o Brasil editou a Lei Nacional nº 12.846/2013, que trouxe a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas ímprobas no sistema nacional. Explicam Marinella, Paiva e Ramalho (2015, p. 453):

> Porém, ainda que ambas tratem do mesmo tema, a nova lei demonstra uma diferente vertente pela qual pretende enfrentar o problema da corrupção: enquanto a Lei n. 8.429 busca a responsabilização do agente público que efetuou ou favoreceu o ato ilegal, a nova Lei n. 12.846 atua na responsabilização da pessoa jurídica que solicitou a vantagem ilícita ou, de outra forma, foi beneficiada pelo ato improbo. Saliente-se que a nova lei amplia consideravelmente seu campo de atuação ao autorizar a punição mediante a responsabilidade objetiva, o que significa dizer que basta o envolvimento de uma pessoa jurídica em ato supostamente lesivo à administração pública, independentemente de culpa ou dolo, que já é possível incidir sobre ela as severas sanções previstas.

Com a publicação e vigência da Lei Anticorrupção Empresarial, o Poder Executivo federal realizou a sua regulamentação por meio do Decreto nº 8420/2015, atualmente revogado pelo Decreto nº 11.129/2022, que tomou seu lugar. Outros órgãos da União também efetuaram a regulamentação, tal como a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio de Portarias nº 909/2015 e nº 910/2015 e Instruções Normativas nº 1/2015 e nº 2/2015. As normas trazem regulamentações acessórias para a aplicação da Lei Anticorrupção no Brasil.

Segundo informações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), a publicação e vigência da Lei da Empresa Limpa foi responsável pela melhora no ambiente empresarial brasileiro, transparência das empresas, melhora na relação de confiança dos *stakeholders* e investidores e aplicação de sanção aos infratores, dentre outros.

Importante ressaltar que, conforme decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, "*compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores".

A necessidade de uma estrutura de *compliance* e governança na companhia, ainda que não possua capital aberto, se explica pela análise que o departamento faz não só da legalidade das ações internas, mas também para verificar se os atos estão de acordo com os valores e princípios da companhia, de forma a estabelecer um padrão lídimo de conduta interna (Franco, 2019).

O departamento de *compliance* pode, inclusive, criar padrões de comportamentos ainda mais severos que àqueles dispostos na própria legislação, tais como, proibições de recebimento de presentes, viagens, entre outros que podem ser aplicados internamente na sociedade.

A cultura do *compliance* e da conformidade deve ser criada e mantida pela sociedade empresarial, com apoio incondicional da estrutura de gestão e da alta administração, que devem não só apoiar, mas incentivar e disseminar a cultura da governança interna na companhia. O exemplo deve vir de cima.

Com a implantação da cultura da governança, cada profissional poderá ser capaz de identificar o que pode e deve ser feito (ou não) no exercício de seu mister e quais cuidados, princípios ou valores deve observar.

Da mesma forma que regras são necessárias, elas não podem ser tantas a ponto de inviabilizar o conhecimento interno dos funcionários, colaboradores e fornecedores, prestadores de serviço e *stakeholders*, já que o excesso de regras para conhecimento pode desestimular o aprimoramento interno das pessoas responsáveis.

A área de *compliance* deve ser independente para evitar conflitos de interesse entre a companhia e seus próprios colaboradores e/ou pessoas externas. Casos há em que a função de *compliance* é exercida por funcionários do financeiro/controladoria, jurídico e outros.

Estudo da KPMG (2021, p. 10) demonstra a maturidade do comportamento da governança no Brasil, indicando quem executa a área ou departamento de *compliance* dentro das companhias. Em 2021, 64% das áreas ou departamentos era comandada por alguém do *compliance* e 15% por colaborador da auditoria interna. Em 2015, apenas 40% eram comandadas por uma área específica do *compliance* (KPMG, 2021, p. 10).

Referida pesquisa também consultou as empresas sobre o reforço dado pelos executivos seniores para a cultura de *compliance* e governança da companhia. O resultado demonstrou que em 2021 houve expressivo aumento sobre a cultura do *compliance* dentro das organizações (KPMG, 2021, p. 7).

No quesito quem "preside o comitê de ética e *compliance*", vimos que é de extrema importância a independência do referido departamento, para evitar conflitos de interesses entre as decisões do departamento de *compliance* e governança e outros departamentos da companhia.

A KPMG também estudou esse quesito e chegou ao resultado de que quem preside o Comitê de Ética e *Compliance* das companhias é, normalmente, o CEO, seguido pelo *Compliance Officer* e pela auditoria interna. Depois, vem o Jurídico e o CFO. Importante destacar que neste estudo da KPMG demonstrou-se grande evolução no atual estágio dos comitês de ética internos (KPMG, 2021, p. 6).

Esse movimento de luta contra a corrupção que o mundo passa, fez com que o *compliance* crescesse e, notadamente, as disposições do *compliance* criminal, área focada na prevenção de crimes e contravenções dentro e fora da companhia.

Fato é que a necessidade de um departamento de *compliance* bem estruturado e organizado, evita sobremaneira ilícitos civis, administrativos e, claro, penais entre os atores empresariais.

Anselmo (2017, p. 142) define o conceito de *compliance* criminal, dizendo que "o sistema de contínua avaliação das condutas praticadas na atividade da empresa, tendo como objetivo evitar a violação de normas criminais, a prática de crimes contra a empresa ou mesmo práticas danosas sob a perspectiva criminal".

Desta forma, o *compliance* criminal surge como forma de evitar que o empresário, no seu dia a dia, atue de forma criminosa, autorizando, responsabilizando ou praticando atos que, considerados tais como realizados, possam ser criminosos ou até mesmo lesivos ao patrimônio da sociedade.

Uma das grandes diferenças entre o advogado criminalista cotidiano e o de *compliance* criminal está no momento de atuação. Enquanto aquele atua após o cometimento eventual do delito, este atua na prevenção, ou seja, antes do cometimento do possível ilícito criminal, atuando, então, de forma preventiva.

No Brasil, um dos grandes marcos históricos do *compliance* criminal é a publicação da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Nacional nº 9613/1998), já que referida lei obrigou diversas entidades, inclusive os bancos, a criarem um sistema preventivo de fraudes e de desvios de dinheiro para evitar punições no âmbito penal/administrativo e, com isso, trazer maior garantia em seus negócios.

O conceito de programa de integridade está disciplinado no Decreto nº 11.129/2022, que diz:

> Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Por isso que, a criação de um programa de integridade e conformidade, de forma independente, sendo este um dos requisitos do programa de *compliance*, a independência, conforme art. 57 do Decreto 11.129/2022, que diz:

> Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do **caput** do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

Desta forma, a criação de uma estrutura de *compliance* pode ser considerada como uma atenuante em caso de cometimento de ilícito penal ou administrativo, conforme estabelece o referido Decreto.

No que tange do Direito Penal, a complexidade do cotidiano e a globalização trouxeram diversos desafios ao administrador da sociedade, que pode cometer, mesmo sem saber exatamente como, ilícitos que possam prejudicar a reputação e atuação da empresa.

Casos no Brasil não faltam de ilícitos cometidos por empresas e sociedades empresárias. O rumoroso caso do "Mensalão" demonstrou uma orquestração de sociedades que se utilizavam do Poder Público para corromper servidores e parlamentares.

Da mesma forma, a "Operação Lava Jato" mostrou ao Brasil um esquema de organização criminosa entre as maiores empreiteiras nacionais, que utilizavam uma espécie de cartel para vencerem licitações e contratos com a Petrobras e, com isso, aumentar seus lucros e recebimentos.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo analisar o *compliance* criminal na perspectiva da legislação brasileira. Notadamente, àquelas utilizadas pelas companhias para evitar a criminalização por atos advindos dos seus funcionários, ou colaboradores.

A prevenção foi constatada como uma das principais características do instituto que, de modo prévio, passou a evitar a prática, pelos principais funcionários da empresa, de delitos que comprometam a atividade social e coloquem o nome da companhia, ou de seus diretores, dentre os investigados, com uma série de riscos para a sociedade – pedidos de recuperação judicial, falência e até mesmo o fechamento da empresa.

Em virtude dos grandes e rumorosos casos de corrupção, constatou-se que a legislação brasileira evoluiu muito em relação ao que existia antes.

Estudos realizados por consultorias especializadas demonstraram o crescimento do *compliance* no Brasil e a adoção de uma cultura de conformidade pelas companhias brasileiras, públicas e privadas, bem como pelo próprio brasileiro, que, agora, adota critérios mais claros nos seus atos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN INSTITUTE OF CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANTS. Lei Sarbanes-Oxley, 2003. Disponível em: http:// www.aicpa.gov Acesso em: 18.02.2004

ANSELMO, Márcio Adriano. ***Criminal compliance* e a investigação de crimes contra a empresa**. [S. l.], 8 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS. **Função de *Compliance***. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaodecompliance_09.pdf. Acesso em 01 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.129,** de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: D11129 (planalto.gov.br). Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.420**, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: Decreto nº 8420 (planalto.gov.br). Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.129**, de e 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 9613**, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: L8429 (planalto.gov.br). Acesso em: 31 jul. 2022.

CARMARGO, Renata Freitas de. Lei Sarbanes-Oxley: aprimorando a prestação de contas com a SOx. **Treasy**, 22 mai. 2017. Disponível em: https://www.treasy.com.br/blog/sox-lei-sarbanes-oxley/. Acesso em: 02 ago. 2022.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. Manual de Compliance. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portaria nº 909**, de 7 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 66, p. 3, 8 abr. 2015. Disponível em: Repositório de Conhecimento da CGU: Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015. Acesso em: 20 jan. 2024.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portaria nº 910**, de 7 de abril de 2015. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 66, 8 abr. 2015. Disponível em: Repositório de Conhecimento da CGU: Portaria n. 910, de 7 de abril de 2015 [alterada]. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL**. Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

FRANCO, Isabel (org.). **Guia Prático de *Compliance***. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Guia de Compliance. **Publicação em Foco**, n. 66, ago./set. 2013. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-complian-ce-versao-oficial.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022.

JENSEN, Michael; MECKLING, William H. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. ***Journal of Financial Economics***, Cambridge, v. 3, n. 4, p. 305 – 360, out. 1976. Disponível em: http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022.
KLEINDIENST, Ana Cristina Kleindienst (cord.). **Grandes Temas do Direito Brasileiro: Compliance**. 1. ed. Portugal: Almedina, 2019.
KPMG. **Pesquisa maturidade do *Compliance* no Brasil**. 4. ed. *E-book*. Disponível em: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/07/KPMG-pesquisa-maturidade-compliance-2021.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.
MARINELA, Fernanda. PAIVA, Fernando. RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção:** Lei. 12.846, de 01 de agosto de 2013. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 31 jul. 2022.
ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE**. Disponível em https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264259195-pt.pdf?expires=1659373325&id=id&accname=guest&checksum=C6F1E9C8F2EC4297429E313616DE0E05. Acesso em: 01 ago. 2022.
SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: um guia simples direto sobre programas de compliance**. 1. ed. [S. l.: s.n.]: *Createspace Independent Publishing Platform*, 2016.

A PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR COMO ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS: EM HOMENAGEM AO MINISTRO JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI[360]

Luciano Benetti Timm[361], Leonardo Maciel Benedete[362]

INTRODUÇÃO

Em obra em homenagem ao Ministro José Antônio Toffoli, ocorreu-nos tratar de um tema para o qual sua gestão à frente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deixou uma grande marca e que normalmente é pouco divulgada. Trata-se do tema da defesa do consumidor, previsto na Constituição Federal como um direito fundamental consubstanciada no termo de cooperação celebrado pelo CNJ e pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON. Por esse acordo, o Poder Judiciário estaria autorizado a se utilizar e a integrar à sua base tecnológica a plataforma já desenvolvida pelo Poder Executivo[363].

Trata-se de um simbolismo muito grande representativo de outra qualidade do Ministro Toffoli também pouco divulgada, que é sua preocupação com eficiência. Ocorre que ele é responsável pela direção de coletânea em que houve a tradução da obra de Ronald Coase no Brasil, pai da Análise Econômica do Direito (AED) e prêmio nobel de Economia[364].

1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O período que se seguiu a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, em seguida, a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, foi marcado por uma visível melhora do bem-estar do consumidor, decorrente da estabilização de preços promovida pelo Plano Real, da abertura da economia e da adoção de uma política antitruste efetiva a partir da aprovação da Lei nº 8.884/94. Como consequência, o consumidor passou a ter uma maior oferta de bens e serviços, e o mercado passou a ter um consumidor mais participativo na economia.

No entanto, se antes uma das principais dificuldades era a inexistência de concorrência e, como consequência, a falta de acesso real ao mercado de consumo, passou-se a ter novos obstáculos à obtenção do bem-estar do consumidor: a infraestrutura e a oferta de serviços não acompanharam o crescimento da demanda. Além disso, a regulação de mercados e serviços não foi suficiente para garantir, de forma eficaz, o cumprimento da legislação consumerista.

No âmbito dos atuais desafios enfrentados pelo Brasil, existem problemas específicos, sendo o maior deles, talvez, o alto desrespeito ao consumidor e a consequente judicialização das relações de consumo. Evidência desse problema é encontrada no relatório "Justiça em Números

---

[360] O presente artigo é uma adaptação do seguinte artigo: MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Flávia de Carvalho; TIMM, Luciano Benetti. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos. **Revista Gralha Azul**: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 13-19, ago./set. 2020.

[361] Advogado. Pós-Doutor U.C., Berkeley, EUA. Doutor em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito (LLM) pela Universidade de Warwick, Inglaterra. Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS). Membro do Comitê de Ciências Humanas e Sociais da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Professor da Graduação da FGV Direito SP. E-mail: ltimm@cmtadv.com.br.

[362] Advogado. Mestre em Economia pela Universidade Federal do Paraná. Mestrando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. *E*-mail: lbenedete@cmtadv.com.br.

[363] BRASIL. **Ministério da Justiça**. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/acordos-de-cooperacao-upload/cnj_-_2019_1.pdf . Acesso em: 30 abr. 2024

[364] Lançamento da obra "A Firma, o Mercado e o Direito". ***Jota***. *20.out.2016.* Disponível em https://www.migalhas.com.br/agenda/247676/lancamento-da-obra--a-firma--o-mercado-e-o-direito . Acesso em: 30.04.2024.

2023", elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que mostrou que o direito do consumidor foi o 2º assunto mais demandado em 2022 na justiça estadual, o primeiro mais demandado nas turmas recursais da justiça estadual e o mais demandado no juizado especial estadual.

Além do desrespeito ao consumidor por fornecedores, é possível elencar algumas causas para esse alto nível de judicialização: a pouca cooperação entre as agências reguladoras e os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (cada um em seu respectivo setor de atuação)[365], a litigância estratégica de alguns agentes econômicos, a litigância predatória promovida por alguns profissionais da área jurídica e mesmo das start ups de tecnologia e a ineficiência do Poder Judiciário, dentre outros.

Meadows (1999) advertiu que os anos 2000 herda o crescimento veloz da ciência e da informação. Tal fato se dá pela grande evolução tecnológica, que foi utilizada como estratégia de mercado pelas grandes empresas que estão em meio a relações de consumo. Essa nova realidade promove a globalização da informação e a potencialização de formas diversas de consumo (sobretudo por meios digitais), devendo o Estado acompanhar essa evolução tecnológica a fim de garantir o bom funcionamento do mercado e a segurança e transparência nas relações consumeristas (Fernandes; Simão Filho; 2015).

No que se refere aos demais desafios, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias os impõem para os atores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, elas também podem servir de vetores para a promoção da desjudicialização e para a transformação do perfil do consumidor. A tecnologia fez com que as pessoas passassem a viver conectadas, surgindo, assim, um consumidor engajado, que utiliza as redes sociais para falar, ser ouvido e respondido pelas empresas de forma direta.

Atento ao alto grau de judicialização no Brasil e o alto custo de manutenção do sistema judiciário nacional, o Min. Toffoli à frente do CNJ atuou para estabelecer novos modelos que promovam a desjudicialização e métodos alternativos de resolução de conflitos, que consistem em "mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito à margem da via jurisdicional, expressão que decorre da tradução do termo mais recorrente na doutrina internacional para seu tratamento: ADR- Alternative Dispute Resolution" (Cabral, 2012).

O termo de cooperação celebrado com a SENACON destinou-se a permitir que o consumidor que pretenda ajuizar demanda contra uma empresa na plataforma Processo Judicial Eletrônico (PJE), possa tentar um acordo pré-judicial na plataforma consumidor.gov.br antes que o processo tenha continuidade.

Assim, o "consumidor.gov.br", que já era uma ferramenta apta a promover a desjudicialização e a concretização eficaz do direito para os consumidores, especialmente no contexto da justiça brasileira, saiu fortalecido pelo acordo com o CNJ.

Ganharam os consumidores, vez que passaram a ter uma tutela jurisdicional mais efetiva, graças às políticas públicas baseadas em evidências.

2 CONTEXTO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

As críticas em relação à lentidão e ineficácia do poder judiciário (Gico Jr., 2014) são amplamente debatidas pela doutrina. Pesquisas realizadas em 1994 já apontavam que 77% dos magistrados já reconheciam a existência de uma crise no judiciário (Sadek e Arantes). Por sua vez, Bolero já indicava em 2003 que a eficiência judicial do Brasil é baixa.

[365] Algumas das causas que contribuem para a judicialização do direito do consumidor, como a ausência de cooperação entre entidades consumeristas e agências reguladoras, já estão sendo endereçadas. Exemplo disso é o esforço de aproximação e de manutenção de uma agenda comum por parte da Senacon e das demais agências do governo. Nesse sentido, pode-se mencionar o esforço conjunto entre a referida Secretaria e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), cujos esforços levaram à criação da plataforma Não me Perturbe, que na primeira semana cadastrou mais de um milhão de consumidores que decidiram não mais receber ligações de telemarketing pelas operadoras de telefone. Outra situação que demonstra que a cooperação pode ter ótimos resultados diz respeito ao acompanhamento, pela Senacon, da situação do mercado aéreo junto à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) após a saída da Avianca do mercado.

Os dados mais recentes infelizmente corroboram com a doutrina. De acordo com o CNJ, o ano de 2022 terminou com 81,4 milhões de processos judiciais em tramitação, ou seja, aguardando solução definitiva, com uma taxa de congestionamento (percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano) de 67,5% (CNJ, 2023, p. 116). Isso significa que, a cada 10 ações judiciais que tramitaram, 7 continuaram tramitando sem decisão final, além disso, os dados do CNJ demonstram que a quantidade de novas ações tem aumentado gradativamente ano após ano (Lima, 2019, p. 19).

Várias causas são apontadas como motivadoras do aumento do número de processos no Brasil. Daniel Lima condensou os diversos argumentos em cinco grandes grupos: (1) a dificuldade de efetivação dos direitos e garantias constantes da Constituição, (2) pluralidade e complexidade das relações sociais, 3) determinadas facilidades no acesso à jurisdição e a (4) crescente prática de judicialização da política; e (5) o modo de agir dos operadores do Direito e jurisdicionados, os quais acreditam que o processo judicial é o único caminho para resolução das contendas (Lima, 2019, p. 20).

No que se refere a despesas, o judiciário teve um custo total de 116 bilhões de reais, chegando a R$ 540,00 por habitante. Nesse sentido, o Brasil está em primeiro lugar, dentre diversos países, no que diz respeito ao custo da justiça, que alcança 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB), ou 2,23% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (CNJ, 2023, p.57).

Ademais, a média de duração de processos costuma ser de 4 anos e 6 meses para a Justiça Estadual (CNJ, 2023, p. 214).

Especificamente sobre ações consumeristas, que são mais de 10% de toda a demanda dos juizados especiais, estas são, em sua maioria, para discutir dano moral: 2.855.174 (9.2%) em comparação com 1.107.413 (3,57%) de dano material no juizado especial e 3.108.129 (1,87%) em comparação com 2.266.412 (1,36%) de dano material na Justiça Comum.

Nota-se que parte considerável desses processos envolve ações referentes a direitos do consumidor. Assim, podemos concluir, sem prejuízo de análises mais profundas e detalhadas, que os direitos dos consumidores não estão sendo nem adequadamente garantidos pelos reguladores nem respeitados de modo sistemático no mercado – caso contrário, não haveria um alto número de ações judiciais a respeito de danos morais.

Adicionalmente, pode-se concluir que o custo para garantir o cumprimento de uma lei não espontaneamente respeitada no mercado, quando se vai ao Poder Judiciário, é substancial para contribuintes e consumidores (sem contar que alguns litigantes estratégicos fazem um uso predatório da Justiça).

Surge, aí, a importância de mecanismos que promovam a desjudicialização através de plataformas digitais, pois é necessário pensar "em ferramentas que garantam um cumprimento espontâneo maior dos direitos do consumidor e que, em caso de eventuais disputas, existam ferramentas mais baratas para resolvê-las em tempo e modo devido" (TIMM, 2019) e, é por isso que o movimento pelo Ministro Toffoli enquanto presidente do CNJ é um exemplo para todos os responsáveis pelo desenho de política judiciária do mundo.

3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PLATAFORMAS DIGITAIS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS ("ADR")

A cultura do litígio vivenciada no Brasil (Gonçalves, Maillart, Santos; 2018) traz consequências que comprometem a eficiência e a qualidade jurisdicionais, evidenciados pela morosidade dos processos e pela onerosidade do Judiciário. Para amenizar as consequências da explosão de litigância, os métodos alternativos de solução de conflito passaram a ser disseminados, como uma maneira de transpor a explosão de litigância e ainda sim trazer aos litigantes uma maneira eficiente que solucionar o conflito.

Os métodos alternativos de solução de conflitos são um reflexo dessa nova visão, que se encontra nas bases do sistema jurídico, o que pode ser exemplificado pelo Código de Processo

Civil, que suscita como diretriz que o "Estado deve promover sempre que possível a solução consensual do conflito" (Código de Processo Civil, art. 3°, § 2°). Dentre os métodos que mais se destacam, a autocomposição assume um papel importante, já que empodera as partes dando-lhes autonomia em meio a resolução do conflito (Vera, 2018, p.113).

Ao mesmo tempo que o aumento da judicialização permitiu o surgimento dos métodos alternativos de solução de disputas, tem-se hoje em dia o desafio da economia digital. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhece, por exemplo, que a economia digital afetou a longo prazo as políticas públicas.

Os meios alternativos de solução de disputas não poderiam ficar alheios a essa transformação promovida pelas tecnologias (Lima, 2019, p. 76), surgindo, assim, o modelo de *online dispute resolution* (ODR) (Lima E Feitosa, 2016, 54), que "podem ser definidos como a transposição de métodos adequados para plataformas" (Lima, 2019, p. 77). Esse modelo pode abranger várias técnicas de modelos alternativos de solução de disputas, ao mesmo tempo que se utiliza de uma rede como local virtual para resolver disputas (Becker E Lameirão, 2017, p. 01).

Segundo Arbix (2015), as ODR são, ao mesmo tempo, "uma tendência consolidada (...), uma 'nova porta' para solucionar conflitos que talvez não possam ser dirimidos por mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias". Mais do que isso, o autor aponta que as ODR são imprescindíveis para promover um maior acesso à justiça (p. 13, 2015).

De acordo com a doutrina, existem quatro modalidades de ODR: (i) sistema de reivindicação financeira; (ii) sistema de arbitragem online; (iii) serviços de Ombudsman; e (iv) sistema de mediação online, seja ela automatizada ou assistida (Nascimento Junior, 2017, p. 274).

Trataremos desta última modalidade, tratando especificamente da plataforma governamental "consumidor.gov.br", em razão do escopo da presente homenagem.

4 A PLATAFORMA "CONSUMIDOR.GOV.BR" COMO PROMOTORA DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A solução de problemas de consumo de maneira individual e presencial é, em regra, de competência dos órgãos de defesa do consumidor estaduais e municipais – os Procons. Esses órgãos também são responsáveis pela política estadual de defesa do consumidor e por fiscalizar as relações de consumo. Ou seja, têm competência para atuar em nível tático e operacional. A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), por sua vez, é responsável pelo desenho das políticas públicas nacionais e por ações que envolvam o território nacional.

Com as redes sociais e a massificação da conexão móvel, as pessoas passaram a viver conectadas, e essa realidade fez surgir um novo consumidor, que tem mais autonomia, pois tem acesso a uma grande diversidade de informações; que é engajado, pois sabe que essa atitude lhe dá poder; que é social, porque pensa no impacto coletivo e tem as redes sociais como principal plataforma de interação; que precisa da troca, pois acredita que um mundo melhor é um mundo onde as relações são uma via de mão dupla; e que quer a verdade, porque a transparência é um dos seus maiores valores. O cenário acima fez com que parte dos consumidores não quisessem mais participar do modelo que, até então, era o tradicional de atendimento. Assim, ao não procurar os meios formais de reclamação, tais consumidores demonstravam um descontentamento com o serviço público prestado.

Tendo em vista a atual situação da justiça brasileira e a insustentabilidade do modelo vigente para o tratamento de conflitos de consumo que são levados aos órgãos do Estado, o novo Código de Processo Civil incentiva o uso de meios autocompositivos para solução de conflitos[366], incentivo esse que foi devidamente observado pelo Conselho Nacional de Justiça durante a gestão do Ministro Toffoli, que apresentou o "consumidor.gov.br" como uma alternativa pré-processual sustentável para tratamento em escala de conflitos de consumo.

[366] O novo Código de Processo Civil prevê, em diversos artigos, a promoção da autocomposição de conflitos, como: art. 3º, § 3º; art. 6º; art. 139, inc. V; art. 313, inc. III; art. 334 e parágrafos; art. 359; art. 515, incisos II, III e VII; e art. 565, § 1º. Nesse sentido, ver: GRINOVER, 2015.

Conforme explica Sousa, o "consumidor.gov.br" consiste em uma política pública destinada a proteger o consumidor, vez que gera "informações para o processo decisório da defesa do consumidor, atende o cidadão e auxilia na mitigação e resolução de problemas de consumo" (Sousa, 2014, p. 14).

Trata-se de uma plataforma de Estado, sob responsabilidade da Senacon, estabelecida pelo Decreto nº 8.573/2015[367], para conciliação entre consumidores e fornecedores na internet, com foco na solução e prevenção de conflitos de consumo. Por meio dessa plataforma, o consumidor se manifesta, a empresa responde, o consumidor avalia e todos podem monitorar o desenvolvimento da resolução.

A plataforma tem como premissas a transparência e o controle social, a importância das informações prestadas pelos consumidores e o acesso a informação como input do processo decisional do consumidor, contando com o mecanismo de *enforcement* indireto de avaliação do desempenho dos fornecedores e trazendo o consumidor para um papel ativo na tutela dos seus direitos e na regulação do mercado (Sousa, 2014, p. 30).

A plataforma é pública, gratuita e transparente, e funciona da seguinte forma. As empresas preenchem um "formulário de proposta de adesão" (contendo seus dados) e concordam com um "termo de adesão" e um "termo de uso". O termo de adesão, assinado entre fornecedor e Senacon, permite: o acesso para receber e responder às reclamações registradas pelos consumidores; a interação com o consumidor na plataforma; o acompanhamento das demandas registradas em nome da empresa; e o requerimento da recusa da reclamação, "exclusivamente nos casos em que for comprovado que o serviço ou produto reclamado foi produzido, ofertado e/ou comercializado por outro fornecedor e que não há qualquer indício de solidariedade na relação de consumo mencionada". O fornecedor se compromete, dentre outros pontos, a responder às demandas em até 10 dias e a informar à Senacon os dados do responsável direto pelo tratamento do sistema dentro da empresa.

O consumidor, por sua vez, realiza o seu cadastro, assumindo os termos de uso, e fica habilitado a registrar reclamações contra qualquer uma das empresas participantes do serviço. Durante o prazo de resposta, o consumidor pode acompanhar sua demanda, bem como se relacionar com o fornecedor. Ao receber a resposta final da empresa, o consumidor pode avaliar a reclamação e participar de pesquisas em andamento na Senacon caso tenha interesse.

Em relação a essa forma de funcionamento da plataforma, a doutrina elenca que um dos seus maiores méritos está na negociação direta entre as partes (Nogueira, Porto e Quirino, 2017, p. 11).

Apenas em março de 2024, a plataforma teve mais de 111 mil de reclamações cadastradas pelso consumidores, com um índice de resposta pelas empresas de 97% (108 mil) dentro do prazo de dez dias.

Sobre a eficácia da plataforma, Schmidt-Kessen, Carneiro e Nogueira (2019), a partir desses dados, consideram o "consumidor.gov.br" um exemplo de sucesso, já que apresenta elevados números de reclamações e taxa de respostas dos fornecedores. Segundo as autoras, os curtos prazos para a tomada de decisões, o elevado número de reclamações resolvidas e a satisfação apresentada pelos consumidores são elementos que levam o caso brasileiro a superar a plataforma fornecida pela União Europeia para a solução de litígios consumeristas.

Pode-se atribuir essa eficácia da plataforma ao incentivo para seu uso. Sobre esse aspecto, ressalta-se, inclusive, o apoio do Conselho da Justiça Federal (CJF), que, na I Jornada de "Prevenção e solução extrajudicial de litígios", aprovou o enunciado 50:

> "O Poder Público, os fornecedores e a sociedade deverão estimular a utilização de mecanismos como a plataforma CONSUMIDOR.GOV.BR, política pública criada pela

[367] A base normativa para o funcionamento do consumidor.gov é: **Lei nº 8.078/90**, Art. 4º, caput III e V, Harmonização das Relações de Consumo; **Decreto 7.963/2013**, Art. 3º I e VI Art. 4º I, Proteção e Defesa do Consumidor como Política de Estado, Harmonização das relações de consumo, Mecanismos alternativos para resolução de conflitos de consumo; **Decreto nº 8.573/2015**, Institui o sistema alternativo de solução de conflitos de consumo – Consumidor.gov.br; **Comitê Gestor – Consumidor.gov.br**, Instituído pelo Decreto nº 8.573 e regimento interno – Deliberação nº 1, de 5 de maio de 2016.

> Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon e pelos Procons, com vistas a possibilitar o acesso, bem como a solução dos conflitos de consumo de forma extrajudicial, de maneira rápida e eficiente" (CJF, 2016).

Assim, o convênio com o Conselho Nacional de Justiça para integração do "consumidor.gov.br" ao processo judicial eletrônico (PJe)[368] viabilizado pela SENACON e pelo CNJ faz com que as partes que ingressam com ações no poder judiciário tenham a opção de utilizar a plataforma antes de dar prosseguimento ao processo, proporcionando uma gestão e administração da justiça eficientes.

Um dos pontos mais interessantes da plataforma, além da promoção da desjudicialização, é a possibilidade de acesso a uma base de dados com o perfil dos consumidores que utilizam a plataforma, podendo-se, inclusive, fornecer subsídios à elaboração de políticas públicas[369], conforme explica o site do Ministério da Justiça e Segurança Pública:

> "Os registros realizados pelos consumidores geram uma base de dados pública que disponibiliza à sociedade informações relevantes sobre empresas, assuntos, e problemas demandados na plataforma. Tais informações alimentam indicadores que são divulgados no site, bem como estão à disposição de qualquer interessado, independentemente de solicitação, em formato aberto, em conformidade com diretrizes de acesso à informação e transparência ativa. Acreditamos que o acesso a esses dados apoia a produção de conhecimento pela própria sociedade, pelo meio acadêmico, bem como serve ao próprio mercado. Além disso, oferece condições ao Estado para fiscalizar o comportamento das empresas, especialmente no que tange à lesão a direitos coletivos"[370].

O mapeamento dessas informações pode ser encontrado, por exemplo, por meio da identificação do perfil das reclamações, usuários e empresas que fazem uso da plataforma.

Já os principais problemas que os consumidores enfrentam se relacionam ao setor aéreo (muito provavelmente em razão dos inúmeros cancelamentos de voos em razão da pandemia), cartão de crédito/débito/loja, telefonia móvel pós-paga, bancos de dados e cadastros de consumidores, pacotes de serviços (combo).

Por meio da análise dos dados acima elencados, é possível que a Senacon e demais membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), bem como agências reguladoras, elaborem políticas públicas que, de um lado, promovam uma maior proteção do consumidor e, de outro, evitem que novas ações consumeristas cheguem ao judiciário, sem que isso signifique uma precarização dos direitos dos consumidores, e a maximização desse cenário só poderia ter sido liderada no CNJ por um jurista e gestor da envergadura de Toffoli.

Os méritos dessa plataforma derivam dos resultados encontrados, sendo superiores a 80% de efetividade na reclamação, que fazem com quem mesmo a literatura estrangeira reconheça a plataforma como de grande efetividade.

CONCLUSÃO

A economia digital impõe mudanças nas relações sociais, na maneira que nós como sociedade adquirimos bens e serviços e, consequentemente, nas relações de consumo. Exemplo disso são as plataformas digitais que são amplamente utilizadas no dia a dia, como Uber, Facebook, Airbnb, dentre outras.

---

[368] BRASIL. **Acordo de Cooperação Técnica nº 016/2019**. Acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), para incremento de métodos autocompositivos, mediante plataformas on-line, para solução de controvérsias consumeristas. 2019.

[369] Cabe destacar recente pesquisa realizada pela Senacon através da plataforma para mapear a situação das ligações indesejadas recebidas por consumidores, conforme explica reportagem do portal valor econômico: (PERON, 2019).

[370] Informação disponível em: BRASIL. **Justiça**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/consumidor-gov.br. Acesso em 30 abr. 2024.

O número de ações em tramitação no judiciário, os custos envolvidos para sua manutenção e o tempo de espera para uma efetiva prestação jurisdicional nos mostram que é necessário investir em sistemas de tecnologia, como plataformas digitais, que promovam a desjudicialização. No caso, se as partes envolvidas em um litígio conseguem resolver os problemas da disputa sem que isso resulte em um processo judicial, eventualmente será possível transformar isso em um modelo a ser replicado como política pública, como foi o caso do "consumidor.gov.br".

Nesse sentido, é necessário parabenizar o Ministro Dias Toffoli, que investiu no empoderamento do consumidor e, sobretudo, na prestação eficiente da justiça, través da utilização de ferramentas voltadas para soluções alternativas de conflitos.

A adoção e expansão do uso da plataforma "consumidor.gov.br" poderá viabilizar uma série de eficiências na entrega da justiça aos consumidores brasileiros.

Atento ao potencial inovador das plataformas de ODR, Toffoli desenhou uma política pública judiciária que, no futuro, pode fazer com que casos de descumprimento da legislação consumerista cheguem ao Poder Judiciário apenas residualmente, o que deve ser pensado, também, dentro de uma lógica sistêmica, fazendo com que tenhamos um menor nível de descumprimento da lei, haja vista o aumento da eficácia da tutela dos direitos consumeristas.

Dessa forma, mais que o presente artigo, uma homenagem digna da envergadura do homenageado venha através da proliferação das suas políticas públicas judiciárias e da utilização da tecnologia e das plataformas de ODR para ampliar e aprimorar o acesso à justiça.

Por fim, espera-se que este artigo faça coro à extensa e plural contribuição do Emérito Ministro homenageado para o bom funcionamento do sistema judiciário brasileiro. Um claro e natural membro da Corte Suprema deste país, mas mais que isso – se é que é possível –, um exímio pensador de políticas públicas judiciárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. B. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARANTES, R. B; SADEK, M. T.; ARANTES, R. B. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, n. 21, p. 34-45, mar./maio 1994.

ARBIX, D. A. **Resolução online de controvérsias- Tecnologias e Jurisdições**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

BECKER, D.; LAMEIRÃO, P. **Online Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas**. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2MSGqGb /. Acesso em: 30.04.2024.

BOTERO, J. C. et al. Judicial reform. **The World Bank Research Observer**, v. 18, n. 1, p. 61-88, Spring 2003.

BRASIL. **Acordo de Cooperação Técnica nº 016/2019**. Acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), para incremento de métodos autocompositivos, mediante plataformas on-line, para solução de controvérsias consumeristas. 2019.

BRASIL. CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios"**. Brasília: CJF, ago. 2016.

BRASIL. CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023 (ano-base 2022)**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 30.04.2024.

BRASIL. CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Indicadores.** Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir. Acesso em:30 abr.

BRASIL. **Justiça**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/consumidor-gov.br.. Acesso em: 30.04.2024.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Disponível em https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/acordos-de-cooperacao-upload/cnj_-_2019_1.pdf . Acesso em: 30.04.2024

BRASIL. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://bit.ly/1LsPdqG. Acesso em: 30.04.2024.

CABRAL, M. M. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://bit.ly/2Y9D7wN. Acesso em: 30.04.2024.
CANTEIRO, M.; NOGUEIRA, R.; SCHMITDT-KESSEN, M. J. Success, or Failure? - Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU. **Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-17**, Copenhague, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2RLhsuw. Acesso em 30.04.2024.
CAPPELLETI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1998. p. 31-73.
FERNANDES, C. M.; FILHO, A. S. A proteção do consumidor na sociedade da informação: uma análise da plataforma consumidor.gov.br. III CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 3. **Anais**... Universidade Ribeirão Preto, ago. 2015. Disponível em: https://bit.ly/2xc23bh. Acesso em 30.04.2024.
GICO JR., I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set. 2014. Disponível em: https://bit.ly/2E7ts1D. Acesso em 30.04.2024.
GONÇALVES, J.; MAILLART, A. S.; DOS SANTOS, R. S. S. Da cultura da sentença para uma cultura consensual de administração dos conflitos jurídicos. In: RODAS, J. G. *et al*. (Coords.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil.** Curitiba: Editora Prismas, p. 207-240, 2018.
GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: BONATO, Giovanni. **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
Lançamento da obra "A Firma, o Mercado e o Direito". ***Jota****. 20.out.2016.* Disponível em: https://www.migalhas.com.br/agenda/247676/lancamento-da-obra--a-firma--o-mercado-e-o-direito. Acesso em: 30.04.2024.
LIMA, D. H. S. **Da cultura do litígio à do consenso: o uso de *online dispute resolution* na Comarca de Araquari (SC).** Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de mestrado. Florianópolis, 2019.
MAIOLINO, I; SILVEIRA, F. C.; TIMM, L. B. A importância da plataforma consumidor.gov.br para solução alternativa de conflitos. *In* **30 anos do CDC – Evolução e Desafios no Relacionamento com o Cliente**. No prelo. Editora Foco, 2020.

MAIOLINO, I; SILVEIRA, F. C.; TIMM, L. B. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos. **Revista Gralha Azul**: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 13-19, ago./set. 2020.
MAIOLINO, I; TIMM, L. B. *In*: MAIOLINO, I.; TIMM, L. B. Introdução – Novos desafios do consumidor (Orgs.). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Singular, 2019.
MEADOWS, A. J. **A comunicação científica**. Brasília: Briquet de Lemos Livros, 1999.
NASCIMENTO JUNIOR, V. F. **A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual**: online dispute resolution. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 12, n. 1, p. 265-281, 2017.
NOGUEIRA, R.; PORTO, A. J. M.; QUIRINO, C. C. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 114, p. 295–318, 2017.
OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Challenges to consumer policy in the digital age**. G20 International Conference on Consumer Policy. OCDE, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2qJj7G6. Acesso em: 30.04.2024.
PERON, I. 92,5% das pessoas recebem ligações indesejadas de telemarketing. **Valor Econômico**, 21 maio 2019. Disponível em: https://bit.ly/31Qjg8g. Acesso em 30.04.2024.
SOUSA, J. P. A. **Defesa do consumidor e políticas públicas: um estudo sobre o consumidor.gov.br.** 2014. 62 f., il. Monografia (Bacharelado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
TIMM, L. B. Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de janeiro de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2WX7Bko. Acesso em 30.04.2024.
TIMM, L. B. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro**: justiça distributiva versus eficiência econômica. Disponível em:https://bit.ly/2X6R7uR. Acesso em: 23 jun. 2019. Acesso em 30 abr.2024.

O JUIZ DAS GARANTIAS NA VISÃO DO STF

Júlio César Craveiro Devechi[371]

INTRODUÇÃO

O instituto do "juiz das garantias" foi formalmente introduzido no processo penal brasileiro com o advento da Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"). Aury Lopes Júnior chega a afirmar que "sem dúvida uma das mais importantes inovações da Lei nº 13.964/2019 foi a recepção do instituto – já consagrado há décadas em diversos países e por nós defendido desde 1999 – do juiz das garantias"[372]. João Pedro Gebran Neto, Bianca Arenhart e Luís Fernando Marona complementam que "a novidade legal já vinha sendo gestada pelo Parlamento, a partir das propostas de reformas do Código de Processo Penal – Projetos de Lei nº 156/2009 (Senado Federal) e nº 8.045/2010 (Câmara dos Deputados) –, com a criação do juiz das garantias"[373].

O assim denominado "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019) incluiu ao CPP os artigos 3º-A a 3º-F, definindo o juiz das garantias como o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais.

Destacou-se, ainda, de forma expressa, a estrutura acusatória do processo penal, com vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como sua substituição em relação à atuação probatória do órgão acusador. Sobre o ponto, voltamos a citar Aury Lopes Júnior: "a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que **o juiz não terá iniciativa probatória**, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade" – grifo original[374].

Por três anos e meio, entre janeiro de 2020 e agosto de 2023, a inclusão do instituto do "juiz das garantias" em nosso ordenamento ficou suspensa *sine die* por força de medida liminar, concedida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação dos Juízes Federais do Brasil (ADI 6.298), Partido Podemos, Partido Cidadania (ADI 6.299), Partido União Brasil (ADI 6.300) e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (ADI 6.305). Somente em 24/08/2023, houve a conclusão do julgamento conjunto das referidas ações constitucionais, com a proclamação do resultado de sua parcial procedência.

A partir de então, a leitura dos dispositivos legais incluídos no Código de Processo Penal e que tratam do "juiz das garantias" (arts. 3º-A a 3º-F) deve obrigatoriamente ser conjugada com a interpretação a eles conferida pela Suprema Corte. O objetivo deste trabalho é sistematizar essa leitura, buscando facilitar a compreensão da vigência atual do instituto pelos operadores e estudantes do Direito Processual Penal.

Antes, porém, faremos um breve apanhado teórico sobre as razões da existência do instituto.

---

[371] Doutorando em Direito pelo IDP-Brasília, Mestre e Bacharel em Direito pelo UniCuritiba. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Analista Judiciário da Justiça Federal. Assessor de Ministra do STJ. Ex-Assistente de Ministro do STF. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6342519258064993. E-mail: julio@devechi.com.br.

[372] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 141.

[373] GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Geórgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. **Comentários ao novo inquérito policial**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 23.

[374] LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit*. p. 104.

1 RAZÃO DE SER DO JUIZ DAS GARANTIAS: DISSONÂNCIA COGNITIVA

A teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida pelo psicólogo novaiorquino Leon Festinger[375] na década de 1950, desempenha papel fundamental na justificação da criação do instituto do juiz das garantias. Essa teoria sugere que as pessoas procuram buscar coerência entre suas crenças, atitudes e comportamentos. Quando ocorre um conflito entre esses elementos, surge a dissonância cognitiva, que gera desconforto psicológico, levando os sujeitos racionais a perquirirem maneiras para reduzi-lo.

Segundo Festinger, relações dissonantes ou incompatíveis entre elementos cognitivos originam pressões psicológicas para reduzi-las e para evitar o seu recrudescimento. As manifestações da operação dessas pressões incluem mudanças de comportamento, de cognição e de exposição circunspecta do indivíduo a novas informações e a novas opiniões[376]. Para ele, o indivíduo se esforça em realizar um "estado de coerência consigo mesmo[377]", de modo que "a dissonância atua da mesma forma que um estado de impulso, necessidade ou tensão (...). Semelhante à ação de um impulso, também quanto maior for a dissonância maior será a intensidade da ação para reduzi-la e maior a evitação de situações que a aumentariam[378]". Assim, "uma pessoa expor-se-ia a fontes de informação que, segundo ela espera, adicionariam novos elementos capazes de aumentar a consonância, mas certamente evitaria as fontes que aumentassem a dissonância[379]".

Após a tomada de uma decisão pelo indivíduo (processo pós-decisório), a teoria da dissonância encontra relevo ainda maior. Em seus estudos, Festinger detectou que, uma vez tomada uma decisão, há o desencadeamento psicológico de processos cognitivos que tendem a estabilizar a postura decisória, chamados de efeito de congelamento da decisão ou efeito de apego à decisão. Dessa forma, "[a] alternativa escolhida parecerá muito mais atraente, e a alternativa rejeitada começará a parecer menos atraente do que tinha sido"[380]. Os métodos de redução da dissonância pós-decisão foram identificados como: (i) mudança ou revogação da decisão; (ii) mudança da atratividade das alternativas envolvidas na escolha; e (iii) estabelecimento e sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha[381].

Pelos dados analisados por Festinger:

> **1.** Após uma decisão, registra-se uma busca ativa de informações que produzam uma cognição consonante com a ação empreendida.
> **2.** Após uma decisão, registra-se um aumento de confiança na decisão ou um aumento da discrepância em atratividade entre as alternativas envolvidas na escolha, ou ambas as coisas. Cada um reflete a redução bem-sucedida da dissonância.
> **3.** A redução bem-sucedida da dissonância pós-decisão manifesta-se também na dificuldade em inverter uma decisão, uma vez que esta tenha sido tomada, e na implicação que a cognição mudada tem para a futura ação relevante.
> **4.** Os efeitos acima indicados variam diretamente com a magnitude da dissonância criada pela decisão[382].

Outro processo psicológico interessante se verifica quando a pessoa, após a tomada de uma decisão, é exposta a novas informações capazes de aumentar a dissonância. Nessa ocasião, "além dos procedimentos usuais por cujo intermédio ela poderá reduzir a dissonância, existem também processos defensivos que rapidamente se estabelecem para impedir que a nova cognição se consolide de forma irrevogável[383]". Em resumo, um dos principais aspectos da redução da

---

[375] FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
[376] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 36.
[377] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 11.
[378] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 25.
[379] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 35.
[380] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 38.
[381] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 46.
[382] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 80-81.
[383] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 127.

dissonância cognitiva encontra guarida na obtenção de novas cognições que estejam em consonância com a cognição pré-existente e a evitação de novas cognições capazes de refutá-la ou com ela entrar em conflito[384].

No contexto do sistema de justiça criminal, a criação do instituto do juiz das garantias é uma tentativa de mitigar o desconforto cognitivo identificado por Festinger, uma vez que ele teria a capacidade de afetar negativamente a garantia e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos às diferentes etapas de uma persecução penal.

Antes da mudança legislativa oportunizada pelo "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019), o mesmo juiz responsável pela supervisão da fase investigativa também era responsável pela instrução e julgamento do caso penal. Essa identidade de papeis representaria uma situação de conflito de interesses, pois o magistrado — já familiarizado com as provas e com o andamento da investigação — poderia criar uma visão preconcebida sobre os fatos (decisão antecedente), tornando difícil garantir um julgamento imparcial e justo *a posteriori*. Corria-se o risco de o juiz, ao julgar a ação penal, manter a tendência defendida pela teoria da dissonância cognitiva, qual seja, buscar conforto psicológico, por meio de vieses de confirmação, na condenação de um indivíduo anteriormente investigado sob a sua supervisão. Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa compreende:

> [a] inserção do Juiz das Garantias promove a cisão entre as fases processuais, interrompendo o fluxo cognitivo contaminado, pela criação de ponto de virada cognitiva, não assimilado por setores da magistratura acostumados ao "gambito do livre convencimento", do "excesso de confiança" e da mentalidade autoritária. A originalidade cognitiva efetiva o julgamento no "presente", sem a "poluição" do "viés confirmatório" tendencialmente operante em face das decisões antecedentes[385].

A criação do juiz das garantias, portanto, procura reduzir o possível desconforto identificado na teoria da dissonância cognitiva, separando as funções do magistrado que supervisiona a fase investigativa daquele que efetivamente instrui e julga a ação penal. A divisão de papeis faz com que o juiz das garantias fique responsável apenas pela proteção dos direitos fundamentais do investigado na fase de inquérito ou investigação, permitindo que magistrado distinto (o da instrução) mantenha sua imparcialidade e avalie o caso penal com base nas evidências apresentadas nos autos, sem compromisso cognitivo prévio com a busca por qualquer conforto psicológico durante a etapa de julgamento.

2 ATUAL REGRAMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS: PERSPECTIVA DO STF

Após a proclamação do resultado de parcial procedência das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 24/08/2023, o instituto do juiz das garantias ganhou roupagem diferente da idealizada pela Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime").

De partida, o **artigo 3º-A** do CPP, que estabelece "[o] processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", recebeu interpretação conforme à Constituição. Segundo os Ministros, o juiz, pontualmente e nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito. Sendo assim, afastou-se a ideia de proibição completa de atuação probatória do juiz, antes pretendida pela legislação, para vedar, apenas, o seu protagonismo nas fases de investigação e instrução. Essa vedação, aliás, já vinha sendo reconhecida em precedentes do Supremo Tribunal Federal, por exemplo:

---

[384] FESTINGER, Leon. *Op. cit*. p. 159.
[385] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais Editora, 2021. p. 127.

> (...) 7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado. 8. O Juízo *a quo* ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a "separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional" é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014)[386].

O ***caput* do artigo 3º-B**, responsável pela criação em si do instituto do juiz das garantias entre nós, foi declarado válido pela Corte Constitucional. Os Ministros, contudo, fixaram o prazo de 12 (doze) meses, contados da publicação da ata do julgamento das ADIs, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o Brasil, nos moldes das diretrizes e sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo mais 12 (doze) meses, devendo a justificativa ser apresentada em procedimento próprio junto ao CNJ.

Os incisos IV, VI, VII, VIII e IX do artigo 3º-B também foram reinterpretados pelo Plenário do STF. Em relação aos **incisos IV, VIII e IX**, determinou-se que todos os atos praticados pelo Ministério Público (MP), como condutor de investigação penal, sejam submetidos a controle judicial (HC nº 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello). Como consequência, fixou-se o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata de julgamento das ADIs, para que os Promotores de Justiça e os Procuradores da República encaminhem, sob pena de nulidade, todos os Procedimentos de Investigação Criminal (PICs), mesmo os que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural e independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.

Os **incisos VI e VII** possuem a seguinte redação original: "[compete ao juiz das garantias:] VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente" e "VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral". Com a interpretação dada a esses dispositivos pelo STF, a audiência pública e oral a que eles se referem passa a ser "preferencial" e não "obrigatória", podendo o juiz deixar de realizá-la ou diferi-la (adiá-la) em caso de necessidade ou de riscos para o processo.

A reinterpretação é bem-vinda e consentânea com a realidade. A análise de medidas cautelares e de produção antecipada de provas, não raras vezes, impõe o sigilo da diligência para garantir o êxito da persecução penal. O exercício da ampla defesa e do contraditório, nesse contexto, permanecem assegurados, mas de forma diferida (posterior). Portanto, agora, a regra continua sendo a vontade do legislador (de realização de audiência pública e oral para o exercício do contraditório e da ampla defesa), mas a Suprema Corte passou a admitir exceções, justamente para a garantia do processo e de eventuais necessidades do caso concreto.

Sobre o **inciso XIV**, houve reinterpretação do momento derradeiro de atuação do juiz das garantias. Pela norma, o juiz das garantias deveria receber a denúncia e, somente então, remetê-la ao juiz da instrução. Com a mudança, a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, ou seja, tão logo apresentada a peça pelo Ministério Público, o magistrado deverá remeter os autos ao juiz da instrução, para que este analise se a receberá ou a rejeitará, nos termos dos artigos 395 e 396 do CPP.

O recebimento da denúncia é o ato judicial que formalmente inicia a Ação Penal e transforma um acusado em réu. Desse modo, se a intenção é evitar a contaminação cognitiva dos magistrados em relação às fases de investigação e de instrução processual, revela-se tecnicamente

[386] STF, Segunda Turma, HC nº 202.557, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 03/08/2021.

mais adequada a releitura realizada pela Suprema Corte, encerrando-se a competência do juiz das garantias já com o oferecimento da denúncia. A análise da pertinência ou não de se dar início à Ação Penal será formalizada por juiz distinto (o da instrução), não contaminado pela supervisão da fase administrativa, isto é, sem o compromisso cognitivo de receber a denúncia apenas para satisfazer um potencial conforto psicológico, atrelado à ideia de evitação da dissonância cognitiva.

Os §§ 1º e 2º do artigo 3º-B também foram reinterpretados pelos Ministros. O **§ 1º** dispõe: "[o] preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência". A rigidez do dispositivo foi relativizada para admitir a dilação do prazo de 24 (vinte e quatro) horas em caso de impossibilidade fática e autorizar o emprego excepcional da videoconferência na audiência de custódia, desde que este meio se revele apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.

Pelo **§ 2º** do artigo 3º-B, o juiz das garantias apenas poderá prorrogar o inquérito policial uma única vez quando o investigado estiver preso. Além disso, disciplina que o encerramento do prazo de prorrogação, sem a conclusão das investigações, implica o imediato relaxamento da prisão cautelar. Aqui, novamente, houve a flexibilização da previsão legislativa. Segundo o STF, *(i)* o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e *(ii)* a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram, nos termos da ADI nº 6.581.

A releitura dos §§ 1º e 2º, mais uma vez, procura aproximar os dispositivos legais da realidade processual penal. As investigações possuem particularidades e níveis de complexidade distintos, não se podendo dispensar tratamento igualitário e inflexível a todas elas. Desse modo, é bem-vinda a reinterpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, para retirar a rigidez da lei e evitar potenciais alegações de nulidade em relação a investigações que demandam maior tempo de análise dos órgãos da persecução penal para a sua conclusão satisfatória.

A exceção à competência do juiz das garantias, estabelecida no ***caput* do artigo 3º-C**, sofreu alargamento com o julgamento das ações constitucionais. Antes, apenas os crimes de menor potencial ofensivo escapavam de sua jurisdição. Agora, também não se aplicam as normas relativas ao instituto aos *(i)* processos de competência originária dos tribunais superiores, regidos pela Lei nº 8.038/1990 (STF e STJ), *(ii)* processos da competência do tribunal do júri, *(iii)* casos de violência doméstica e familiar e *(iv)* infrações penais de menor potencial ofensivo.

Para manter a organização sistemática da lei, foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código", contida na segunda parte do ***caput*** do referido artigo 3º-C, com atribuição de interpretação conforme, para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o *oferecimento* da denúncia. Da mesma forma, foi declarada a inconstitucionalidade do termo "Recebida", contido no **§ 1º do artigo 3º-C**, com atribuição de interpretação conforme, para reforçar que, após o *oferecimento* da denúncia ou queixa, as questões pendentes devem ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento. Com o mesmo objetivo, o termo "recebimento", presente no **§ 2º do artigo 3º-C**, foi reinterpretado e deve ser lido como "oferecimento".

Os **§§ 3º e 4º do artigo 3º-C** apresentam a seguinte redação:

> **Art. 3º-C, § 3º** Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

> **Art. 3º-C, § 4º** Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Em relação a esses parágrafos, houve a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e atribuição de interpretação conforme, para fixar o entendimento de que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento. O novo fluxo de trâmite dos autos processuais na sistemática do juiz das garantias, portanto, é o seguinte:

FASE DE INVESTIGAÇÃO/INQUÉRITO (AUTOS COM JUIZ DAS GARANTIAS)
↓
OFERECIMENTO DA DENÚNCIA/QUEIXA
↓
REMESSA DOS AUTOS AO JUIZ DA INSTRUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, ademais, declarou inconstitucionais e retirou do ordenamento jurídico o *caput* e o parágrafo único do **artigo 3º-D**, que previam, respectivamente: "[o] juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo" e "[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo".

Quanto ao parágrafo único, compreendeu-se que houve invasão legislativa na esfera de organização judiciária, não competindo à lei de iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo impor ao Poder Judiciário um sistema de rodízio de juízes. Sobre o *caput*, compreendemos que o afastamento do dispositivo é de ordem pragmática, pois a eventual escassez de juízes em determinada localidade inviabilizaria por completo as substituições de um magistrado por outro em afastamentos, licenças e férias. Vamos supor que o magistrado "A" seja o juiz das garantias do processo "Y". Caso o juiz "B" substituísse o juiz "A" em suas férias regulamentares, o juiz "B" não poderia posteriormente figurar como o magistrado de instrução e julgamento do processo "Y", situação que causaria sérios tumultos em tribunais, comarcas e subseções de menor envergadura e com número reduzido de julgadores.

Seguindo a mesma toada, o **artigo 3º-E** recebeu interpretação conforme à Constituição. Ao invés da expressão "designado", assentou-se que o juiz das garantias será "investido" conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelos tribunais.

O ***caput* do artigo 3º-F** foi validado pela Suprema Corte. Destarte, é constitucional a previsão legislativa que estabelece: "[o] juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal".

O **parágrafo único**, contudo, foi reinterpretado, assentando-se que a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso pelas autoridades policiais, Ministério Público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. Buscou-se, aqui, identificar quem eram as tais autoridades genericamente referidas na norma.

Digno de nota que a ata de julgamento das ADIs foi publicada em **1º de setembro de 2023**. A partir dessa data, começam a correr os prazos fixados pelo STF para a efetiva implementação do juiz das garantias e para a remessa dos autos de Procedimentos Investigatórios Criminais pelos membros do Ministério Público ao Poder Judiciário. Ressalta-se, por derradeiro, que os Ministros definiram, à unanimidade de votos, a seguinte regra de transição: "quanto às ações penais já

instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente".

Para tornar mais didática a leitura dos dispositivos legais à luz do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, elaboramos a tabela a seguir:

Redação Original do CPP (Lei 13.964/2019)	**Resultado do Julgamento do STF (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305)**
Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.	Atribuição de **interpretação conforme** para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.
Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:	Declarado **constitucional**, com a fixação do prazo de 12 meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do CNJ e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao CNJ.
IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;	Atribuição de **interpretação conforme** aos incisos IV, VIII e IX do art. 3º-B do CPP, para que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello) e fixar o prazo de até 90 dias, contados da publicação da ata do julgamento, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PICs e outros procedimentos de investigação criminal, mesmo que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural, independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.
VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;	
IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;	
VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;	Atribuição de **interpretação conforme** ao inciso VI do art. 3º-B do CPP, para prever que o exercício do contraditório será preferencialmente em audiência pública e oral.
VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;	Atribuição de **interpretação conforme** ao inciso VII do art. 3º-B do CPP, para estabelecer que o juiz pode deixar de realizar a audiência quando houver risco para o processo, ou diferi-la em caso de necessidade.

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;	Declarado **inconstitucional**, com atribuição de **interpretação conforme** para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia.
Art. 3º-B, § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.	Atribuição de **interpretação conforme** ao § 1º do art. 3º-B do CPP, para estabelecer que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade fática, momento em que se realizará a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, cabendo, excepcionalmente, o emprego de videoconferência, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.
Art. 3º-B, § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.	Atribuição de **interpretação conforme** ao § 2º do art. 3º-B do CPP, para assentar que: **(i)** o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e **(ii)** a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram (ADI 6.581).
Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.	Atribuição de **interpretação conforme** à primeira parte do caput do art. 3º-C do CPP, para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: **(i)** processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei 8.038/1990; **(ii)** processos de competência do tribunal do júri; **(iii)** casos de violência doméstica e familiar; e **(iv)** infrações penais de menor potencial ofensivo. Declarada a **inconstitucionalidade** da expressão "recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código" contida na segunda parte do caput do art. 3º-C, com atribuição de **interpretação conforme** para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia.
Art. 3º-C, § 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.	Declarada a **inconstitucionalidade** do termo "Recebida" contido no § 1º do art. 3º-C do CPP, com atribuição de **interpretação conforme** ao dispositivo para assentar que, oferecida a denúncia ou queixa, as questões pendentes

	serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.
Art. 3º-C, § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.	Declarada a **inconstitucionalidade** do termo "recebimento" contido no § 2º do art. 3º-C do CPP, com atribuição de **interpretação conforme** ao dispositivo para assentar que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 dias.
Art. 3º-C, § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. **§ 4º** Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.	Declarada a **inconstitucionalidade**, com **redução de texto**, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, com atribuição de **interpretação conforme** para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento.
Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. **Parágrafo único**. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.	Declarada a **inconstitucionalidade** dos dispositivos (art. 3º-D, caput, e seu parágrafo único).
Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.	Atribuição de **interpretação conforme** ao art. 3º-E do CPP, para assentar que o juiz das garantias será investido, e não designado, conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.
Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.	Dispositivo declarado **constitucional**.
Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa,	Atribuição de **interpretação conforme** ao parágrafo único do art. 3º-F do CPP, para assentar que a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso pelas autoridades policiais, Ministério Público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à

assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.	informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do "juiz das garantias" representa uma importante inovação no sistema de justiça criminal brasileiro. Sua introdução em nosso ordenamento se deu por meio da edição da Lei nº 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime". Essa mudança trouxe consigo a intenção de mitigar a dissonância cognitiva que poderia ocorrer quando um mesmo juiz supervisionava a fase de investigação e as fases de instrução e julgamento.

Após um longo período de suspensão liminar pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto finalmente entrou em vigor no segundo semestre de 2023, com a conclusão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em 24/08/2023. Nesse novo cenário, algumas reinterpretações foram realizadas pela Suprema Corte, o que ajustou as nuances do instituto em relação ao que estava originalmente previsto em lei.

O entendimento do STF permitiu ao juiz desempenhar papeis instrutórios suplementares e pontuais, desde que não exerça o protagonismo nessa fase e que limite a sua atuação às hipóteses de saneamento de dúvidas sobre questões relevantes para o julgamento do mérito. Além disso, a audiência pública e oral, antes considerada obrigatória para o exercício do contraditório e da ampla defesa em questões vinculadas a medidas cautelares e à produção antecipada de provas, passou a ser preferencial, podendo, inclusive, ser dispensada ou adiada para resguardar a eficácia da persecução penal.

A competência do juiz das garantias, agora, cessa com o oferecimento da denúncia, evitando que ele mantenha uma supervisão prolongada sobre o processo e reduzindo a chance de influência cognitiva na etapa inaugural da Ação Penal. Também foram flexibilizados os prazos relacionados à audiência de custódia e à prorrogação do inquérito envolvendo investigados presos.

Novas exceções à competência do juiz das garantias foram estabelecidas, como nos casos de violência doméstica e familiar, nos processos de competência originária dos tribunais superiores, na competência do tribunal do júri e nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

As reinterpretações dadas pelo STF, obviamente, não estão isentas de críticas, mas, em regra, têm por objetivo equilibrar a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos com a eficiência da justiça penal, adaptando os comandos legais inseridos no CPP às necessidades práticas do sistema.

Em suma, o instituto do juiz das garantias representa uma tentativa de aprimorar o sistema de justiça criminal brasileiro, promovendo maior imparcialidade e proteção dos direitos individuais, enquanto se ajusta às complexidades e desafios próprios da persecução penal. A implementação efetiva desse instituto requer ações legislativas e administrativas para garantir sua efetivação em todo o país em, no máximo, 24 (vinte e quatro) meses. Esse prazo, aliás, já está em curso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Geórgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. **Comentários ao novo inquérito policial**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais Editora, 2021.

A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA POPULAR POR MEIO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Lara Helena Luiza Zambão,[387]José Laurindo de Souza Netto[388]

INTRODUÇÃO

O cenário brasileiro é assolado por crises que interferem na democracia, como forma de solução, analisa-se como a tecnologia pode auxiliar na democracia.

É importante retomar que foi através das Guerras Mundiais que a tecnologia se desenvolveu através da indústria bélica, com o seu término, essa evolução continuou nos mais variados setores da sociedade. Hoje, não há limites de sua atuação, a sociedade já conta com um banco de dados infinito (*Big Data*), e com a possibilidade de realizar operações financeiras sem um intermediário ou custos de transação (*criptomoedas*).

Outra novidade foi o desenvolvimento da Tecnologia *Blockchain*, que é uma tecnologia de registro distribuído, como um livro-razão, capaz de fazer registros de transações de forma confiável e imutável.

Ela possui atuação em diferentes áreas, como a ciências exatas da computação, engenharias, ciências da saúde, setor registral, e até mesmo para as ciências sociais, visto que se encaixa em operações burocráticas, onerosas, ou com falhas na segurança, portanto, se mostra viável para o ambiente político.

Explora-se, a possibilidade de implantá-la como um instrumento de auxílio em práticas que visem a participação popular.

Portanto, o artigo tem como objetivo analisar se a tecnologia *Blockchain* pode ser uma aliada da cidadania e participação da população na tomada de decisões do Estado, a fim de garantir um processo democrático transparente e eficaz.

Para que o objetivo delimitado seja alcançando, e esperando que o leitor tenha uma construção didática racional, o artigo foi divido em três segmentos: o primeiro destaca conceitos elementares para o entendimento da tecnologia *Blockchain*. Através desse capítulo recupera-se o seu surgimento, sua estrutura básica de funcionamento, suas funções, custos e aplicação prática.

Após, no segundo momento, aborda-se a democracia, procura-se entender seus instrumentos, crises e falhas.

Por fim, tendo aprofundadas as noções de *Blockchain* e Democracia, procura-se trazer as características e possibilidades de uso da tecnologia e assim, ultrapassar os defeitos do inerentes a um modelo deficiente estatal.

Utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, considerando que a problemática deste trabalho é a investigação de um objeto recente, com poucos estudos, e desta forma, espera-se suscitar a problemática, a fim de constituir hipóteses a serem aprofundadas futuramente.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 ESTADO DA ARTE

[387] Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Unicuritiba. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.

[388] Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Coordenador e professor titular do Programa de Pós-Graduação de Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA.

Realizou-se um levantamento dos trabalhos já publicados sobre a temática de interesse na base de dados do "Google Acadêmico", plataforma "EBSCO" e na Revista dos Tribunais, outubro de 2020 até abril de 2024, partindo da problemática sobre como as funções da tecnologia *Blockchain* podem auxiliar na democracia.

Os descritores utilizados foram: "*Blockchain*; democracia; participação popular e cidadania".

O período considerado para este levantamento foi de 2015 até 2024, uma vez que esse tipo de tecnologia começou a ser explorado em artigos e livros durante esse período.

Destaca-se que o estudo do uso da tecnologia avançada nesse momento é necessário, pois representa a modernização de procedimentos utilizados pelas empresas, e assim, irá solucionar diversos problemas sociais.

2 APRESENTAÇÃO DOS DADOS

2.1 CONCEITOS ELEMENTARES DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

A tecnologia é definida como o desenvolvimento de procedimentos técnicos que auxiliam na evolução na civilização, em outras palavras, é a união da técnica com os procedimentos científicos.

Esse era o mesmo propósito de René Descartes (1996), o qual dava sentido objetivo e sistemático para as técnicas empregadas no processo de produção.

Com a vinda da quarta Revolução Industrial, surge uma das principais mudanças nesse cenário, que é a substituição da tecnologia mecânica para a analógica.

Outro marco é o surgimento da internet, que iniciou no contexto da Guerra Fria entre os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Destaca-se esse marco histórico, em que os militares e pesquisadores norte-americanos desenvolveram o projeto *Advanced Research Projects Agency*, visando a criação de um sistema de informação e comunicação de proteção contra os adversários. Sua evolução resultou no *Advanced Research Projects Agency Network*, sendo a primeira rede de computador para fazer transmissão de dados e ligação de departamentos de pesquisa (Darpa, 2021, portal eletrônico).

O avanço científico não foi apenas para fins militares, ele se deu com o desenvolvimento célere da medicina, e com aparelhos presentes no cotidiano, conforme ensina a professora Kenski, "Em muitos casos, é na pesquisa e produção de novos armamentos e equipamentos militares que os órgãos de dessa dos países desenvolvidos descobre (algumas vezes acidentalmente, mas nem sempre) uso domésticos para os mesmos produtos" (Kenski, 2007, p. 17).

Nesse cenário de evolução e desenvolvimento, em 1990, surge o *World Wide Web*, através do cientista e professor do Massachusetts Institute University, Timothy John Berners-Lee (Santos et al, 2016).

Após a descoberta pela *Web*, a comunidade cientifica deparou-se com o infinito de possibilidades criativas, e aliado aos descobrimentos de materiais primas, desenvolveram a tecnologia sem precedentes.

Portanto, ainda nesse mesmo contexto da Era da Velocidade – assim como denominou Chaplin – surge a Sociedade da Informação, com início na década de 70 a partir da informatização nas principais cidades ocidentais e o desenvolvimento da computação. É marcada pela informação como matéria prima, o predomínio da lógica de redes e a crescente convergência de tecnologias de diversas áreas (Werthein, 2000).

Atualmente, já é possível afirmar que a sociedade iniciou uma nova fase, que é marcada pelo avanço da biotecnologia, da tecnologia molecular, robótica, *Machine learning* etc.

Infelizmente, não há estudos jurídicos aprofundados acerca dessas modalidades, de modo que, é importante destacar as diferenças dessas tecnologias para que o leitor não confunda os conceitos e funções que serão, futuramente, abordados nesta pesquisa.

Portanto, passa-se a expor a diferença entre as tecnologias oriundas da nova fase da Sociedade da Informação, tem-se nela a:

a. A Computação ubíqua também é conhecida como UbiComp (*Ubiquitous Computing*), e é a computação onipresente. Ou seja, os computadores fornecem informações e dados em qualquer lugar através de uma rede de microprocessadores que disponibilizam a informação em redes públicas.

Ela pode ser explorada em diversos setores, desde educação, residências, medicina, organizações, e resoluções com problemas reais (Lopes, 2017, p. 42).

b. A *Machine learning* é uma das tecnologias mais importantes para esse trabalho pois sua abordagem permite o reconhecimento de padrões e a computação realiza estatísticas e análises para automatizar a tomada de decisão. A computação em nuvem, o Big data e Inteligência artificial são subclasses que a compõem e juntas geram um impacto para além do campo da Tecnologia da Informação (IBM, 2021, portal eletrônico)

c. A Biotecnologia pode ser conceituada como: "qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica" (ONU, Convenção de Biodiversidade 1992, Art. 2).

A utilização reiterada dessa tecnologia se dá no âmbito da saúde, extrai-se de estudos da consultoria Deloitte, que a biotecnologia "representa hoje cerca de 27% do mercado global. A expectativa é que em 2024 esse número aumente para 31%. Isso se deve a fatores como o envelhecimento da população mundial e o crescimento no número de doenças crônicas" (Biotechtown, 2021, portal eletrônico).

d. A Impressão 3D é uma tecnologia que transforma um projeto digital em um produto, com camadas de plásticos ela permite criar qualquer tipo de objeto.

e. A Robótica constitui o design e o desenvolvimento de sistemas mecânicos que podem operar de maneira autônoma ou semiautônoma. A robótica não é uma nova tecnologia, porém, se aliada a uma atual, poderá trazer grandes avanços para a sociedade.

f. Nanotecnologia abrange a engenharia molecular, é a habilidade de "manipular átomos e moléculas individualmente para produzir materiais nanoestruturados e microobjetos com aplicações no mundo real" (Bastos, 2006).

A ascensão dessas tecnologias, coadunada com sua função estrutural, mudarão a civilização e a maneira que a sociedade vive. Suas funções não se limitam apenas ao movimento do mercado e meios de produção, juntas possuem finalidade abrangente, vinculando diretamente a questões sociais e políticas, e por isso é necessário que o pesquisador estude como cada uma delas poderá afetar a comunidade em que vive.

Por questões metodológicas, optou-se por delimitar a pesquisa para a tecnologia Blockchain, que surgiu em 1991, quando Stuart Saber e W. Scott Stornetta descreveram o funcionamento de uma cadeia de blocos criptografada em sua pesquisa cientifica intitulada de "*How to Time-Stamp a Digital Document*", publicada no *Journal of Cryptography* (Stuart et al, 1991)

Para instrumentalizar as informações expostas na pesquisa, os cientistas tinham instituído registrar data e hora em um documento digital, e instrumentalizaram a ideia no registro semanal do Jornal *The New York Times*, e assim, toda edição do jornal é um registro distribuído, sendo que "para ocasionar a alteração é preciso ter acesso a todas as edições do jornal" (NYSSCPA, 2019).

Adotam a nomenclatura de *Blockchain*, sendo que seu conceito literal, em português, significa uma cadeia de blocos que são ligados por meio da criptografia[389]. Cada bloco possui um número de identificação denominado de função *hash*[390], e dessa forma, a informação é preservada

[389] A criptografia é a ocultação de informação, por meio de códigos, garantindo que somente o remente e destinatário entendam seu conteúdo.

[390] É uma função matemática, de uma operação criptográfica que gera identificadores únicos e irrepetíveis a partir de uma determinada informação.

intacta, sendo impossível modificar os blocos sem alterar toda a cadeira anterior. Ou seja, é uma grande base de dados segura, em que cada informação valida a anterior.

Esse tipo de rede é descentralizado, excluindo totalmente o intermediário da relação, e assim, ao não depender de uma organização se atinge a independência da burocracia.

Seu funcionamento se dá como um livro razão com informações imutáveis, que valida a autenticidade e integridade dos dados sem a utilização de terceiros. Essas informações podem ser de cunho diferenciado, ou seja, podem ser econômicas, acadêmicas, pessoais. Carvalho destaca a importância dessa tecnologia para esse momento:

> em um mundo globalizado, em que barreiras geográficas e temporais são descartadas, e no qual se espera uma troca de ideias, hipóteses, dados e resultados com grande agilidade, a comunicação científica tem diversos pontos para serem aperfeiçoados, nos mais variados aspectos. Tais pontos são observados, por exemplo, nas fraudes do processo de revisão de pares, na inflexibilidade dos periódicos científicos e no controle do autor sobre o histórico dos documentos após sua submissão em periódicos ou afins. Assim, Rossum (2017), bem como outros autores, aponta para a tecnologia *Blockchain* como uma possível solução para esses problemas encontrados. Há também a expectativa de criação de novos modelos de sistemas de informação que possam dar suporte a processos específicos da área (2017, p. 15 e 16).

Nessa esteira de entendimento, resume-se que através dessa tecnologia tem-se segurança de computadores, que gera informações confidenciais com integridade. Pelo fato de contar com uma arquitetura descentralizada os registros não precisam ser armazenados em um servidor apenas, e os dados não podem sofrer modificações, portanto, não haverá fraudes aos sistemas.

Ainda, a tecnologia é muito versátil e não há registros de todas as formas de sua utilização, conforme corrobora a explicação de José Humberto Fazano Filho:

> As aplicações que surgem hoje, e são incipientes, vão do registro de terras, às atividades notariais, das finanças e da atividade bancária em geral, passando por uma nova roupagem para a indústria da música e com ambições também no contexto dos direitos humanos e nas defesas e garantias constitucionais. Prescindir de um intermediário é uma das características que dá folego e promove a defesa da aplicação das redes *Blockchain*, nos mais variados contextos (2018, p. 2).

Deste modo, é uma tecnologia em constante evolução, Swan informa que há três categorias de evolução, sendo elas:

> *Blockchain* 1.0: aplicações em criptomoedas, como Bitcoin.
> *Blockchain* 2.0: usos relacionados a contratos de todo o tipo, que vão muito além de transações em dinheiro. Nessa utilização podem ser realizados contratos relacionados a ações, empréstimos, hipotecas, títulos e contratos inteligentes;
> *Blockchain* 3.0: categoria que compreende as aplicações que vão além dos usos mencionados anteriormente. Nesta, destacam-se as áreas governamentais, de saúde, ciência, literatura, cultura e artes (2015, p. 128).

Assim, tendo conhecimento sobre o potencial dessa tecnologia, passa-se a expor de que forma ela poderá auxiliar na cidadania popular, principalmente, para o âmbito nacional.

2.1.2 A CRISE NA SOBERANIA E A FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA

O doutrinador Paulo Bonavides expõe a ocorrência de quatro crises na constitucionalidade brasileira, sendo a crise constituinte, a crise constitucional, a crise de soberania e a crise da unidade nacional.

Suscintamente, o autor expõe que a crise constituinte possui como sintoma a facilidade em editar medidas provisórias com força de lei, usurpando-se a legitima função do legislador e quebrando o princípio de separação de poderes. Ademais, o executivo, ao assumir funções que não lhe são inerentes, deturpam os demais poderes, atingindo até o judiciário, considerando a inviabilidade funcional das cortes de justiça (Bonavides, p. 4). O autor expõe que:

> A Crise constituinte, uma vez introduzida no organismo do Estado, entra a minar, simultaneamente, dois princípios indeclináveis da ordem jurídica: os princípios da legalidade e da legitimidade, até fazer o regime transitar da Constituição para a ditadura, da liberdade para a autocracia, do direito para o crime, da lei para a opressão. Mas ainda que dissolva as instituições, ela não dissolve a nação (p. 47).

A crise constitucional é a segunda modalidade de crise, e refere-se a crise na própria Constituição (p. 45), que segundo o Autor não ocorre em países de primeiro mundo pois o próprio texto constitucional viabiliza meios jurídicos para manutenção da estabilidade, ao passo que em países atrasados nota-se o extrapolamento das raias jurídicas da Constituição, que se irradia para todos os quadrantes do sistema, como é o caso no cenário nacional, conforme bem assevera Bonavides:

> Isto já não se verifica em países onde o atraso político é considerável. São eles o teatro preferencial da crise constituinte. Primeiro ela se instala nos seus bastidores e alimenta a crise constitucional antes de trazer ao palco os protagonistas da tragédia. Conforme vimos noutro lugar, o Brasil nasceu de uma crise constituinte e nela permanece em estado latente (p. 46).

Visto isso, passa-se a expor a crise da soberania, que é considerada a ameaça mais grave das demais mencionadas, ela conduz o Estado à secessão e ao desmembramento, é o final da crise da unidade nacional. Em ambas as crises se finda a conservação da identidade. Segundo o autor "é que essa crise se aprofunda gerando outra, muito mais grave, a saber, a de unidade nacional, designamente oriunda da debilidade da soberania" (p. 50).

E essas crises relacionam-se diretamente com o Estado de Direito, pois, a Constituição é a essência da legitimidade, e se não há legitimidade plena, não há democracia, e assim, extingue-se o Estado de Direito.

Nesse sentido, tem-se a necessidade de salvar a legitimidade, para assim, restituir a autoridade do Estado Democrático de Direito.

Para José Laurindo de Souza Netto, é necessária uma mudança no sistema político, principalmente, no que diz respeito à representatividade. Vale mencionar que:

> Para um país que adota como regime o modelo democrático de direito, a soberania não pode advir de nenhum outro lugar, senão do povo. Se assim não for, pode ser qualquer outra coisa, menos democracia. Aliás, democracia sem a participação do povo não passa de ideologia, e sabe-se bem que ideologias, além de não serem capazes de atender os anseios do povo, sempre acabam mal. A experiência mostra que, em nome de ideologias de grupos minoritários, costuma-se pagar um alto preço (Souza Netto, p. 261, 2024).

Regina Ferrari (1997, p. 223) comunga da mesma opinião ao sustentar que o princípio democrático supera a ideia básica que é apenas a escolha de representantes, ela destaca que a democracia-participação é o próprio meio para a consolidação da democracia.

Canotilho (Canotilho; Moreira, 1991), no mesmo raciocínio alega que o princípio democrático se constitui de alguns subprincípios, quais sejam, o da soberania popular, o da representação, o da separação dos poderes, o do sufrágio, o da representação proporcional, o da democracia semidireta e o do pluralismo político e direito de oposição.

Isso tudo pode ser resumido como "Cidadania Popular", que é o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação e participação eficaz da população.

A conceito de cidadania origina-se da Grécia Antiga, que na época, concedia apenas a uma pequena parcela da sociedade, enquanto os demais não possuíam direito e integrar e decidir as questões sociais, com o decurso do tempo - um conceito se desenvolveu para garantir a possibilidade de uma maior participação do povo.

A Constituição Federal de 1988 abarcou esse ideal em seu texto, positivando em seu Artigo 1º que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta constituição".

Ressalta-se que esse dispositivo se refere ao regime de governo democrático, que se reveste da forma representativa (indireta) e semidireta. Em ambos os casos o titular do poder é o povo, todavia na democracia representativa o poder não é exercido de forma direta, mas é outorgado a governantes eleitos.

Cumpre ressaltar que há diversas formas de participação direta no processo democrático, pode ser realizada na forma plebiscito, referendo e iniciativa popular, nos termos do art. 14. Outras formas de consultas públicas também se encaixam no conceito, à exemplo cita-se o estudo realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais, que destaca:

> o aumento da participação popular na elaboração das políticas aumenta sua eficácia, ampliando o acesso aos serviços públicos e melhorando o desempenho administrativo. O estudo analisou o acesso a serviços públicos de saúde e educação em cidades com mais de 100 mil habitantes e constatou que aquelas com maior participação popular apresentaram, em proporção à população, um número três ou quatro vezes maior de creches e de matrículas no ensino fundamental, além de um número de consultas e de leitos do SUS 10% superior às outras. Seu desempenho administrativo também era melhor: com uma receita corrente 70% superior às dos municípios com baixos níveis participativos, os mais participativos tinham uma receita tributária 112% maior (IPEA).

No entanto, apesar dos benefícios, e da Constituição Federal disponibilizar os instrumentos citados, percebe-se a falta de confiabilidade nos processos eleitorais, exigindo um aprimoramento nos sistemas de votação, conforme passa-se a expor no próximo capítulo.

3 INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DA BLOCKCHAIN

No tocante à democracia, viu-se que é necessário mais do que legitimar o povo, é fundamental instrumentalizar a participação daqueles no poder. Nesse contexto, a publicidade dos atos estatais apresenta-se como um de seus pilares (MACIEL, 2019, p. 39).

Considerando que a sociedade vive na era de tecnologia é vital que o Estado a adote para tornar as deliberações políticas mais próximas da sociedade, assim passa-se a analisar de que forma as funções da Blockchain podem contribuir para os pilares democráticos. Um dos primeiros pontos positivos da tecnologia é que através dela se:

> cria uma inovação cívica ao dar voz a comunidades e facilitar serviços de solidariedade. A democracia representativa se beneficia com a atuação da população através dessa tecnologia já que a participação ocorre por meio de uma rede descentralizada e distribuída em que o povo atua e entra em consenso. O blockchain aparece como um canal que permite diversos agentes entrar em comum acordo de vontades em prol de um objetivo comum e como já foi dito com mecanismos de segurança que garantem o combate a corrupção dos dados (Silva Et Al, 2019, p. 57).

No caso do sistema eleitoral, a tecnologia também não deixa a desejar. Alguns países, como Estados Unidos, Dinamarca e Austrália já possuem projetos pilotos para o uso do Blockchain para a votação.

Em 2018, especificamente no distrito oeste de Freetown, capital de Serra Leoa, foi realizada a primeira experiência em eleições no mundo. Cerca de 280 centros de votação realizaram

processos de contabilidade de votos em Blockchain. Os votos, apesar de estarem contidos em cédulas, eram registrados manualmente na rede da empresa suíça Agora (fundação para democracia digital).

Nesse sentido, o canadense Don Tapscott, consultor especializado em estratégia corporativa e transformação organizacional, alega que na política, o Blockchain pode ser visto como um "objeto democrático". Tapscott diz que

> o sistema de votação tradicional nos EUA, por exemplo, pode ser corruptível, sem contar os problemas técnicos, o que pode resultar na exclusão da vontade eleitoral de uma grande parcela da população. "Quando falamos de Blockchain e política, o que se pode afirmar é que a tecnologia evita esses inconvenientes e oferece um voto incorruptível e permanente, onde o resultado é transparente e de fácil acesso a todos. Por que não utilizar a tecnologia para mudar as instituições democráticas e, consequentemente, dar uma cara nova para o sistema eleitoral? (FORBES, 2018)

Outro ponto, seria sua aplicação através dos *smarts contracts* dentro das eleições, de modo a automatizar a rede, garantindo que o candidato cumpra suas promessas de campanha através dos contratos inteligentes.

A exemplo disso, o Japão na cidade de Tsukuba (AB2L.ORG, 2018, Portal eletrônico), recentemente realizou um teste com um sistema de votação baseado na Blockchain.

> Para participar, os eleitores tiveram que ter um documento, o My Number Card – um número de identificação de 12 dígitos emitido para todos os cidadãos do Japão, incluindo residentes estrangeiros, introduzido em 2015. De acordo com o site oficial da cidade de Tsukuba, a eleição funcionou de forma similar ao processo norte-americano, em que os eleitores escolhem os candidatos e também votam a respeito de temas diversos. Os residentes poderiam escolher, entre uma lista de 13 iniciativas propostas, quais eles gostariam de apoiar.

Outro ponto sobre sua utilidade, refere-se à publicidade dos afazeres do Estado, que é um direito básico do Estado Democrático:

> através do sistema blockchain ao passo em que dá aos cidadãos o direito de conhecer quais são as reais intenções daquele que se diz representar a coletividade, também permite conhecer o paradeiro do dinheiro público detalhadamente e, em caso de desvio de finalidade pública, possibilita à Polícia, aos Ministérios Públicos e ao Poder Judiciário agir mais rapidamente para minimizar os danos ao erário (Maciel, 2019, p. 38).

Um modelo prático foi o teste realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), durante as eleições brasileiras municipais de 2020, o Tribunal selecionou 26 empresas, cada uma com uma solução diferente, para apresentarem seus projetos de como o processo eleitoral poderia ser aperfeiçoado. Segundo o presidente do TRE-SP, o grande desafio é garantir a segurança do processo eleitoral, alegou que:

> Evidente que um dos pontos negativos e que tem que ser muito avaliado é como é que a gente garante o voto livre e esclarecido em um ambiente que não tem qualquer tipo de fiscalização. É por isso que eu digo, não existe ainda nenhum projeto piloto, nem estudos em andamento, o que existe é a oportunidade de as empresas apresentarem os seus projetos e eventualmente apresentarem sistemas de segurança que o voto é livre e esclarecido mesmo sendo a distância (EXAME, Portal Eletrônico, 2020).

Uma das soluções que se destacaram foi da IBM, cujo sistema foi desenvolvimento para ser validado da mesma forma que ocorre hoje, por meio de um fiscal em uma zona e seção eleitorais específicas. A mudança ocorre na forma de votação, que, ao invés de uma urna, utiliza um tablet. O processo também modifica a forma como o voto é registrado que, no caso da IBM, propõe uma

solução em Blockchain, assim, depois que o eleitor realiza o voto, ele é registrado na rede e pode ser conferido após a votação.

Além disso, não haveria óbices jurídicos, pois o art. 59 da Lei das Eleições, referido, indica apenas que a votação e a totalização serão realizadas por sistema eletrônico, sem indicar explicitamente qual tipo de sistema eletrônico será utilizado.

CONCLUSÕES

Considerando o exposto na pesquisa, nota-se que há benefícios ao implantar a tecnologia Blockchain na sociedade.

São inúmeros os reflexos que serão gerados na participação popular, e na democracia em si, afinal, através da tecnologia será possível melhorar a participação da população no processo decisório, gerando até uma maior fiscalização do que está sendo debatido.

Além disso, ela torna a democracia barata, pois retira os custos adicionais inerentes as urnas eletrônicas, e aumenta significamente a participação eleitoral, uma vez que facilita a votação por meio de dispositivos.

Apesar de Paulo Bonavides expor que "Fora da Constituição, não há nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições" (Bonavides, P. 13), expondo que manter a democracia é desafiador, espera-se, com esse trabalho, mudar essa ótica.

A tecnologia Blockchain não será a solução de sobrevivência, mas pode ser uma ferramenta que auxilie na tutela a democracia, afinal é um sistema de armazenamento de dados descentralizado, que tem como principais características a imutabilidade digital, a garantia da identidade do usuário e autenticidade das informações ali apresentadas, tornando-a imutável, impossibilitando fraudes e corrupções à informação/dado registrado.

Desta forma, conclui-se que o uso do Blockchain pode ser benéfico para o contexto social brasileiro, pois permitirá uma maior confiança no processo de obtenção dos dados das pessoas e, consequentemente, haverá uma participação social segura.

REFERÊNCIAS

AB2L. Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. **Cidade do Japão realiza testes com sistema de votação baseado em Blockchain**. Disponível em: https://ab2l.org.br/cidade-do-japao-realiza-testes-com-sistema-de-votacao-baseado-em-blockchain/. Acesso em: 29/05/2021

BASTOS, RICARDO MARTINS DE PAIVA Nanotecnologia: **Uma revolução no desenvolvimento de novos produtos** [Juiz de Fora] 2006 VII, 28 p. 29,7 cm (Curso de Engenharia de Produção / UFJF, Engenharia de Produção, 2006) Monografia - Universidade Federal de Juiz de Fora, Coordenação de Curso de Engenharia de Produção

BIOTECHTOWN. **O Que É Biotencologia**. Disponível em: https://biotechtown.com/blog/o-que-e-biotecnologia/

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao país neocolonial**. A derrubada da Constituição e a reconolização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

Carvalho, L. R. **Tecnologia Blockchain e as suas possíveis aplicações no processo de comunicação científica**. Monografia em Biblioteconomia e Ciência da Informação. Universidade de Brasília, p. 15 e 16 apud ROSSUM, Joris Van. Blockchain for research: perspectives on a new paradigma for scholarly communication. Londres: Digital Science, 2017. p. 17

DESCARTES, R. Discurso do Método. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

EXAME. **TSE testa projetos para 'eleições do futuro' baseados em Blockchain**. Disponível em: https://exame.com/future-of-money/blockchain-e-dlts/tse-testa-projetos-para-eleicoes-do-futuro-baseados-em-blockchain/ Acesso em: 29 maio 2021

FAZANO FILHO. J. H. **PERSPECTIVAS PARA A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 81/2018, p. 141 – 158.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão**. In: GARCIA, Maria (coord.). Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 209-254.

FORBES. **O blockchain vai mudar a economia e a democracia**. https://forbes.com.br/principal/2018/11/por-que-o-blockchain-vai-mudar-a-economia-a-democracia-e-a-sociedade/ Acesso em: 10/06/2021

IBM. **Machine Learning e Ciência de dados com IBM Watson**. Disponível em: https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning

Informação extraída do portal DARPA. Disponível em: https://www.darpa.mil/

IPEA. Participação Popular - **A construção da democracia participativa**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2493:catid=28&Itemid Acesso em: 10/06/2021

KENSKI, V. M. Educação e tecnologias: **O Novo Ritmo da Informação**. 3. ed. São Paulo: Papirus, 2007, p. 17

LALANDE, A. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1996

LOPES, Bárbara Eliza Vilela. **COMPUTAÇÃO UBÍQUA**: LIMITAÇÕES E DESAFIOS. JOÃO MONLEVADE 2017. Monografia. Curso Sistemas de Informação do Instituto de Ciências Exatas e Aplicadas, da Universidade Federal de Ouro Preto.

MACIEL. BLOCKCHAIN E DEMOCRACIA: A NOVA TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CIDADANIA. **Revista de Direito**, Governança e Novas Tecnologias | e-ISSN: 2526-0049 | Belém | v. 5 | n. 2 |p. 22-42| Jul/dez. 2019.

NYSSCPA. **Inventors of *Blockchain* Explain Project's Humble Beginnings, Sound Warnings About Its Future.** Disponível em: https://www.nysscpa.org/news/publications/the-trusted-professional/article/inventors-of-*Blockchain*-explain-project's-humble-beginnings-sound-warnings-about-its-future-102919 Acesso em: 06 nov 2020

SANTOS, Miriam Cristina Fava; CATARINO, Maria Elisabete. 25 anos da web e o marco civil da internet: apontamentos sobre o livre acesso à informação, a liberdade de expressão e a privacidade. **Comun. & Inf**., Goiânia, GO, v. 19, n. 1, p. 05-19, jan./jun. 2016

SILVA, Ailton Gomes da; SANTOS, Jackson Paulo de Lima e FRANKLIN, Priscila Pinheiro. Blockchain como alternativa para contornar os vícios da democracia representativa. **Revista do CAAP**. N.1, volume XXIV, 2019.

SOUZA NETTO, José Laurindo. Os paradoxos da democracia ideológica à luz do pensamento de Espinosa e a infocracia de Byung-Chul Han. **Paraná Eleitoral** v.13 n.1 p. 247-258

STUART, H. W. S. S. **How to Time-Stamp a Digital Document. Jounal os Cryptology**, 1991

SWAN, M. ***Blockchain***: blueprint for a new economy. Sebastopol: O`Reilly, 2015, p. 128

Tapscott, D., & Tapscott, A. **Blockchain revolution**: how the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world, 2016, p. 1

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000

WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, [S. l.], v. 29, n. 2, 2000. Disponível em: http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889. Acesso em: 9 junho. 2021.

O ASSÉDIO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO E A NOVA PERSPECTIVA À LUZ DA CONVENÇÃO N° 190 DA OIT.

Eduardo Henrique Xavier da Silva[391], Felipe Guzik [392]

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo analisar o conceito de assédio moral no ambiente do trabalho no Brasil e como ele é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como trazer a nova perspectiva à luz da Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Sabe-se que o ambiente de trabalho deve ser um local de respeito, cooperação e equidade. Infelizmente, em muitos casos, essa realidade é afetada pelo assédio, forma de violência esta que pode ser física ou psicológica, bem como causa de danos profundos aos trabalhadores.

Com o intuito de auxiliar na compreensão dos fundamentos para análise da nova perspectiva trazida pela Convenção n.º 190 da OIT, far-se-á uma breve revisão dos conceitos e critérios utilizados pela doutrina para definição do assédio moral do trabalho, pois seu conceito é extraído em comparação ao conceito de violência.

No contexto brasileiro, o assédio é uma questão complexa e envolve diversos aspectos legais e normativos. As legislações vigentes, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas, a Constituição Federal e o Código Civil, tratam do tema, porém de forma genérica e sem uma definição específica. Contudo, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a existência desse fenômeno e tem aplicado medidas de proteção às vítimas.

O conceito de assédio moral aceito até o momento pela doutrina e jurisprudência brasileira tem exigido a repetição e sistematização da conduta assediadora para sua configuração. Ato contínuo, a inovação trazida pela Convenção n.º 190 da OIT tem provocado grandes debates diante do novo conceito trazido em seu cerne.

A Convenção n.º 190 provoca um descompasso entre o entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileira na questão da habitualidade. Em suma, o texto define os conceitos de violência e assédio seja pela ocorrência da conduta abusiva de maneira isolada ou repetidas vezes.

Segundo a Convenção, *a violência e o assédio se referem a comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças desses, que visam, resultam ou podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, seja quando se manifestam uma só vez ou de maneira repetida. Abrangem a "violência e assédio baseado em gênero"*, que é aquela violência ou assédio dirigida a pessoas por causa de seu sexo ou gênero, ou que afeta pessoas de um determinado sexo ou gênero de forma desproporcional, e inclui assédio sexual (art. 1º, C.190/OIT)[393].

O presente estudo defende que a Convenção n.º 190 da OIT constitui um importante instrumento internacional de proteção ao trabalhador, especialmente no tocante ao combate ao assédio moral e de que maneira a internacionalização das suas ideias e conceitos podem ampliar a proteção jurídica do trabalhador em face das inúmeras formas de violência e assédio no mundo do trabalho.

---

[391] Graduado em Direito pelo UNICURITIBA, Pós-graduado em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA, Advogado inscrito na Seccional da OAB/PR, Assessor na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

[392] Graduado em Direito pelo UNICURITIBA. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Advogado e Membro da Comissão de Direito do Trabalho da Seccional da OAB/PR.

[393] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 190**. [*S. l.*], 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.

1 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: HISTÓRIA

A figura do assédio moral é um fenômeno enraizado no mundo laboral desde os primórdios da sociedade. Entretanto, somente a partir da década de 80, houve uma ampliação sobre as discussões acadêmicas, em especial por juristas, psicólogos, médicos e estudiosos da saúde do trabalhador.

Os estudos acerca do assédio moral ganharam força e espaço e análise no final do século XX, com as pesquisas realizadas por Heinz Leymann que introduziu o conceito de "*mobbing"* para descrever as formas cruéis de assédio dentro das organizações empresariais[394].

O termo *mobbing* vem do verbo inglês *"to mob",* que significa maltratar, atacar, perseguir, sitiar. O substantivo "*mob*" significa multidão, turba. Quando utilizado com a inicial maiúscula (Mob), esse substantivo batiza a máfia.

O autor escolhe este termo para distinguir esta forma de violência psicológica entre adultos *"mobbing"* e adolescentes *"bullying"*. Neste sentido, o autor sugere reservar a palavra *"bullying"* para atividades entre crianças e adolescentes na escola e reservar a palavra *"mobbing"* para o comportamento adulta[395].

Nesta época, outras palavras também encontradas na literatura de língua inglesa para designar o assédio moral eram *harassment* e *psychological terror* (terror psicológico).

A denominação "assédio moral" foi utilizada pela primeira vez em 1998 por Marie-France Hirigoyen pelas obras *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano e Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*.

Marie-France é psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta, formada em vitimologia. A autora apresenta o debate dessa situação então reconhecida como algo recorrente no mundo do trabalho sob o ponto de vista da vítima e seu sofrimento. Ela também descreve o perfil do agressor e da vítima, sem descuidar, contudo, das características empresariais facilitadoras do assédio moral. Por fim, sugere formas de prevenção e solução do conflito partindo desse enfoque individual.

Em junho de 2000, a Comissão Nacional Consultora dos Direitos do Homem, apresenta três formas de assédio moral no trabalho, com influência dos trabalhos realizados dentro do Ministério de Emprego e Solidariedade da França, sendo eles: a) assédio institucional, que faz parte de uma estratégia de gestão de pessoas; b) assédio profissional, delineado contra um ou mais trabalhadores e destinado a afastar os procedimentos legais de afastamento; e c) assédio individual, praticado com a finalidade de destruição do outro, seguindo a classificação de Marie-France Hirigoyen como assédio perverso[396].

Em 2002, Hirigoyen propõe uma nova definição para os grupos de trabalho no poder legislativo da França:

> [...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho (p.17).

O primeiro conceito não previa a necessidade de repetição e sistematização da conduta abusiva, porém, este segundo conceito passou a ser conhecido e amplamente utilizado no Brasil, compondo diversos estudos, decisões judiciais e trabalhos acadêmicos sobre o tema.

Desta maneira, os mais diversos tribunais brasileiros se referem à necessidade de reiteração e sistematização para o reconhecimento e configuração do assédio moral, embora tenham desconsiderado qualquer definição sobre lapsos temporais ou frequências para tal aplicabilidade. Por certo, a lei brasileira não exime a responsabilidade do empresário em caso de agressão por força do prazo ou periodicidade nas condutas ilícitas. A periodicidade e a

---

[394] CALVO, Adriana. Manual de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p.417.
[395] ZAPF, Dieter; LEYMANN, H. Foreword. European Journal of Work and Organizational Psychology, v. 5, n. 2, 1996, p. 161-164.
[396] HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 2002, p. 81.

sistematização da conduta inaceitável são qualidades que poderão ser avaliadas apenas para a definição de valores indenizatórios ou acentuar a gravidade da agressão.

2 DEFINIÇÕES DE ASSÉDIO MORAL SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA BRASILEIRA

No contexto brasileiro, conforme apresentado anteriormente, embora não exista uma lei específica para definição do assédio, os tribunais em larga maioria adotam a necessidade de reiteração e sistematização da conduta atípica para configuração dele, muito por influência da corrente francesa proposta por Marie-France Hirigoyen.

Conforme destaca Adriana Calvo, a pesquisa realizada pela médica Margarida Maria Silveira Barreto, responsável por apontar o enraizamento do assédio moral nas relações de trabalho e entrevistar mais de 2000 trabalhadores de 97 empresas durante um período de quatro anos, demonstrou que 870 pessoas apresentam histórias de humilhações no trabalho em razão de terem sofrido acidente de trabalho ou simplesmente por terem adoecido. Seu trabalho médico foi pioneiro no Brasil e contribuiu muito para os estudos sobre assédio moral[397].

O assédio moral no trabalho vem sendo largamente analisado pela doutrina brasileira e diversas são as conceituações apresentadas sobre o tema, diante da ausência de legislação específica para tratar sobre o assunto.

Rodolfo Pamplona Filho e Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos definem o assédio moral como a tortura psicológica perpetradas por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade e integridade física e mental da pessoa[398].

Para Maria Aparecida Alkimim o conceito de assédio moral, também conhecido como terrorismo psicológico, é uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho e que consiste na prática de atos, diretos e indiretos, de forma sistêmica ou prolongada, podendo existir na modalidade vertical, horizontal ou ascendente, de acordo com a figura do assediador.

Segundo Dallegrave Neto[399], é importante registrar a falta de regulamentação do assédio moral como conduta criminal típica, não obstante, existe a possibilidade de reparar os danos materiais e morais decorrentes dessa prática abusiva com fundamento no artigo 1.º, III; artigo 3.º, IV e, sobretudo, artigo 5.º, X, todos da Constituição Federal.

Para Márcia Novaes Guedes[400], *mobbing* ou assédio moral significa todos os comportamentos providos do superior hierárquico ou mesmo dos colegas, que traduzem uma atitude de continua e ostensiva perseguição ao ponto de acarretar danos relevantes às condições da vítima (psíquicas, físicas e morais).

Na prática, são quatro as formas de assédio moral recorrentes no ambiente de trabalho, conforme nos ensina Dallegrave Neto[401], sendo elas: a) cumprimento rigoroso do trabalho como pretexto para maltratar psicologicamente; b) referencias negativas, indiretas e continuadas; c) desprezo e discriminação negativa à vítima por implicância gratuita; e d) provocação do ócio e isolamento forçado no ambiente de trabalho.

Nesta mesma linha, observa-se que aquele que assedia busca desestabilizar a vítima. Por este motivo, o processo é continuado e sutil, pois a agressão aberta desmonta a estratégia sorrateira de expor a vítima a situações humilhantes e desconfortáveis.

Em muitos sistemas jurídicos, o empregador pode ser responsabilizado pelo assédio moral ocorrido no local de trabalho, especialmente se for comprovado que a empresa negligenciou

---

[397] CALVO, Adriana. Manual de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 418.
[398] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Assédio moral organizacional: presencial e virtual. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 50.
[399] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 333.
[400] GUEDES, Marcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. São Paulo: Editora LTR, 2003, p. 33
[401] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 333.

suas responsabilidades de garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável. Segundo Delgado[402], essa responsabilidade é baseada em princípios de responsabilidade civil, nos quais o empregador é considerado responsável pelos atos de seus funcionários no exercício de suas funções.

A jurisprudência brasileira tem desempenhado um papel importante na proteção dos trabalhadores vítimas de assédio. Os tribunais têm reconhecido o assédio moral como uma violação dos direitos fundamentais do trabalhador, emitindo decisões que reforçam a necessidade de combater essa prática e garantir a reparação dos danos causados. A análise de casos específicos pode ajudar a entender como os tribunais têm interpretado e aplicado a legislação em situações de assédio moral.

Desta forma, segundo a grande maioria da doutrina e das decisões proferidas em nossos tribunais, podemos concluir que o objetivo principal do assédio moral é o de criar prolongada situação para excluir a vítima, com evidente traço discriminatório e ilícito.

3 O ASSÉDIO MORAL NA PERSPECTIVA DA CONVENÇÃO 190 DA OIT E A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

A Convenção 190 da OIT representa um giro paradigmático na proteção do trabalhador. Essa norma internacional do trabalho aborda a temática do assédio moral no ambiente de trabalho, podendo influenciar a forma como o direito brasileiro analisa o assunto seja no âmbito da doutrina, seja no âmbito jurisprudencial.

No contexto internacional, a Convenção n° 190 da OIT, adotada em 2019, propõe diretrizes para a prevenção e eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho. Ela define o assédio como uma forma de violência e estabelece a obrigação dos países signatários de adotar medidas para prevenir, proibir e combater o assédio no trabalho, incluindo políticas de prevenção, educação, proteção e assistência às vítimas (OIT, 2019). A referida convenção destaca a importância de criar ambientes de trabalho saudáveis e seguros, onde todos os trabalhadores sejam tratados com dignidade e respeito.

Em conformidade com a Convenção n° 190 da OIT, a definição de assédio e violência é a seguinte: "refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero".

Nessa linha, nota-se que a referida convenção trouxe consigo a definição para o assédio moral, quando conforme supramencionado diz sobre o conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano psicológico.

Ademais, a convenção trouxe uma novidade quanto a violência e o assédio referentes ao gênero, quando ela informa: "o termo "violência e assédio com base no gênero" significa violência e assédio dirigido às pessoas em virtude do seu sexo ou gênero, ou afetam de forma desproporcionada as pessoas de um determinado sexo ou gênero, e inclui o assédio sexual".

Da leitura dos seus artigos, é possível extrair que o objetivo principal não é apenas proteger os empregados em caráter *stricto sensu,* mas também todos que trabalham independentemente da modalidade contratual, alcançando inclusive trabalhadores em treinamento, estagiários, aprendizes, trabalhadores demitidos, voluntários, candidatos a emprego e indivíduos que exercem algum tipo de autoridade, deveres ou responsabilidades de um empregador.

Diante da evolução tecnológica e do crescimento das modalidades de trabalho, a Convenção nº 190 da OIT garante maior abrangência à expressão "violência e assédio", traz um conceito único e abrangente, englobando inúmeros comportamentos, práticas e todo o tipo de ameaças que são inaceitáveis e ferem a dignidade do empregado como ser humano.

---

[402] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores. 18 ed. São Paulo: Editora LTr, 2019, p. 423

Além disso, a referida convenção não apresenta que é necessário comprovar o dolo ou a culpa para caracterização da violência e do assédio, pois sua abordagem é centrada na vítima e na não aceitação de condutas, práticas ou ameaças que possam causar prejuízo ao trabalhador.

As leis e os regulamentos nacionais desempenham um papel importantíssimo para prevenir e erradicar qualquer conduta que possa ferir a dignidade do empregado. É dever do Estado orientar e desenvolver programas de capacitação para levar ao conhecimento de todos o que de fato é o assédio e a violência no trabalho, bem como suas consequências. Deve, ainda, apresentar políticas para prevenir, assegurar a proteção e o apoio a todas as vítimas e inclusive prever sanções para o agente ofensor, conforme determinação do artigo 4º da Convenção.

Por serem instrumentos universais de proteção e valorização do trabalho, as convenções não ratificadas da OIT podem ser consideradas fontes de direito, em especial, dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Arnaldo Süssekind[403] afirma que a convenção ratificada é uma fonte de direito formal, responsável por criar direitos subjetivos, enquanto a convenção não ratificada consiste em uma fonte formal de direito, responsável por nortear a atividade legislativa e judiciária e dos demais setores.

Nessa perspectiva, a convenção 190 da OIT, ainda que não tenha sido ratificada, serve para inspirar o ordenamento jurídico e a jurisprudência brasileira, especialmente no tocante aos casos de assédio moral no trabalho e, consequentemente, ampliar a proteção ao trabalhador.

Vale destacar, ainda, que o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) admite a aplicação do direito comparado nas hipóteses de carência de disposições legais ou contratuais.

A questão do assédio moral no Brasil não conta com legislação própria. Nesse sentido, conclui-se que a Convenção 190 da OIT, uma norma de direito internacional ainda não ratificada, pode ser utilizada como fonte subsidiária do direito pelas autoridades administrativas e pela Justiça do Trabalho.

Assim, os Estados-membros, pelo fato de pertencerem à OIT e mesmo que não tenham ratificado as Convenções fundamentais, têm o dever de observar e promover os princípios e direitos fundamentais, conforme previsto na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.

Portanto, as diretrizes postas na Convenção 190 da OIT estão em consonância com as disposições da Constituição Federal de 1988 no sentido de garantir que condutas abusivas, como o assédio moral, que atentam contra a dignidade da pessoa humana e afetam sobremaneira o equilíbrio do meio ambiente de trabalho, sejam combatidas. Essa compatibilidade reforça a possibilidade da Convenção 190 da OIT servir de modelo para o legislador federal, bem como uma baliza interpretativa para os Tribunais nos casos relativos ao assédio moral no trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio e a violência no ambiente de trabalho são uma questão complexa e multifacetada que exige a atenção de todos os envolvidos. Neste artigo, exploramos a definição e características do assédio e violência no ordenamento jurídico brasileiro em comparação com a Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a qual trouxe novas perspectivas sobre o assunto.

É importante ressaltar que o assédio e a violência não são um problema isolado. Estão enraizados em questões estruturais, culturais e organizacionais que permeiam os ambientes de trabalho. Por isso, além das medidas preventivas e punitivas, é fundamental abordar fatores sistêmicos que contribuem para a perpetuação da violência e assédio em geral.

Com efeito, há uma correlação estreita entre um meio ambiente de trabalho e a saúde física e mental do trabalhador. Desta forma, pode-se concluir que um meio ambiente de trabalho

[403] SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Editora LTR, 2000, p. 181.

cujas normas de segurança e saúde do trabalho são observadas é extremamente relevante e primordial para a garantia do bem-estar do trabalhador.

A Convenção n.º 190 da OIT, partindo de uma perspectiva abrangente, trata das mais variadas formas de violência e assédio no trabalho, principalmente, do assédio moral nas relações privadas do trabalho, evidenciando o papel da OIT em assegurar e garantir direitos mínimos aos trabalhadores, além de buscar ampliar a proteção do trabalhador e buscar o trabalho em sua forma digna.

Em que pese o Brasil ainda não tenha ratificado essa convenção, o fato é que as convenções da OIT não ratificadas são fontes de direito material. A própria CLT, em seu artigo 8º, autoriza a aplicação do direito comparado nos casos de ausência de disposições legais que tratem de determinada matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, não há vedação à aplicação da Convenção 190 da OIT como baliza interpretativa nos julgamentos de casos de assédio moral.

Assim, apesar da carência de legislação federal específica que trate do assédio moral no trabalho, a doutrina brasileira desenvolveu um arcabouço conceitual ao estabelecer elementos caracterizadores do assédio moral e o Poder Judiciário Trabalhista tem julgado os casos apresentados em juízo utilizando-se, predominantemente, da proteção jurídica conferida pela Constituição de 1988.

Não obstante a doutrina brasileira, regra geral, estar em sintonia com as disposições da Convenção n.º 190 da OIT, observou-se que, no tocante à reiteração da conduta abusiva, como elemento essencial para a caracterização do assédio moral, há divergência. Isso porque, na convenção, admite-se que tanto uma única ocorrência quanto repetidos episódios podem caracterizar o assédio moral no trabalho, ampliando assim a proteção do trabalhador de maneira sistêmica.

Assim, defende-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras necessitam de adequação no tocante à questão da habitualidade do assédio moral para admitir que, em determinados casos, as agressões pontuais, inclusive de terceiro alheio à relação de trabalho, por exemplo, possam ser consideradas situações de assédio no mundo do trabalho.

Compreender dessa forma amplia a proteção do trabalhador, além de poder refletir na responsabilização do empregador e no valor a ser eventualmente arbitrado à título de indenização, visto que é de responsabilidade do empregador manter um meio ambiente de trabalho equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de trabalho. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 38.

CALVO, Adriana. Manual de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p.417.

CALVO, Adriana. Manual de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 418.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 333.

DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores. 18. ed. São Paulo: Editora LTr, 2019.

GUEDES, Marcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. São Paulo: Editora LTR, 2003, p. 33.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 2002, p. 81.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 190**. [*S. l.*], 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 9 maio 2023.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Assédio moral organizacional: presencial e virtual. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 50.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Editora LTR, 2000, p. 181.

ZAPF, Dieter; LEYMANN, H. Foreword. European Journal of Work and Organizational Psychology, v. 5, n. 2, 1996, p. 161-164.

COMENTÁRIOS SOBRE O CRIME DE GOLPE DE ESTADO

Adel El Tasse,[404] Gustavo Swain Kfouri[405]

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro tem ao longo dos anos sofrido alterações com o objetivo de adaptá-lo às exigências que surgem na sociedade no seu normal processo evolutivo.

Nesse sentido houve percepção de que movimentos sociais de conteúdo antidemocrático ganharam espaço em diferentes regiões do planeta, com discursos como o surgido na Europa, baseados na xenofobia ou de estrutura político-extremista como algumas construções, independente do viés ideológico, abalizadas em território americano.

Essa percepção trouxe ao cenário parlamentar brasileiro importante debate, o qual desaguou na edição da lei nº 8.147/2021, com o objetivo de, entre outras providências, acrescentar o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Dentre os tipos penais então corporificados, rapidamente demandou estudos e reflexões, o tipo do artigo 359 - M do Código Penal, o qual trata do crime de Golpe de Estado, com a seguinte redação:

> Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído:
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

De maneira introdutória, há que reconhecer o referencial que emerge da visualização do bem jurídico a ser objeto da ofensa: a democracia, na senda do regime constitucional brasileiro.

Do preâmbulo constitucional se denota que a reunião do povo na Assembleia Nacional Constituinte se dirige a instituir um Estado Democrático. Tal sob uma base republicana e estruturado sob o direito, dirigido à realização dos direitos fundamentais elencados do catálogo do art. 5º; fora dele; decorrentes do mesmo regime; dos princípios pela Constituição adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste contexto, a visão do analista deve abrir-se em perspectiva para compreender que o golpe de estado, estendido pela *deposição do governo legitimamente constituído*, pode prescindir de luta armada e que a violência ou grave ameaça poderá decorrer de ação institucional tendente a tal desviado mister.

Tal como giza Paulo Bonavides, "fora da Constituição, não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições" (BonavideS, 2001, p. 13). Ora, nestes termos, toda a ação institucional que viole a Constituição, se traduzirá antijurídica.

---

[404] Advogado Criminal. Desempenha a atividade de Magistério na cadeira de Direito Penal em cursos de pós-graduação em diferentes instituições de ensino. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor do Curso CERS (Recife/PE). Mestre em Direito Penal e Doutor em Direito Penal. Membro da Comissão Estadual de Proteção e Direito dos Animais da OAB/PR. Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/PR. Membro da Comissão Estadual de Advocacia Criminal da OAB/PR. Autor de vários livros e artigos científicos. (http://lattes.cnpq.br/ 1185470936747459).

[405] Advogado especializado no âmbito do Direito Público, com atuação em diversos Estados da Federação nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral. Consultor Especialista da Secretaria Executiva para questões relacionadas à segurança multidimensional da Organização dos Estados Americanos – OEA. Mestre em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Doutor pelo "The Mediterranea International Centre for Human Rights Research" – MICHR, da Universidade Mediterrânea de Reggio Calabria / Itália. (http://lattes.cnpq.br/0105868539336250).

Daí que a liquidação de *princípio fundamental*, notadamente o da Separação de Poderes; de *fundamento do Estado*, notadamente da Soberania e do Pluralismo Político; seja por ato administrativo, legislativo ou judicial, se afigurará inconstitucional e poderá se traduzir em um golpe de Estado Institucional.

Paulo Bonavides diferencia o golpe de Estado Governamental do Institucional (Bonavides, 2001, p. 23). Sem obstante, sob a nossa concepção, ser passível de depor governo legitimamente constituído e assim perfazer da conduta o núcleo do tipo, o segundo não remove governos ou regimes, mas os derroga, desfigurando a Constituição.

Denomina o "golpe de Estado Institucional como golpe dos ditadores constitucionais, tal como aquele que Hitler aplicou na Alemanha contra a Constituição de Weimar, depois de galgar o poder pela via da legalidade e editar as leis de exceção de janeiro a março de 1933" (Bonavides, 2001, p. 23). Bonavides exemplifica naquele em que imputa ao Presidente da República reeleito, à época do escrito, incorrer em golpe de Estado pela edição e reedição de medidas provisórias tendentes à derrogação da Constituição e da prerrogativa legislativa do Congresso Nacional (Bonavides, 2001, p. 24). Neste caso o sujeito ativo seria o Poder Executivo, mas em outros, poderá ser o Poder Judiciário ou o Poder Legislativo, desde que incorram em ações criativas anômalas e inconstitucionais, de que derivam a deposição de governo legitimamente constituído mediante a derrogação da substancialidade democrática e mitigação do Estado de Direito, do Sistema Federativo de Estado e da divisão de poderes, alienando-se e/ou cooptando a soberania popular.

Vale destacar que a democracia foi originalmente cunhada pela teoria política da Grécia antiga como "governo do povo" (*demos* = povo, *kratein* = governo).

1 ESTUDO ANALÍTICO DO TIPO DO ARTIGO 359-M DO CP

Sabidamente a ofensa ao bem jurídico é elemento vetor do Direito Penal Democrático, justamente porque a partir da exigência de seu atingimento para que possa ser habilitada a ação punitiva, ocorre a preservação dos aspectos individuais essenciais ao pleno desenvolvimento humano (Zaffaroni, 2009, p. 43-44).

Nesse sentido, a inevitável necessidade de ofensividade a um valor essencial para a própria existência da sociedade, extraído a partir dos comandos constitucionais (Prado, 2009, p.99), garante a cada pessoa o direito de assumir posicionamentos, ter opiniões e fazer escolhas de vida de forma livre, o que implica na intangibilidade do direito de ser discordante.

Essas observações são muito importantes quando analisado tipo penal específico criminalizador da conduta do Golpe de Estado, justamente porque o limite entre a possibilidade de ocorrência do delito e a ação livre de pensamento e de ter posicionamento em relação aos governos, instituições e em relação ao próprio ente estatal, encontra no bem jurídico penal marco que torna clara sua preservação e seus limites.

Nessa toada, em uma primeira observação, há de se ter claro que as posições dissidentes, mesmo que minoritárias e antipáticas, em hipótese alguma permitem seja habilitado o poder punitivo estatal, em nome da preservação democrática, pois, estaria ocorrendo nessa hipótese a mera utilização retórica da democracia para, em verdade, confrontá-la.

A liberdade de pensar e mesmo expressar opiniões, ainda que contramajoritárias ou consideradas desagradáveis por segmentos da população ou pelos titulares de funções estatais, é eixo central do Estado Democrático e Republicano (Tasse, 2018, p. 73), sendo, em última análise, um dos elementos propulsores do próprio avanço institucional, desde as reflexões que a crítica produz.

Por outro lado, há um limite importante para o debate democrático, o qual não habilita imposições de vontade por meio agressivo ou violento e, justamente, neste ponto reside a característica do bem jurídico a ser ofendido para a tipificação do delito de Golpe de Estado.

A democracia é o bem jurídico, em tese, objeto da ofensa, sendo que encontra sua possibilidade de estruturação, no âmbito penal, balizada pela Constituição Federal, já no *caput* do artigo 1º, quando proclama ser o Estado brasileiro necessariamente democrático.

A questão central, porém, é ter o legislador infraconstitucional sido sensível aos avanços do próprio Estado brasileiro, com superação de legislações, as quais se vinculavam à proteção do Estado, como entidade desvinculada de seus cidadãos e da busca do bem-estar social, deixando de tratar o tema da criminalização como proteção de modelos estatais, para, então, sancionar as ações concretas que atingem à democracia.

É essencial ter em conta que a Constituição Federal estabelece entre os fundamentos da República brasileira o pluralismo político, com isso, fixa vetor importante na interpretação do bem jurídico, pois, não é a posição política majoritária ou minoritária, eventualmente submetida à debate ou críticas, autorizadora da ação punitiva, mas a conduta efetivamente atentatória da democracia, por objetivar promover um Golpe de Estado.

A esse propósito, em hipótese alguma é aceitável hermenêutica no sentido de que toda e qualquer ação crítica em relação às instituições ou governos, possa se amoldar ao tipo do delito de Golpe de Estado, não é isso, pois, raciocínio nesse sentido promoveria ampliação do tipo, gerando espécie odiosa de interpretação ampliativa *in malam partem.*

Com isso, resta evidente que o bem jurídico, democracia, deve ser ofendido a partir da ação específica descrita no tipo objetivo, não comportando leituras ampliativas para inserir, por exemplo, a crítica às instituições, aos governos ou mesmo, o desenvolvimento de movimentos organizados com objetivo de promover rediscussão e análise crítica das estruturas existentes, desde que não violentos ou agressivos.

O delito é comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, mesmo que não residente no território brasileiro.

Não há qualquer exigência especial de que a pessoa tenha dever de lealdade com as instituições pátrias ou esteja vinculada às consequências da deposição de um governo legítimo, de sorte que, qualquer pessoa pode atuar na forma descrita no tipo objetivo.

Dentro desse campo estrutural, em torno do sujeito ativo, é de se ter em conta que tanto a coautoria quanto a participação são possíveis, inclusive sendo viável a presença de autoria intelectual e autoria executiva, bem como, de autoria mediata e autoria imediata.

O fato de a pessoa ser estrangeira e residir fora território brasileiro não exclui a responsabilidade penal pelo delito de Golpe de Estado, pois, o delito terá ocorrido dentro do território brasileiro, estando o processamento e punição, evidente, condicionada à entrada da pessoa no território brasileiro.

O agente financiador da ação de deposição de governo legitimamente eleito também pode ser enquadrado no tipo em comento, desde que sua ação de financiamento seja efetivamente com o objetivo da deposição do governo legítimo, com, ao menos, a aceitação, pelo financiador, do uso de violência ou da grave ameaça para a consecução do objetivo.

Em relação ao sujeito passivo, é interessante observar que, embora a ação delitiva tenha como objetivo a remoção de um governo, não é esse governo o sujeito passivo imediato, mas, o Estado, pois a ação de ataque ao governo regular é medida de confrontação com a própria estrutura estatal existente, com tentativa de deslegitimação de suas bases.

Por certo, o sujeito passivo mediato, é o povo, atendendo a exegese imposta pelo parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, pela qual *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente,"* implicando que os governos legitimamente eleitos são manifestações do poder do qual o povo é titular.

Importante ter em conta que, no delito em comento, está sendo tratado de uma modalidade especial de tentativa, na medida em que a consecução da ação pretendida, representa a própria retirada do governo legítimo pelo usurpador e, em consequência, o comprometimento do sistema constitucional e penal existente.

Pela estrutura do núcleo (tentar depor) fica evidente estar diante de crime formal, em que, embora seja possível a produção de resultado naturalístico, desnecessária sua ocorrência para a consumação delitiva, a qual se dá no momento da prática do ato.

Necessariamente deve haver emprego de meio violento ou grave ameaça para o ajustamento da conduta ao tipo criminalizador, reforçando a ideia de que meras críticas, ou

manifestações de discordâncias com governos ou instituições não dão margem à caracterização da figura delitiva do artigo 259-M CP.

Indagação relevante é se a pessoa que estimula a ação violenta contra governo legítimo, não participando dela pode ser enquadrada no tipo penal de Golpe de Estado, por exemplo, o influenciador social que se valendo de seus meios próprios de comunicação de massa, estimula pessoas à prática de violência com o objetivo de depor governo.

Caso efetivamente haja violência, aquele que, embora não participe da ação violenta, a estimula encontra enquadramento no tipo, pois não é necessário que a violência ou grave ameaça ocorra de mão própria, bastando o agente participar da tentativa de deposição do governo legítimo, independente do momento no qual atue, seja incentivando, provendo meios materiais ou diretamente praticando atos violentos.

Outra questão de grande relevância interpretativa é dos limites entre a manifestação de opinião contrária ao governo legitimamente constituído, para a possibilidade de ser essa crítica considerada ameaça, dando margem ao ajustamento típico.

Há que se ter cuidado para não permitir ser a estrutura normativa com objetivo de punição a atos antidemocráticos, convertida em mecanismo para ações autoritárias, por exemplo, pela perseguição e silenciamento da crítica.

Sob o ponto de vista da tipicidade objetiva não há dúvida ser o ato de ameaça representativo de uma ação concreta de colocar em risco a existência do governo legitimamente constituído, não o mero externar de posicionamento contrário a ele ou mesmo a defesa de que seja derrotado em um próximo processo legítimo de formação de governo. Ameaçar significar prometer praticar algum mal sério, não se confundindo com o simples desejo, ainda que negativo. Assim, para se caracterizar a ameaça é preciso efetivamente o agente prometer promover mal sério ou estimular outrem a fazê-lo.

Sob ponto de vista da tipicidade subjetiva, o delito de Golpe de Estado é doloso, de maneira que a caracterização da hipótese depende necessariamente tenha a pessoa atuado em conduta canalizada para a promoção da deposição do governo legítimo.

Para que haja preenchimento da tipicidade subjetiva é preciso que o agente imprima vontade livre e consciente de ameaçar ou de praticar ato violento, canalizado para a deposição de um governo legitimamente constituído.

Com isso, é correto entender que deve existir vontade, tanto de deposição do governo legítimo, quanto de prática da violência ou da ameaça, o que implica em mais um elemento hermenêutico importante de separação do delito de Golpe de Estado, da simples manifestação de opinião contrária a um governo ou do desejo de que ele termine.

É atípica a conduta se não verificada a efetiva presença de vontade de deposição do governo, o que dista do desejo de que um dia este governo acabe, quer seja pela superação de seu prazo de duração, pela sua derrota eleitoral, mesmo pelo seu término antecipado, na forma disciplinada e admissível pela Constituição Federal, por exemplo, pelo processo de impedimento (*impeachment*).

O debate entre a diferenciação do desejo e do dolo é bastante antiga na ciência penal (Welzel, 1956, p. 204), assumindo particular significação no delito em comento, o qual objetiva punir ações contrárias à democracia, exigindo cautela na compreensão da temática, para não admitir punições excessivas, geradora do modelo autoritário de poder.

Com efeito, desejar o término de um governo, ainda que ele seja legitimamente constituído, e efetivamente externar referido desejo não é crime. O delito surge quando a pessoa voluntariamente, de forma livre, decide promover promessas de mal grave ou ações de agressão com a finalidade de forçar a deposição do governo legítimo.

Quem simplesmente deseja um resultado não tem domínio do fato, de sua ocorrência, enquanto a prática do crime de Golpe de Estado implica em ter o agente domínio sobre as ações descritas no tipo, ou seja, com sua orientação subjetiva pode canalizar a ação para a prática da ameaça ou da violência ou fazer esse conteúdo sofrer alteração.

Por certo, o domínio de fato exigível não é sobre a deposição do governo em si, mas sobre os meios que, uma vez empregados, sujeitam à hipótese à punição penal.

Isso é significativo, pois em classificação acadêmica, a hipótese é de delito intencional ou de intenção pelo qual o objetivo final não precisa ser atingido para a tipificação da conduta, bastando que a pessoa pratique os atos proibidos com a finalidade de obter o objetivo final, no caso a deposição do governo legítimo.

O delito se consuma no momento da prática da ameaça ou da violência, realizadas com finalidade de depor o governo legítimo.

Desnecessário o atingimento da finalidade, deposição do governo legítimo, que na hipótese assume a característica de exaurimento, pois, a conduta está perfeccionada quando a ameaça ou violência é realizada (crime formal).

Embora a tentativa de violência, em tese, seja possível, não se deve confundi-la com a tentativa do delito em si, pois, quando o agente a principia sua realização, porém, por circunstância alheia à sua vontade, não consegue atingir seu alvo, o delito, já estará consumado, na medida em que, não se exige qualquer resultado efetivo, bastando a ameaça ou simples prática do ato violento, independente do seu efeito (Roxin, 2007, p.151.)

Por exemplo, o agente que desejando depor um governo de forma violenta, lança bombas contra sua sede, as quais não explodem por falha do seu sistema de detonação, terá tentado utilização de meio violento para depor o governo, porém, sob o ponto de vista do artigo 359-M CP, há integral preenchimento do tipo, pois valendo-se de um meio violento, independentemente da eficácia de seu emprego, o agente tentou depor um governo legítimo.

Assim sendo, com base na forma como foi estruturado o núcleo do tipo, a tentativa torna-se impossibilitada, uma vez que a prática de qualquer ato de ameaça ou de qualquer ato violento, ainda que não concluído, com o objetivo de depor um governo legítimo, já estabelece a ocorrência do delito consumado.

O crime de golpe de estado é punido com a pena de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

A pena é bastante elevada para delito em que não há produção de resultado naturalístico, o que pode suscitar debates sobre o ponto de vista do atendimento ao princípio da proporcionalidade, inclusive quando se considera que admitido o somatório da pena do crime de Golpe de Estado, como a da violência em si.

A esse respeito, conveniente observar que a significação da democracia para a própria existência da sociedade justifica ser a ofensa a esse bem jurídico tratada de forma significativa, estando os limites da pena abstrata tangenciando aos estabelecidas para delitos como o excesso de exação em proveito próprio ou a corrupção passiva e ativa, crimes, pelos quais a sociedade é atingida pelo ataque a elementos e valores fundamentais do Estado, o que faz, em um primeiro momento, com mais significação, o ataque ao valor democrático, encontrar perfeita adaptação à estrutura do sistema punitivo brasileiro.

Outro problema a equacionar, ainda no sentido do princípio da proporcionalidade, é ser o delito do artigo 359-M CP, hipótese de delito consumado na tentativa (tentar depor), com pena assemelhada a crimes consumados que admitem a tentativa. Por exemplo, a pena máxima de 12 (doze) anos dificilmente consegue encontrar equiparação no sistema normativo para crimes tentados, somente possível, em tese, para hipóteses relacionadas com ações hediondas à vida.

Inobstante há um argumento significativo a justificar o elevado marco penal, qual seja, a relevância do bem jurídico ofendido, representativo da própria possibilidade existencial da sociedade livre, característica capaz de atribuir, a esta forma particular de delito consumado na tentativa, significação ímpar no sistema (Dias, 2007, p. 686).

A ação penal é pública incondicionada, sendo a competência da Justiça Federal, na forma do artigo 109, IV, da Constituição Federal, o qual expressamente confere aos juízes federais a competência para julgar os crimes contrários aos interesses da União, situação manifesta quando a própria democracia é atacada.

Poderia se argumentar que a competência federal seria decorrência do fato de o Golpe de Estado ser crime político, mas, vale assinalar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento RC-segundo 1468/RJ, julgado em 23/03/2000 sistematiza que a Constituição Federal não define o que é crime político, cabendo ao intérprete fazê-lo e, nesse sentido, não parece sustentável poder ser inserido nessa categoria ação que não seja desdobramento de movimento político legítimo.

O delito do artigo 359-M CP tem clara motivação política, porém, não atuando contra um governo ilegítimo, eis que a conduta é praticada com objetivo de depor um governo legitimamente constituindo, portanto, interpretar como crime político pode em consequência extrema, garantir anistia ao integrante de um movimento autoritário responsável pela morte ou tortura de pessoas.

A ideia de crime político, ante as consequências históricas que esta classificação costuma trazer, deve ficar adstrita às ações que sejam o desdobramento de um movimento político legítimo ou de combate a regimes autoritários de poder, jamais, as ações que justamente confrontam o regime legítimo de poder, objetivando estabelecer ou manter modelos autoritários.

CONCLUSÃO

Importante ao concluir o presente estudo, destacar que o significado do termo "democracia" foi recepcionado pela teoria política da civilização ocidental a partir da essência do fenômeno político que designa, qual seja a participação dos governados no governo, tendo o valor da liberdade o sentido de participação cidadã (Kelsen, 2000, p. 140).

Neste sentido, governo do povo pressupõe a participação direta ou indireta dos cidadãos, cujo exercício "decorre das decisões majoritárias de uma *assembleia popular* ou de um corpo, corpos de indivíduos ou mesmo de um indivíduo eleito; em que da representação deriva a relação entre o eleitorado e os eleitos" (Marshall, 1967, p. 141/142).

Segundo Kelsen, "a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como característica essencial da democracia".

No âmbito da democracia representativa, em que a participação se dá pela via indireta, ou mesmo no âmbito da democracia direta, em que a participação se dá pela via direta, a representação contempla um "*processo*, no sentido de um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério deste sistema político chamado de democracia" (Kelsen, 2000, p. 142).

Isso é que consubstancializa, essencialmente, a democracia (Kfouri, 2018, p. 27-29).

Justamente, a significação democrática para a civilização ocidental, faz absolutamente viável a preocupação em identificar e combater condutas que tenham como escopo a produção do atentado à democracia.

Assim sendo, o delito de Golpe de Estado atende aos mais importantes referenciais de validade contemporâneos, para que determinada conduta assuma a condição de delito.

Como já destacado, a pena estabelecida ressalta essa importância, fixando o bem jurídico objeto da ofensa em patamar jurídico destacado, com isso, bem atendendo às diretrizes constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. ***Do País Constitucional ao País Colonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo Golpe de Estado institucional***, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
EL TASSE, Adel. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Florianópolis. Tirant lo Blanch: 2018.
KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
KFOURI, Gustavo. Swain. Kfouri. A *Reconfiguração do Modelo Representativo Brasileiro Originalmente Fixado pela Constituição Federal de 1988 Diante da Atuação Jurisdicional e a Possível Realização de um Estado de Partidos no Brasil*. Extraído do seguinte endereço eletrônico: (https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/193345/PDPC1390-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y), 2018.
MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e* status. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico -Penal e Constituição.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
ROXIN, Claus. ***La teoría del delito en la discusión actual.*** **Arequipa:** Editorial Grijley, 2007.
SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, 1922 (*Teoria de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1928.
SCHMITT, Carl. Ü*ber die drei Arten des Rechts-wissenschafilichen Denkens* (*Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico*), Hamburg, Hanseatische Vaerlagsanstalt, 1934. Trad. Italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, I tre Tipi di pensiero giuridico, In: La Categorie del "*Político*" (*Bolonha, Il Mulino*, 1972).
WELZEL, Hanz. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.
ZAFFARONI, Eugenio. **Estructura Basica del Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

BRASIL: DIREITO À SAÚDE E HARD CASES, COMO DEFINIR E COMO SOLUCIONAR?

Wlademir Junior Lucietti Filho[406]

INTRODUÇÃO

A saúde pública no Brasil ganhou a classificação de fundamental somente com a promulgação da Constituição de 1988, sendo esta uma vitória do movimento chamado "Reforma Sanitarista", cujo atendeu os anseios do povo e pleiteou a necessidade de sua transformação para que o seu acesso pudesse ser aberto a toda a população.

Com isso, houve a determinação da criação do Sistema Único de Saúde – SUS tendo o Estado o dever de ofertar a saúde pública de modo universal e integral a todo e qualquer indivíduo.

Através dessa obrigação legal imposta ao Estado, tem-se observado no mundo jurídico a quantidade de demandas judiciais pugnando por serviços sanitários a serem custeados ou ofertados pelo Poder Público.

Embora possa se compreender a complexidade dessas ações, este trabalho visa compreender se no Brasil a judicialização da saúde pode ser considerada um *hard case.* Assim, será apresentado no primeiro capítulo toda a evolução histórica do direito à saúde até a sua inclusão no rol dos direitos fundamentais, o qual passa a ser exigido pelo indivíduo em face do Estado. A seguir, será apresentado, com base em Dworkin, Hart e Paul Ricoeur como se definem os *hard cases* e como se devem solucioná-los.

Por fim, para uma melhor compreensão, será demonstrado um exemplo de caso difícil na América Latina e será enfrentado o tema do aborto, da eutanásia e dos tratamentos à base de canabidiol no Brasil e se estes se configuram como *hard cases,* sendo o trabalho concluído sobre a perspectiva alcançada na revisão deste tema.

Foi utilizada na abordagem desta pesquisa, além da técnica bibliográfica nacional e estrangeira, um apanhado do desenvolvimento e funcionamento da saúde no Brasil mediante informações colhidas junto de sites oficiais do Ministério da Saúde. Ainda, trabalhando o conceito de *hard cases* trazido por Dworkin, Hart e Ricouer, a conclusão deste trabalho é finalizada com a exposição da configuração ou não de um *hard case* quando relacionado ao aborto, a eutanásia e ao tratamento à base de canabidiol.

1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Do cotejo dos direitos fundamentais elencados no art. 6º da Constituição Federal se encontra a saúde (sendo que este direito somente veio a ser colocado ao rol de fundamental na Constituição Federal de 1988), fazendo com que esse direito possa ser exigido por qualquer indivíduo com base no dever do Estado de assegurá-lo[407].

Apesar disso, a inserção da saúde na pasta dos direitos fundamentais foi resultado de um grande evento denominado "Reforma Sanitarista", pois no Brasil, desde o período colonial e imperial não se registravam políticas públicas de saúde que visassem a coletividade, inclusive durante a época colonial muitos indígenas morreram em razão de doenças trazidas pelos europeus e para as quais os indígenas ainda não tinham resistência imunológica alguma[408].

---

[406] Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL (Centro Universitário Autônomo do Brasil); Especialista em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP/PR); Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Focus; Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Promotoria de Substituição - Piraquara PR.

[407] Art. 196 da CF/1988.

[408] Dados extraídos em: https://www.todamateria.com.br/saude-publica-no-brasil/

Dessa feita, a saúde somente era acessível aos indivíduos quem obtivessem recursos, assim, os nobres detinham a possibilidade de tratamentos médicos dada a sua classe social, porquanto pessoas pobres, escravas ou indígenas não recebiam qualquer atenção médica[409].

Nesse período, era comum a população recorrer às Santas Casas de Misericórdia que se mantinham por meio de doações comunitárias e promoviam atendimentos à população que necessitava de cuidados médicos.

Com a chegada da família real ao Brasil em 1808 é que foram criados os primeiros cursos de medicina, o que viabilizou a formação dos primeiros médicos brasileiros. Para se compreender a necessidade da criação de um sistema sanitário, em 1789, no Rio de Janeiro, apenas quatro profissionais médicos exerciam a profissão, enquanto em outros estados sequer havia médicos atuantes. Até meados de 1850 as atividades de saúde pública estavam limitadas a delegação de atribuições sanitárias às juntas municipais e ao controle de navios[410] e saúde dos portos[411].

Já em 1904, Oswaldo Cruz instituiu a Lei Federal nº 1261 de 31/10/1904, a qual obrigou a população a vacinar-se contra a varíola, sendo essa uma das primeiras políticas sanitárias destinadas ao controle e combate de epidemias[412]. Em 1920, o sucessor de Oswaldo Cruz, Carlos Chagas, reestruturou o Departamento Nacional de Saúde e instituiu o programa de combate à tuberculose, a lepra e as doenças venéreas[413].

No ano de 1953 foi criado o Ministério da Saúde[414] e em 1954 houve a imposição do dever do Estado e da família em proteger a saúde do indivíduo mediante a promulgação da Lei 2.312 de 1954.

Apesar disso, até o início dos anos 60 predominou o modelo do sanitarismo campanhista, que visava combater as epidemias por meio de campanhas sanitárias. Assim, conforme as epidemias eram combatidas nas grandes cidades, as ações sanitárias deslocavam-se para as áreas rurais, haja vista ser a atividade majoritária da época.

No ano de 1960 a Lei Orgânica da Previdência Social foi sancionada (posteriormente promulgada pela Lei 3.807), momento em que veio a se estabelecer o regime geral da previdência. Esta Lei previa uma participação contributiva entre o empregado, o empregador e a União, como forma de efetivação da política sanitária[415].

Durante o regime militar foi delimitada a cooperação com a rede privada, onde médicos e hospitais da época conveniaram-se para a promoção de atendimentos sanitários, isto levou à criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social -INAMPS (1978)[416].

A partir da década de 1970, em resposta ao complexo médico industrial houve o desenvolvimento do movimento em prol da reforma sanitária, ou também conhecido "Movimento Sanitarista", que incluiu a participação de inúmeros movimentos para a composição de uma contraposição política hegemônica[417]. O objetivo primordial deste movimento foi o de revolucionar o acesso à saúde possibilitando-o para toda a sociedade, e não apenas restrito aos contribuintes

---

[409] Ibid.

[410]Após a Independência, foi promulgada, em 30 de agosto, a lei de Municipalização dos Serviços de Saúde, que conferiu às Juntas Municipais, então criadas, as funções exercidas anteriormente pelo Físico-Mor, Cirurgião-Mor e seus Delegados. No mesmo ano, ocorreu a criação da Inspeção de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro, subordinada ao Senado da Câmara, sendo em 1833, duplicado o número dos integrantes. BRASIL.Fundação Nacional de Saúde. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica. Acesso em: 22 de jun. de 2023 às 23:00 hrs.

[411]POLIGANO, Marcus Vinícius. História das Políticas de Saúde no Brasil. Uma pequena revisão. Disponível em: http://www.nesbuc.ufc.br/downloads/historiapoliticassaudebrasil.pdf. Acesso em: 15 de dez. de 2023 às 22:00 hrs.

[412] POLIGANO, Marcus Vinícius. op. cit.

[413] POLIGANO, Marcus Vinícius. op. cit.

[414]Regulamentado pelo Decreto nº 34.596/1953.

[415]POSSAS, Cristina. A saúde e trabalho – a crise da previdência social. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 324.

[416]POLIGANO, Marcus Vinícius. História das Políticas de Saúde no Brasil. Uma pequena revisão. Disponível em: http://www.nesbuc.ufc.br/downloads/historiapoliticassaudebrasil.pdf. Acesso em: 15 de dez. de 2023 às 22:00 hrs.

[417]Dados extraídos em: https://unasus2.moodle.ufsc.br/pluginfile.php/6121/mod_resource/content/1/Conteudo_online_2403/un03/obj6.html#:~:text=Como%20consequ%C3%AAncia%2C%20em%201988%2C%20a,de%20todos%2C%20dever%20do%20Estado

previdenciaristas[418], uma vez que as Constituições anteriores contemplaram a saúde apenas de modo superficial[419].

Esta ideia de reforma foi ganhando adeptos, e após a realização da 8ª Conferência de Saúde foi inserido na pauta a possibilidade de modificação do *status* desse direito visando a promoção do acesso universal e integral à saúde.

A reforma foi de grande relevância em prol dos direitos sociais, uma vez que, se antes era necessário ser contribuinte da previdência para ter acesso à saúde, agora este direito seria de todos, sem qualquer distinção de classe ou ainda uma exigência direta de contraprestação[420]. Assim, este direito foi inserido no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, portanto, a saúde foi enfim incorporada aos elementos básicos e necessários ao indivíduo para a sobrevivência de maneira digna.

Além disso, com a inclusão desse direito ao rol do art. 6 da CF/1988, se tornou necessário estabelecer os responsáveis pela garantia deste direito. Por isso, o artigo 196 da CF foi criado para indicar o direito à saúde como dever do Estado[421], o qual deve garanti-lo através de políticas públicas sociais e econômicas.

Para não incorrer em novas e maiores burocracias, a Constituição definiu como dever do Estado o dever da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, de forma solidária no atendimento à saúde no intuito de promover, proteger e recuperar à saúde pública.

Ciente do dever instituído pelo art. 196 da CF, para racionalizar o atendimento sanitário ao indivíduo é que foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS (mediante Lei n.º 8.080/1990), sendo uma rede orientada pelo Ministério da Saúde -MS e possuindo como o principal objetivo o acesso universal e integral à saúde.

Assim, o SUS foi contemplado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 200), a qual delimitou as competências deste sistema destacando a organização dos serviços, o modelo de atenção, o financiamento, a gestão, a governança e a regulação a fim de atender a universalidade do direito à saúde tratando da seguridade social[422].

Além disso, temos em nosso ordenamento jurídico a existência de leis complementares e ordinárias relacionadas ao direito à saúde, que são: Lei n.º 8.142/1990, que dispõe sobre qual é o papel da comunidade com relação ao SUS e as migrações financeiras intergovernamentais; e a Lei Complementar 141/2012, que regula o §3º do artigo 198 da Constituição Federal no tocante aos valores mínimos exigidos e destinados à saúde pelos entes públicos [423].

Por óbvio que os recursos utilizados para a promoção da saúde pública são advindos da capacidade contributiva da sociedade, mas a participação da comunidade não é restrita somente a contribuição tributária, haja vista a existência dos Conselhos de Saúde da Comunidade, por exemplo, onde representantes do povo são eleitos a integrar esse conselho a fim de fiscalizar a saúde local e auxiliar na promoção e na articulação de novas políticas públicas para a região[424].

Em linhas gerais, temos que a Reforma Sanitarista tornou a saúde um direito social[425], e nesta toada, o direito sanitário é acompanhado de um dever, momento em que se denota a

---

[418]GEBRAN, João Pedro Neto; SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde: Análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo, 2016, p 125-126.

[419]SOUZA, Julio Cesar de. GOMES. Magno Federici. A Judicialização na Saúde e a Fronteira Entre o Individual eu Coletivo: Considerações Sobre o Acesso ao Sistema único de Saúde Sustentável. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 24, n. 1, p. 216-242.

[420]FIOCRUZ. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/introducao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2023.

[421]PUGLIESE, William Soares. ROSA, Viviane Lemes da. Processo Civil e tutela de Direitos. Disponível em: https://red-idd.com/files/2021/2021GT09_006.pdf.

[422]Diferentemente da educação, o arranjo constitucional do direito fundamental à saúde não o trata de forma autônoma como se fora uma política pública isolada, ao contrário, a saúde foi inserida em um sistema protetivo integrado que o Constituinte de 1988 denominou de "seguridade social". Esse é o teor do caput do art. 194 da Constituição, segundo o qual "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". PINTO, Élida Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: Uma Perspectiva Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p 84-85.

[423]CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. A gestão do SUS. ed 1. Brasília, 2015, p 17-26.

[424]Art. 198, inciso III da CF 1988.

[425]Na definição de José Afonso da Silva, os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, "são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições da vida aos

participação dos três poderes na positivação deste direito estabelecendo um equilíbrio em atenção ao estado político, social, temporal e econômico[426]. E é através da Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu o dever do Estado em relação aos direitos sociais – como é o caso da saúde – na atuação direta, devendo o ente promover ao menos um auxílio mínimo ao indivíduo[427].

Como já exposto, a saúde é um direito fundamental, o qual exige do Poder Público a garantia de condições básicas/mínimas necessárias para a sobrevivência de maneira digna[428]. Em que pese haja a transcrição literal deste dever estatal para com a sociedade, alguns autores compreendem que a obrigação de desenvolvimento social e de cuidado com as atenções básicas é inerente ao papel do Estado. Além disso, a sociedade[429] também possui relevância no papel do cuidado aos oprimidos, exemplo disto é a capacidade contributiva, haja vista que os recursos públicos destinados às ações de promoção e proteção são oriundos dos impostos [430], como já exposto.

Assim, ciente da importância dos direitos sociais[431] como elementos cirúrgicos de evolução social, insurgindo por parte do indivíduo certa necessidade de auxílio para obter condições básicas de qualidade de vida, vê-se no Poder Público a esperança de garantia do mínimo existencial[432] para que o indivíduo sobreviva de maneira digna.

Importante frisar que, uma vez ineficaz a política pública sanitária, a sociedade pode valer-se do poder judiciário para o fim de reivindicar seu direito contra o Poder Público, o qual têm o papel de garantidor, pois o poder judiciário pode determinar a aplicação das normas[433] [434].

Importante registrar também que a saúde possui viés democrático, uma vez que os demais direitos inerentes ao indivíduo só poderão ser realizados/vividos a partir do momento que o indivíduo tenha condições mínimas de sobrevivência para exprimir suas vontades e exercer os seus atos civis[435].

---

mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade". GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2012, p 49.

[426]HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: Gilmar Ferreira Mendes (trad). Porto Alegre: Fabris, 1991, p.21.

[427]HACHEM, Daniel Wunder. Revista de Direito Administrativo & Constitucional: A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p 136-149.

[428]Assim, quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, está se afirmando, em outras palavras, que precisam ser asseguradas as condições básicas de vida digna ao ser humano. DANIELI, Ronei. A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p 29.

[429]É preciso que os direitos fundamentais sejam entendidos não como obrigação apenas do Estado, mas como obrigação de cada cidadão. E é a partir daí que podemos conceber o direito da dignidade da pessoa humana, porque o direito não faz milagre, mas existe para que as pessoas tenham a oportunidade de conviver de forma harmônica. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p 19-23.

[430]Não é de todo nova a compreensão de que o Estado e a sociedade devem prover as condições materiais básicas para os necessitados, que não tenham condições de se sustentar. SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro: 2016, p 1645. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156.

[431]SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. Disponível em: https://scaff.adv.br/site/wp-content/uploads/2020/07/Direitos-sociais-reserva-do-poss%C3%Advel-e-o-m%C3%Adnimo-existencial-a-aporia-do-meio-adequado-de-satisfa%C3%A7%C3%A3o-1.pdf.

[432](...) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009, p 4-11. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf.

[433][...] no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa". SARLET, Ingo Wolfganfg. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial - notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processo Estruturais. Salvador: Podvim, 2017, p. 216 - 218.

[434][...] doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. SARLET, Ingo Wolfganfg. op. cit., p. 216 - 218.

[435]A dignidade da pessoa humana, imperativo ético existencial, é também princípio e regra constitucional contemplado na ordem jurídica brasileira como fundamento da República, perpassando, por sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional. FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito

Assim, ampliando o mínimo essencial para a sua internacionalização, há na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 de forma expressa a importância de garantia do direito à saúde ao indivíduo e sua família[436]. Assim, preciso é mencionar os direitos fundamentais em correlação com o mínimo existencial, pois este princípio é fundamento básico para a positivação das garantias fundamentais.

Desta forma, os direitos fundamentais são significativos para a coletividade[437], haja vista que o desenvolvimento do ser humano depende intimamente de suas condições de vida.

Cumpre salientar que nenhum direito fundamental possui relevância sobre o outro, embora se possa sopesar a vida. Contudo, do ponto de vista jurídico todos os direitos fundamentais possuem a mesma importância, portanto, necessário enfatizar que o direito à saúde não se sobressai perante os demais, o que seria uma visão imprecisa dos direitos sociais.

Sarmento compreende que a ideia de mínimo existencial no Brasil foi claramente incorporada pela Constituição de 1988 de forma que se compreende a ideia em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana[438]. Desse modo, espera-se com o mínimo existencial que o indivíduo encontre meios que lhe proporcionem uma vida digna, razão esta que se encontra no direito um viés social, como uma autoajuda, concepção muito utilizada na Alemanha (*Hife zur Selbsthilfe*), de modo que a dignidade não se estabelece em si, mas o Estado vise protegê-la e promovê-la,[439] assim como ocorre com a saúde.

Com essa compreensão histórica da saúde e de sua necessidade social, observamos que o judiciário vem sendo acionado para decidir questões afetas à saúde, como o fornecimento de medicamentos (muitas vezes não incorporados pelo Ministério da Saúde ou sequer com registro da ANVISA), custeio de cirurgias, tratamentos, exames e afins.

Isto o corre pela compreensão de que o Estado possui o dever de garantir a saúde do indivíduo, assim, quando a parte não possui condições financeiras de arcar com procedimentos não listados pelo Sistema Único de Saúde, litiga contra o Poder Público a fim de obter o custeio de seu tratamento, procedimento, entre outros.

Por se tratar de saúde e de recursos públicos, muitas das vezes o papel do magistrado é posto em pressão para que decida de imediato, e isto também contribui com que o processo ganhe tons de complexidade.

Outrossim, há uma criteriosa seleção realizada por Dworkin, Hart e Paul Ricoeur que estabelecem a configuração dos denominados "*hard cases".* Desse modo, será analisado se através dos conceitos trazidos pelos referidos autores as questões judicializadas em torno da saúde no Brasil podem ou não serem consideradas como *hard cases*, em especial, com relação ao tratamento à base de canabidiol, o aborto e a eutanásia.

2 HARD CASE, COMO DEFINIR E COMO SOLUCIONÁ-LO?

Um caso difícil se configura quando o caso concreto não possui uma regra aplicável no ordenamento jurídico[440], ou até mesmo quando é possível encontrar mais de uma regra

---

contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 9, n. 35, 2008, p. 101.

[436]Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

[437]GAVIÃO, Anízio Pires Filho. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais Estatuídos Não Diretamente ou Implícitos?. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257.

[438]SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro: 2016, p 1645. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156.

[439]SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial - notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processo Estruturais. Salvador: Podvim, 2017, p. 9.

[440]RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 155.

solucionadora de tal caso, ou ainda, quando a solução do caso provoca uma extrema estranheza aos costumes e a coletividade[441].

Com isso, ao receber a demanda o magistrado percebe estar diante de um caso difícil (*hard case*), diferentemente dos casos fáceis (*easy cases*), onde só com a aplicação das regras o magistrado soluciona a demanda, em tese, de forma pragmática e analítica.

Nos *hard cases* há uma dificuldade do magistrado[442] em pôr fim a demanda pela falta de elementos jurídicos aptos a serem aplicados ao caso concreto[443]. Esta abordagem dos casos difíceis enseja a citação inicial de dois importantes doutrinadores: Herbert Lionel Adolphus Hart, o qual defende que quando não há solução aparente para o caso na regra o julgador deve utilizar de sua discricionariedade e decidir o caso por suas próprias convicções; e Ronald Dworkin, que propõe a incompatibilidade do uso da discricionariedade plena para julgamento do caso, devendo o julgador se socorrer aos princípios que regem aquela sociedade e aquele sistema legal, caso em que deverá descobrir o direito do caso e proclamá-lo ao vencedor.[444]

Ainda na ideia de Hart, os casos considerados difíceis devem ser de forma exclusiva decididos pelo magistrado através do uso razoável de sua discricionariedade[445], tendo como base a sua concepção mais apropriada da solução do caso. Quer se dizer que no ato de decidir o magistrado possui total independência para proferir sua decisão a favor de qualquer uma das partes, e isto independe da moral e dos princípios que sustentam àquela comunidade ao qual o caso integra.

Em suma, o que sugere Hart é que em um caso difícil não será possível haver uma única solução, haja vista que esta decisão partirá da discricionariedade do julgador, e com isso, possivelmente haverá posicionamentos similares em outros casos idênticos, e isso se deve ao papel discricionário e específico de cada julgador.

Esta discricionariedade carrega ao magistrado a função de "tapa buraco" nas palavras de Paul Ricouer, haja vista que abrem caminho para a teoria da interpretação, assim, se esta discrição do magistrado é a réplica para o silêncio da lei então há duas preposições: ou ela é arbitrária (por estar fora da lei), ou pertence ao direito favorecido pela pretensão legislativa de que é revestida[446]. Daí se extrai a necessidade de uma teoria argumentativa que elimine esse viés arbitrário para a solução de casos difíceis[447].

Para Dworkin, partindo da ideia de que os julgadores não são eleitos, assim como ocorre com o poder legislativo, eles não possuem perante o eleitorado uma certa responsabilidade, por isso, quando os juízes acabam por criar leis, o doutrinador entende que isso compromete esta proposição[448].

Uma outra objeção de Dworkin está no que se refere ao fato do juiz utilizar uma lei criada por si e aplicá-la de forma retroativa ao caso que possui para julgar, assim, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever criado pelo juiz após o fato[449].

Para Dworkin, como exposto acima, quando o magistrado apenas usa de sua discricionariedade perante o caso difícil que decidiu, acaba por incorrer em retroatividade da norma

---

[441]BELTRAMI, Fábio. Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana.Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/ Acesso em: 15 dez. 2023.

[442]RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 155.

[443] "[...] aquilo a que os juristas chamam os hard cases, os casos difíceis, são aqueles em que não sabemos qual a regra para os enquadrar. É preciso inventar uma espécie de regra ad hoc. [...] Nestes casos, é preciso inventar ao mesmo tempo a norma e o juízo. Representam verdadeiros problemas." RICOEUR, Paul. L'ethique, entre le mal et le pire. Paris Document: archives du Fonds Ricoeur, 1994.

[444]BELTRAMI, Fábio. Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana.Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/ Acesso em: 15 dez. 2023.

[445][...] terceiro axioma: se nenhuma resposta à questão parece contida no direito em vigor, então o julgamento do caso é remetido ao poder discricionário do juiz. RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 156.

[446]RICOEUR, Paul. op. cit., p. 156.

[447]RICOEUR, Paul. op. cit., p. 156.

[448]DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[449]DWORKIN, Ronald. op. cit., 2007.

ao caso, ou seja, legisla sobre novos direitos jurídicos, vez que cria novo direito, o que é inadmissível[450].

Desta feita, Dworkin enfatiza, diferentemente de Hart, que o julgador deverá decidir um caso difícil não por sua livre e própria discricionariedade mas sim em atenção aos princípios da comunidade e pela diferenciação entre regras e princípios. Segundo o autor, a decisão efetuada com base em princípios faz com que o magistrado não crie nenhuma norma nova, isto pelo fato de que os princípios já contemplam o sistema jurídico que está sendo utilizado no caso[451].

Este ponto discricionário permite lembrar da proposta ética de Paul Ricoeur[452], pois para o autor, a ética é fundada num sujeito autônomo que inserido como ser finito no mundo, interpreta e reinterpreta constantemente os valores explícitos e implícitos nas narrativas vividas e recebidas; e ainda em outro sentido, nascido agora de uma exigência moral, ele sujeito adapta e readapta suas escolhas e liberdades pessoais aos desafios presentes[453].

Isto faz com que num primeiro movimento, a tradição de Kant fique subordinada à Aristóteles, pois o contexto da vida ética ganha certa anterioridade em relação às regras, aos princípios e às obrigações. Outrossim, as normas terão de ser aplicadas com vistas ao seu enraizamento na experiência do agente moral situado[454].

Aqui se observa uma certa necessidade de complementação do juízo teleológico e o deontológico, principalmente com relação aos casos difíceis, pois estes geram um conflito considerável onde o juízo moral é insuficiente para dar uma orientação segura numa situação particular, e por isso, tem de recorrer à perspectiva ética[455].

Ricoeur ainda resume que a vida ética está atrelada a três componentes: a estima de si, a solicitude e as instituições justas. Essa estrutura ética tripartida tem por base uma estrutura moral homóloga assentada no predicado obrigatório composta pelo respeito de si (ou obrigação), a norma e os princípios da justiça. [456]

Assim, segundo o filósofo francês, no nível moral o respeito de si corresponde a variante da estima de si que passou com sucesso a prova do critério de universalização; ou ainda, que o respeito é a estima de si passada pelo crivo da norma universal e constrangedora, em suma, a estima de si sob o regime da lei[457].

Desse mesmo modo, denota-se que as normas e os princípios da justiça ficam também situados no plano da moralidade e estão diretamente implicados com os componentes do discurso ético referentes à solicitude e o senso de justiça[458]. De acordo com a sabedoria prática, o julgamento do homem sábio é que determinará a regra e o caso, compreendida a situação em sua particularidade[459]. Há pois um avanço reconhecido por Paul Ricoeur, já que se provoca uma dilatação no campo da ação atento à perspectiva mais elevada da sabedoria prática [460].

O autor ainda enfatiza que é na complexidade que nasce a prática efetiva do juiz. Nesse aspecto, Dworkin apresenta que a interpretação é alusiva aos casos difíceis, os quais levam a uma prática jurídica concreta. É nessa toada que Dworkin relaciona direito e interpretação[461].

---

[450]DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[451] Como afirma Dworkin:"em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa".DWORKIN, Ronald. op. cit., 2007.
[452] "[...] chamamos de 'perspectiva ética', a perspectiva da 'vida boa' com e para os outros em instituições justas." RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991.
[453]MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur, v. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.
[454]MÖBBS, Adriane da silva Machado. op. cit., 2013.
[455]MÖBBS, Adriane da silva Machado. op. cit., 2013.
[456]ROSSATTO, Noeli D. A ética de Paul Ricoeur. In:SILVEIRA, D. C. & HOBUSS, J. (Org.) Virtudes, direitos e democracia. Pelotas: UFPel, 2010.
[457]RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991, p. 251-252.
[458]MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur. v. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.
[459]ROSSATTO, Noeli D. A ética de Paul Ricoeur. In: SILVEIRA, D. C. & HOBUSS, J. (Org.) Virtudes, direitos e democracia. Pelotas: UFPel, 2010.
[460]ROSSATTO, Noeli D. op. cit., 2010.
[461]RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

Para Ricoeur a solução de um caso difícil passa em não transformar uma exceção em regra, tampouco de aplicar uma regra na espera de que isto alivie a sensação dolorosa de decidir. Para o filósofo: "a sabedoria prática consiste em inventar as condutas que mais satisfarão à exceção que requer a solicitude traindo o menos possível a regra"[462].

Do ponto de vista moral, isso significa cumprir a exigência de aplicar a regra de não mentir, já do ponto de vista ético, a solicitude, em nome da bondade, exige que não se faça sofrer mais alguém que já sofre muito[463].

Outrossim, compreende-se através de Ricoeur que na análise dos casos difíceis é colocado a proposta ética à prova, como se percebe no início da vida (aborto) e no fim da vida (eutanásia).

Por sua vez, a aplicação da ética de Ricoeur aos *hard cases* torna a sua resolução não meramente teórica, e ainda que se tenha a percepção de que a decisão é correta, esta não retira o sofrimento. Por isso que Ricoeur enfatiza que o agente moral leve em consideração os sentimentos morais, assim como o respeito e a solicitude, evitando agir como um aplicador da lei ou de regras apenas.

Assim, possível se torna perceber de forma cristalina o funcionamento da ética de Ricoeur, onde a sabedoria prática e o juízo prudencial articulam com outros dois juízos (deontológico e teológico) na busca resolutiva dos casos difíceis. Ademais, pela compreensão de como definir um caso difícil, e pela perspectiva dos autores de como solucioná-lo, convém, em termos práticos, visualizar um *hard case* na América Latina, antes de enfrentar a questão no território brasileiro, mais especificamente no tocante a saúde.

3 BROWN VS BOARD OF EDUCATION: um exemplo de *hard case* na América Latina

Como apresentado acima, um caso que enseje uma decisão que interfira nos costumes pode ser considerado um *hard case*. Com isso, cumpre apresentar um exemplo de *hard case* que interferiu significativamente nos costumes da época nos Estados Unidos, mais precisamente em Topeka (1954).

O fato a ser apresentado fez com que a Corte Superior enfrentasse o problema da segregação racial, pois os Estados Unidos da América sempre tiveram em suas leis sociais às diferenças entre brancos e negros, como por exemplo, locais com demarcações para permanência/uso de brancos vedando o ingresso de negros.

O caso Brown trata exatamente sobre essa diferença racial, e aconteceu da seguinte forma:

> Linda Brown era uma criança negra de tenra idade e que precisava atravessar toda a sua cidade a pé, Topeka, no Estado de Kansas, para chegar à sua escola pública. Ocorre que havia muitas outras escolas públicas próximas de sua casa, no entanto, não aceitavam crianças negras. Diante das negativas das autoridades escolares locais de remanejo, Brown ajuizou contra o Conselho de Educação Estadual (Board of Education of Topeka) para exigir que estudasse próximo de sua residência. A Suprema Corte acabou assegurando seu direito de frequentar uma escola que era exclusiva de brancos a partir de uma interpretação da Décima Quarta emenda Constitucional em defesa da igualdade no mais amplo dos sentidos[464].

O referido caso finalizou com a ideia *separate but equal* (separado mas igual), tornando brancos e negros iguais perante a lei, com isso, permitindo que as duas raças tivessem acesso à educação nas mesmas escolas, sem distinções. Denota-se com isso que embora houvesse disposição legal de seguridade educacional para brancos e negros, na prática a segregação racial era muito latente, e com isso, o tratamento não era isonômico.

---

[462]RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991.
[463]MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur. v. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.
[464]JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em Brown V. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos Estruturais. Salvador: Podivm, 2017, p 571-572.

Este caso fez com que a Corte tivesse alterado o costume da região, ainda que existissem regras/leis educacionais, houve significativa alteração dos costumes até então muito sedimentados na cultura do povo, o que torna o caso um *hard case*[465], pois, os costumes não se modificam por uma simples decisão judicial.

4 MEDICAMENTOS A BASE DE CANABIDIOL, A EUTANÁSIA E O ABORTO

Como apresentado inicialmente, no Brasil a saúde foi elevada ao rol dos direitos fundamentais, assim, pela lógica do art. 200 da Constituição Federal de 1988 foi criado o programa público sanitário mediante a elaboração da Lei do SUS[466].

O fato de a saúde ser considerada dever do Estado faz com que este direito possa ser judicializado, o que acontece rotineiramente para custeio de exames, cirurgias, medicamentos e assim por diante.

Contudo, é importante sedimentar a grande diferença entre a complexidade de um caso para um *hard case.* Nesse ponto de vista vale analisar algumas questões sanitárias no Brasil, como por exemplo o tratamento à base de canabidiol, o aborto e a eutanásia.

Num primeiro momento podemos citar que o Poder Público é muito demandado a custear medicamentos não incorporados à lista do SUS e imprescindíveis ao tratamento de pessoas que não dispendem de recursos suficientes para bancar seu tratamento.

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já havia decidido que para o Poder Público ser obrigado a fornecer um medicamento judicializado seria necessário que a parte comprovasse o pleito por meio de pedido médico, indicasse a imprescindibilidade do tratamento e que o fármaco fosse registrado pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)[467].

Mas nem todos os pedidos judiciais comportavam estes requisitos, exemplo disso no Brasil foi o emblemático caso de tratamentos à base de medicamentos extraídos da planta Cannabis, pois muito se foi demandado a fim de obter a referida medicação a para o tratamento de epilepsia, por exemplo.

Tempo depois, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu a questão, na qual entendeu que mesmo um medicamento sem a eficácia comprovada e sem o selo da ANVISA deve ser fornecido pelo Poder Público. Para isso, a parte deve comprovar a incapacidade financeira, a imprescindibilidade do fármaco e impossibilidade de substituição do medicamento por outro disponível na listagem do SUS[468].

Denota-se com isso que houve a análise de uma situação complexa consubstanciada em fornecer um medicamento não padronizado pelo SUS, sem eficácia comprovada e sem registro da ANVISA, o que tornaria a comercialização do produto ilegal no país.

Apesar disso, o medicamento se apresentava imprescindível para o tratamento de epilepsia de tal forma que nenhum outro fármaco se mostrou até o momento. Esta decisão do STF enalteceu a prestação sanitária do Estado e apesar de ser um caso complexo de decidir, está muito longe de se considerar um *hard case.*

Para que o caso fosse considerado difícil haveria a impossibilidade do STF em encontrar parâmetros legais para decidir o caso, o que não ocorre, uma vez que a saúde está definida na Constituição brasileira assim como o dever do Estado em assegurá-lo. Com isso, o único problema enfrentado foi o de conceder o pedido de medicamento não registrado no Brasil e sem a eficácia sedimentada. Apesar disso, a referida decisão ensejou uma nova ótica para o tratamento com

---

[465]BELTRAMI, Fábio. Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana.Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/ Acesso em: 15 dez. 2023.

[466]Art. 200 e Lei 8080/1990.

[467]Dados extraídos em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx

[468] Dados extraídos em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468002&ori=1

canabidiol, efeito disso se encontra atualmente com pelo menos 15(quinze) produtos à base de cannabis registrados pela ANVISA para diversos tratamentos, dentre eles, a epilepsia[469].

Por outro lado, o que fazer quando se está diante de um estado terminal? Paul Ricoeur convida a questionar se deve se fazer a exceção à regra e mentir deliberadamente para não debilitar mais quem já está debilitado e luta desesperadamente contra a morte[470]. Este caso faz com que o respeito mútuo e a solicitude sejam praticadas, pois algo precisa ser decidido. Por exemplo, a solicitude viabiliza a estima de si mesmo como um outro, e o outro consigo mesmo; e, o respeito (segundo Kant) traz consigo a distinção entre coisa e objeto, possibilitando a compreensão de que o reconhecimento do outro não se dá com base nos moldes da relação pessoa coisa, mas segundo a relação de reciprocidade interpessoal, tomando o outro como fim em si mesmo[471].

Para Ricoeur, ao contrário de Kant, o respeito não é tomado apenas em relação à lei, mas em referência ao outro, uma vez que o outro como pessoa agredida e sofrida é bem mais que a lei violada[472].

Nesse ponto, uma pessoa que se encontra em Estado terminal e busca pela eutanásia, seria este um exemplo de *hard case* no Brasil? Retomemos o conceito básico dos casos difíceis e analisemos principalmente a existência ou não de uma disposição legal acerca do tema.

Pois bem, em se tratando de Brasil, a eutanásia está definida como crime, primeiro por haver na Constituição Federal a garantia da vida e segundo por conter no Código Penal tipificação do crime contra a vida nos arts. 121 e 122, especificamente.

Muito embora durante os anos 1996 e 1999 tramitou no Congresso Nacional um projeto de lei nº 125/96 de autoria do Senador Gilvan Borges que visava a autorização da prática da eutanásia. A proposta tinha o intuito de permitir que indivíduos mantidos em vida de forma artificial, com o aval de dois médicos e com o consentimento do paciente, ou na impossibilidade deste de seus ascendentes ou descentes, de permitir a prática da eutanásia sem que isto fosse considerado crime. Contudo, o processo foi arquivado dada a grande resistência na época.

Em que pese no Brasil não haja uma disposição direta em desfavor da eutanásia, percebe-se pela Constituição[473] e do Código Penal[474][475]que alguns diplomas vedam esta prática e permitem que o magistrado os utilize como subsídio para negar um eventual pedido, o que de imediato afastaria a configuração de um *hard case*, embora novamente o caso seja complexo.

Outro tema de grande polêmica está atrelado ao aborto. No Brasil muito vem se debatendo acerca deste tema, tanto é que o STF está discutindo sobre sua eventual descriminalização ou não.

Apesar disso, temos novamente que a complexidade da causa não se transforma em um *hard case*, isso pelo fato de que se encontra no ordenamento brasileiro disposições que vedam esta prática, embora possa se discutir e muito sobre o tema na pasta dos costumes.

Ainda que se trate da descriminalização, no ordenamento brasileiro existe a permissão para a prática do ato em três situações: 1) quando a gravidez apresenta risco de vida para a gestante, 2) quando o feto é fruto de estupro, 3) ou quando o feto é anencefálico. Nessas hipóteses o abordo poder ser realizado pelo próprio Sistema Público de Saúde, por exemplo.

Assim, pelos mesmos fundamentos da eutanásia, pelo ordenamento garantir a vida e penalizar o ato de 'matar alguém', isso faz com que a prática do aborto seja vedada em outros casos.

---

[469]Dados extraídos em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2022/anvisa-aprova-novo-produto-medicinal-a-base-de-cannabis-1.
[470]RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991.
[471]MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur. v. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.
[472]MÖBBS, Adriane da silva Machado. op. cit., 2013.
[473]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.
[474]Art. 121. Matar alguém.
[475]Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça.

Dessa feita, o tema debatido pelo STF traz grande complexidade, mas isto não importa em dizer se tratar de um *hard case*, porquanto, de início, uma decisão favorável ao aborto parece ser contrária à própria legislação vigente, caso sejam utilizados os mesmos parâmetros.

Outrossim, o que é importante perceber nos três casos apresentados que envolvem a saúde no Brasil, ainda que carreguem grande polêmica e complexidade, não se trata de casos difíceis.

A dialética entre a perspectiva ética e a moralidade se mostra de forma mais clara na aplicação da sabedoria prática à resolução dos casos difíceis. Uma vez que a sabedoria prática consiste em inventar condutas que mais satisfarão à exceção que requer a solicitude, de forma que se traia, o menos possível, a regra[476].

Por essa perspectiva, talvez se deva compaixão por aqueles que não possuem condições físicas e morais para entender a verdade, talvez necessário seja aprender a dosar a comunicação da verdade. Para Ricoeur há uma diferença entre anunciar a doença, indicar a sua gravidade e proferir a verdade clínica como uma sentença de morte.

Em alguns casos é possível que a verdade alcance um nível que a relação entre dar e receber permita à aceitação da morte, cumprindo assim com a difícil tarefa de equilibrar o respeito à regra (ou à lei) e o respeito ao outro (solicitude). Ainda é importante destacar em Ricoeur com relação ao justo meio como um bom conselho na resolução de dilemas tais como o da vida começando e o da vida acabando[477].

Por fim, importante sintetizar que os temas em destaque (medicamento a base de canabidiol, eutanásia e aborto), ainda que extremamente complexos diferem e muito dos casos difíceis, os quais exigem do julgador um desdobramento maior para solucioná-los pela falta de leis que se adéquem ao caso concreto. No Brasil, a saúde está bem sedimentada e regida, assim como a preservação da vida, elementos estes que permitem a análise do julgador de forma pragmática. Assim, reconhecendo a configuração de um *hard case*, ainda que os temas debatidos sejam compostos por uma grande gama de peculiaridades, estes casos não se enquadram na definição de *hard case,* sendo apenas casos complexos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a saúde pública passou por diversos períodos até se tornar fundamental, graças a denominada Reforma Sanitarista. Nesse aspecto, ressalta-se a influência sofrida pela colonização europeia e pelas novas doenças trazidas em navios ao território brasileiro.

A evolução história deste direito foi sedimentada na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, elevando assim este direito ao rol dos fundamentais.

Se no período colonial a saúde era acessível somente aos que detinham riquezas, e antes da vigente Constituição, aos contribuintes previdenciaristas. A partir da promulgação da Constituição de 1988 toda a população tem direito ao acesso universal e integral da política pública de saúde.

Esta conquista trouxe também alguns reflexos no mundo processual com a judicialização deste direito, seja para a obtenção de medicamentos, custeio de cirurgias, procedimentos, entre outros. A complexidade que envolve a saúde e a administração pública coloca os magistrados em posição delicada, a de decidir, ainda que inerente à profissão.

Apesar disso, esta complexidade não pode ser confundida com um *hard case*, pois para configurar um caso difícil é necessário, por exemplo, que o magistrado não encontre elementos jurídicos suficientes para aplicar no caso concreto. É nesta perspectiva que há o enfrentamento do pensamento de alguns autores, em especial Hart e Dworkin, na ideia de como solucionar os casos difíceis.

---

[476]RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991.
[477]MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur. vl. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.

Ainda assim, é importante compreender o sistema jurídico antes de analisar uma demanda e poder então definir se esta é ou não um *hard case.* Com isso, no Brasil, com a sedimentação da saúde intimamente ligada ao direito à vida, ambas fundamentais, se extrai certa dificuldade de encontrar possibilidades de casos difíceis no ordenamento brasileiro.

Nessa toada, passamos por três pontos de grande polêmica e complexidade, o pedido judicial de medicamentos à base de canabidiol, situações que envolvem aborto e eutanásia. Assim, retomando a análise do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que os três casos podem ser decididos com leis já definidas em nosso sistema. Com isso, em atenção aos conceitos trazidos por Dworkin, Hart e Ricoeur, é possível compreender que estes três temas em destaque, ainda que possivelmente demandados judicialmente no Brasil, em que pese complexos, não se configuram como *hard cases.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009, p 4-11. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em 07 jan. 2020.

BELTRAMI, Fábio. Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/ Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. Anvisa. Produtos aprovados a base de canabidiol. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2022/anvisa-aprova-novo-produto-medicinal-a-base-de-cannabis-1. Acesso em 12 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 34.596 de 16 de novembro de 1953. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=34596&ano=1953&ato=766ETTE5EeJRVTa23. Acesso em 15 de jan de 2023 às 15:00 hrs.

BRASIL.. Fundação Nacional de Saúde. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica. Acesso em: 22 de dez. de 2023 às 23:00 hrs.

BRASIL. Lei Complementar nº 141/2012, de 13 de janeiro de 2012. Dispõe sobre valores a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em 13 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº8142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da sociedade na gestão do SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Requisitos para o fornecimento de remédios fora da lista do sus. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Requisitos para o fornecimento de remédios sem registro na ANVISA. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468002&ori=1. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Universidade Federal de Santa Catarina. Reforma Sanitarista. Disponível em: https://unasus2.moodle.ufsc.br/pluginfile.php/6121/mod_resource/content/1/Conteudo_on-line_2403/un03/obj6.html#:~:text=Como%20consequ%C3%Aancia%2C%20em%201988%2C%20a,de%20todos%2C%20dever%20do%20Estado. Acesso em 15 de jan. de 2023 às 19:00 hrs.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. A gestão do SUS. ed 1. Brasília, 2015, p 17-26.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. In: UNESCO. Brasília, 1998. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 06 jan.2023 às 19:49 hrs.

DANIELI, Ronei. A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p 29.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 9, n. 35, 2008, p. 101.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/introducao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2023.

GAVIÃO, Anízio Pires Filho. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais Estatuídos Não Diretamente ou Implícitos?. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257.
GEBRAN, João Pedro Neto; SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde: Análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo, 2016, p 125-126.
GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2012, p 49.
HACHEM, Daniel Wunder. Revista de Direito Administrativo & Constitucional:A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p 136-149.
HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: Gilmar Ferreira Mendes (trad). Porto Alegre: Fabris, 1991, p.21.
JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em Brown V. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos Estruturais. Salvador: Podivm, 2017, p 571-572.
MAGALHÃES, Lana. Saúde Pública no Brasil. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/saude-publica-no-brasil/. Acesso em 20 de dez. 2023 às 20:00 hrs.
MÖBBS, Adriane da silva Machado. Respeito e Casos Difíceis (hard cases) em Paul Ricoeur. v. 29. Guarapuava: Revista Gauiracá, 2013.
PINTO, Élida Graziane. Financiamento dos Direitos à Sáude e à Educação: Uma Perspectiva Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p 84-85.
POLIGANO, Marcus Vinícius. História das Políticas de Saúde no Brasil. Uma pequena revisão. Disponível em: http://www.nesbuc.ufc.br/downloads/historiapoliticassaudebrasil.pdf. Acesso em: 15 de dez. de 2023 às 22:00 hrs.
POSSAS, Cristina. A saúde e trabalho – a crise da previdência social. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 324.
PUGLIESE, William Soares. ROSA, Viviane Lemes da. Processo Civil e tutela de Direitos. Disponível em: https://red-idd.com/files/2021/2021GT09_006.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023 às 17:00 hrs.
RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 155.
RICOEUR, Paul. L'ethique, entre le mal et le pire. Paris Document: archives du Fonds Ricoeur, 1994.
RICOEUR, Paul. O si-mesmo como um outro. Trad.: Lucy Moreira César. São Paulo: Papirus, 1991.
ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p 19-23.
ROSSATTO, Noeli D. A ética de Paul Ricoeur. In:SILVEIRA, D. C. & HOBUSS, J. (Org.) Virtudes, direitos e democracia. Pelotas: UFPel, 2010.
SARLET, Ingo Wolfganfg. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial - notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processo Estruturais. Salvador: Podvim, 2017, p. 216 - 218.
SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro: 2016, p 1645. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156. Acesso em 04 jan. 2023.
SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. Acesso em: 15 de dez. 2023 às 20:00 hrs.
SOUZA, Julio Cesar de. GOMES. Magno Federici. A Judicialização na Saúde e a Fronteira Entre o Individual eu Coletivo: Considerações Sobre o Acesso ao Sistema único de Saúde Sustentável. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 24, n. 1, p. 216-242.

PROCESSOS ESTRUTURAIS NA FASE EXECUTÓRIA: CARACTERÍSTICAS E COMPLEXIDADES PARA A REESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS

Matheus Moreira[478]

INTRODUÇÃO

Existe um grupo específico de processos judiciais que visa à modificação de um estado de coisas pré-estabelecido de modo a transformar o estado de realidade em adequação ao mundo do dever-ser. Objetiva procurar a tutela jurisdicional para que se implemente a visão de mundo ideal a respeito de determinada área ou instituição da sociedade.

Diante da existência de um estado de coisas que destoe do mundo ideal, notadamente quando essa distorção provoca efeitos jurídicos maléficos a uma pessoa ou, principalmente, a um grupo determinado ou não de indivíduos, o procedimento jurisdicional apto a resolver essa especialíssima controvérsia é justamente o processo estrutural.

De início, pode-se constatar que os processos estruturais guardam características muito próprias, as quais, ao serem mais bem analisadas, demonstram complexidades e particularidades intrínsecas desse tipo especial de litígio.

Em que pesem os evidentes problemas e dificuldades relacionados ao julgamento de mérito de um problema estrutural, certamente se eleva a complexidade quando a decisão precisa ser materialmente implementada em um processo de execução.

Algumas perguntas acerca da implementação das decisões estruturais surgem: i) o Poder Judiciário pode determinar ativamente a criação de políticas públicas, a reestruturação da forma de como os serviços públicos são prestados, a alocação de recursos públicos em determinada atividade estatal, a modificação interna de determinados órgãos administrativos, entre outras disposições afins, sem que se configure violação ao princípio da separação dos Poderes?; ii) o Poder Judiciário pode dispor de medidas executivas não previstas expressamente no Código de Processo Civil (CPC), a fim de garantir efetividade às decisões estruturais?; iii) quais são os limites normativos dos princípios da congruência ou adstrição em processos judiciais intimamente ligados à premissa da flexibilidade processual, tais como os litígios estruturais?; iv) como e por meio de quais medidas o Poder Judiciário pode alterar profundamente o estado de coisas de determinadas instituições sociais há longa data deficientes, como, por exemplo, as distorções verificadas no sistema carcerário – superlotação, inexistência do cumprimento da finalidade ressocializadora da pena, ausência de condições mínimas de higiene nas celas, entre outras.

Tais questionamentos podem ser respondidos pela análise do fenômeno dos processos estruturais, sobretudo sob o enfoque da execução das medidas estruturais.

O artigo visa apresentar estudo que aborde o tema dos processos estruturais, sob o prisma global, sem a pretensão de esgotar a temática, assim como pretende efetuar ponderações específicas acerca da execução das medidas estruturantes.

No capítulo 2, intitulado "A origem dos processos estruturais", serão realizadas considerações sobre o caso *Brown v. Board of Education*, demonstrando a importância desse julgamento para o início do estudo dos processos estruturais.

Por sua vez, no capítulo 3, procurar-se-á conceituar os principais institutos e características inerentes ao tema.

Por fim, no capítulo derradeiro, será realizado um estudo sobre os principais contornos das medidas estruturais. Além disso, ao final, será analisado o grupo de casos *Holt v. Sarver*[479], que é um exemplo inequívoco de execução estrutural.

---

[478] Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL.

[479] Grupo de litígios que, durante o final da década de 60 e início da década de 80, discutiram a constitucionalidade do sistema carcerário do Estado do Arkansas nos Estados Unidos.

1 A ORIGEM DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Nos Estados Unidos da América, no ano de 1954, na cidade de Topeka do estado do Kansas, a família de *Linda Brown* pleiteou sua inscrição na escola *Sumner School,* destinada exclusivamente a crianças brancas, pois, a *Monroe School,* escola para negros, estava situada a vinte e um quarteirões de sua casa, bem como era instituição de ensino notavelmente precária, tanto pelas instalações físicas como pela deficitária qualidade de ensino. O pedido de matrícula foi indeferido pela instituição de ensino, sob o argumento de que crianças negras deveriam estudar em escolas para negros (Figueira; Mendonça, 2020, p. 162-163).

Infelizmente, a história é verídica. Os registros da história descrevem inúmeros outros terríveis casos de segregação racial. Nos Estados Unidos, *Linda Brown* era mais uma vítima.

Diante de tal injustiça, o pai de Linda, *Oliver Brown*, levou o caso a *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)* que, por sua vez, em solidariedade com a causa apresentada, protocolou ação coletiva perante o Poder Judiciário norte-americano (Figueira; Mendonça, 2020, p. 163).

Importante observar que, em casos passados, tais como *Dred Scott V. Sanford* (1857)[480] e *Plessy v. Ferguson* (1896)[481], a jurisprudência norte-americana era pouco favorável ao reconhecimento da igualdade de direitos entre pessoas brancas e negras, retratando um indigesto histórico de discriminações raciais próprias da sociedade da época.

No primeiro caso, cuja decisão paradigmática é datada do ano de 1857, *Dred Scott*, que era escravo de *John Francis Alexander Sandford*, exercia seu labor nas propriedades de seu senhorio. Em determinado momento, *Dred Scott* passou a residir em local onde vigorava o *Missouri Compromisse*[482]. Assim, *Dred Scott* pleiteou a aplicação da referida legislação perante a Corte Federal dos Estados Unidos, pretendendo se ver livre dos grilhões da escravidão (Britto; Karninke, 2019, p. 274).

Entretanto, após longa discussão processual, a Suprema Corte norte-americana resolveu julgar improcedentes os pedidos aduzidos por *Dred Scott*, por entender que o autor não era cidadão, justamente pelo fato de possuir pele negra, e, pela ausência desse *status*, não poderia sequer exercer o direito de ação (Britto; Karninke, 2019, p. 275).

No segundo caso, com decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1896, *Homer Plessy*, jovem negro, ingressou em vagão de trem destinado a pessoas brancas e, após recusar-se a se retirar do local, acabou sendo detido. Diante do ocorrido, *Plessy* ajuizou demanda em face de *John Howard Ferguson* – dono da companhia ferroviária, questionando a constitucionalidade da *Lousiana's Separate Car Act*, Lei do Estado de Lousiana que obrigava que as companhias mantivessem vagões distintos para o público branco e para o público negro (Britto; Karninke, 2019, p. 275).

O caso foi levado à Suprema Corte norte-americana, tendo sido, ao final, proferida decisão pela constitucionalidade da legislação em questão – em apertada síntese, o Poder Judiciário afirmou que negros mereciam tratamento igualitário pela ferroviária, mas sempre em locais separados do público branco (Britto; Karninke, 2019, p. 275). Assim, a partir do caso *Plessy v. Ferguson*, estabeleceu-se a doutrina *separate but equal* (Kaufmann, 2007, p. 142), segundo a qual a segregação racial não violava a décima-quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Além de *Dred Scott V. Sanford* (1857) e *Plessy v. Ferguson* (1896), outras decisões rejeitando a igualdade de direitos aos negros foram proferidas no âmbito do Poder Judiciário estadunidense, demonstrando que, no contexto histórico da ação apresentada pela *NAACP* diante do caso *Brown*, havia presente uma fortíssima estrutura social propagadora da exclusão e segregação social dos negros, a qual deveria ser rechaçada.

---

[480] *US SUPREME COURT*. ***Dred Scott v. Sanford***, 60 U.S. 393 (1856).
[481] *US SUPREME COURT*. ***Plessy v. Ferguson***, 163 U.S 537 (1896).
[482] Espécie legislativa, datada do ano de 1820, que vedava o regime escravocrata em determinados estados.

A ação coletiva proposta pela *NAACP*, que reuniu os interesses de diversos genitores em situação similar, proposta contra o Conselho de Educação (*Board of education*), buscou superar o entendimento até então consolidado da doutrina *separate but equal – Plessy v. Ferguson (1896)* - e, por via consequencial, pôr fim à segregação racial nas escolas.

Finalmente, no ano de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu decisão unânime, no sentido da procedência da ação *Brown v. Board of Education of Topeka*[483], garantindo o direito às crianças negras de estudarem nas mesmas escolas das crianças brancas, sem discriminações[484]. Todavia, como se verá adiante, a simples decisão cognitiva não foi suficiente para extinguir de forma imediata a segregação racial nas escolas, pois, para o efetivo atingimento desse fim, foi necessária a criação de diversos mecanismos executivos complexos, cujos resultados somente puderam ser observados a médio e longo prazo.

1.1 O CASO *BROWN II*

Como salientado no capítulo anterior, a simples decisão judicial determinando a abolição da doutrina *separate but equal* nas instituições escolares não foi suficiente para conferir efetividade material (satisfação) ao direito pleiteado pela *NAACP*.

Embora tenha havido o reconhecimento do direito material das crianças negras frequentarem as mesmas escolas das crianças brancas, sem distinção, surgiu relevantíssimo problema de ordem processual, a inexorável dificuldade da implementação da decisão, pois, como uma simples ordem judicial poderia modificar toda a estrutura segregacionista enraizada naquela sociedade? Como o Poder Judiciário poderia assegurar que as crianças negras fossem tratadas com respeito, igualdade e dignidade nas escolas há muito voltadas exclusivamente às famílias brancas? Como exigir que os pais de crianças brancas matriculassem seus filhos nas escolas, sabendo que estas seriam frequentadas por crianças negras, evitando-se criar outros problemas sociais, tal como a evasão escolar? Ora, a complexidade da efetivação da decisão judicial proferida em *Brown v. Board of Education (Brown I)* era notória.

Diante da referida problemática, agora especificamente sobre as medidas de execução da decisão judicial proferida em *Brown I*, no ano de 1955, a Suprema Corte foi instada a se manifestar novamente, dando origem ao caso *Brown v. Board of Education II (Brown II).*

Em síntese, observa-se que em *Brown I* foi realizado o julgamento paradigmático acerca da possibilidade de os alunos negros frequentarem as mesmas escolas dos alunos brancos, todavia, em *Brown II*, a questão levada a julgamento não se referiu à matéria meramente cognitiva, mas sim sobre as medidas de implementação da decisão judicial outrora proferida[485].

Acerca das medidas executivas adotadas em *Brown II,* Jordão Violin afirma que a Suprema Corte norte-americana recomendou que a decisão proferida em *Brown I* fosse cumprida no menor tempo possível, conforme a prescrição *with all deliberate speed*[486], mas não ignorou o fato de que o efetivo cumprimento da ordem judicial necessitaria de maior tempo, pois a execução seria realizada de forma gradual, diante da grande resistência de parcela da sociedade (Violin, 2013, p. 32).

Além disso, a Corte Máxima dos Estados Unidos anteviu que alguns estados poderiam criar dificuldades e empecilhos à efetiva implementação da decisão judicial. Dessa forma, foi

---

[483] *US SUPREME COURT*. ***Brown v. Board of Education of Topeka***, 347 U.S 483 (1954).

[484] Marco Félix Jobim muito bem pontua que *Brown v. Board of Education of Topeka* é entendido por muitos como a decisão mais importante em termos de garantia de direitos fundamentais proferida pela Suprema Corte estadunidense, pois, além de assegurar direitos civis no plano jurídico, logrou êxito em alterar em relevante medida a estrutura segregacionista da sociedade da época. JOBIM, Marco Félix**. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 82-85.

[485] Jordão Violin, em sua brilhante tese de doutorado, defende que o caso *Brown II* é tão paradigmático quanto *Brown I*, pois, enquanto o último foi precedente jurisprudencial relevantíssimo quanto ao conteúdo da decisão (fim da segregação escolar), aquele foi emblemático quanto à forma, por ser o primeiro exemplo de processo estrutural da história judiciária dos Estados Unidos. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 32-33.

[486] Isso é, com a maior celeridade possível.

realizada a delegação de funções aos órgãos jurisdicionais locais para fiscalizarem as condições físicas das escolas, o sistema de transporte escolar, além de outras medidas importantes à concretização da dessegregação escolar – estabelecendo, nesse ponto, orientação aos juízos locais para adotarem medidas executivas flexíveis e individualizadas para cada caso específico (Violin, 2013, p. 32).

Brown II é tratado como o marco dos processos estruturais ou estruturantes[487], termos sinônimos, pois diante da complexidade do caso, bem como pela presença de estrutura social estabelecida que apregoava a segregação racial, foi necessário, para além de declarar a mera (in)constitucionalidade ou (i)legalidade da situação-problema, analisar de forma aprofundada as bases sociais que antecederam o litígio para, depois disso, propor medidas e estratégias materiais a fim de promover a reestruturação da sociedade e do próprio problema estrutural[488] levado ao Poder Judiciário.

Assim sendo, de início, pode-se afirmar que o caso de *Oliver Brown* e sua filha *Linda Brown*, em especial em *Brown II*, foi substancial ao surgimento do estudo dos processos estruturais[489], por pretender realizar uma reforma estrutural nas instituições de ensino norte-americanas e na própria doutrina *separate but equal,* dando início à técnica da *structural reform*[490].

2 CONCEITUAÇÃO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS

No capítulo anterior, foi apresentado o caso que provocou o surgimento dos processos estruturais. *Brown v. Board of Education*, sobretudo em *Brown II*, demonstrou que o Poder Judiciário pode enfrentar controvérsias de especial complexidade, por envolver a necessidade da identificação e posterior modificação de um estado de coisas, exigindo do julgador e das partes muita destreza em lidar com esse tipo especial de controvérsia. Visto que, em matéria de processos estruturais, não existe uma fórmula de resolução previamente estabelecida pela lei[491][492], isso permite que os atores processuais construam, conjuntamente, em ambiente de cooperação, uma solução justa e efetiva ao processo.

Assim sendo, uma vez realizadas brevemente as considerações sobre a origem dos processos estruturais nos Estados Unidos da América, resta necessária a elucidação sobre o que especificamente são os processos estruturais, notadamente suas características e possíveis

---

[487] Jordão Violin assevera que o caso *Brown II* além de ser notavelmente estrutural, reúne todas as condições para ser entendido como um importantíssimo exemplo de *public interest litigation*, quais sejam: existência de multilateralidade de interesses processuais; processo judicial pretendendo modificar o estado de coisas, mediante normas programáticas; causa de pedir e pedido eivados de pretensões difusas; pretensão de reestruturação de um estado de coisas estabelecido; execução judicial que demanda ações complexas, cujos efeitos só se concretizariam no futuro e; medidas executivas criadas a partir da premissa da cooperação do estado juiz e das partes. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 638.

[488] Como será melhor abordado no capítulo 3.1, problema estrutural é toda aquela matéria levada à análise do Poder Judiciário que, necessariamente, importará na criação de um processo estrutural, como meio adequado a solucionar a controvérsia.

[489] Nesse sentido, Desirê Bauermann ensina que *Brown v. Board of Education* foi o *Leading Case* das ações estruturais nos Estados Unidos da América. BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 53-54.

[490] Termo empregado por *Owen Fiss* para a técnica da modificação/reforma estrutural, a qual visa reestruturar um estado de coisas pré-constituído que se encontra em desconformidade com o mundo do dever-ser. FISS, Owen. *Two models of adjudication. In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2008, p. 761.

[491] Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que os processos estruturais são caracterizados por evidente flexibilidade processual, devido à impossibilidade de serem criadas regras gerais que estabeleçam fórmulas ou parâmetros pré-definidos para a resolução dos litígios dessa natureza. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan-mar, 2020, p. 115.

[492] A doutrina defende que a base normativa para execução de decisões estruturais advém das medidas executivas atípicas, notadamente dos artigos 139, IV e 536, §1º do Código de Processo Civil. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes (*Notes about structural injunctions*). ***Civil Procedure Review***, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan-abr, 2017, p. 57-58.

conceitos. Mas, preliminarmente, far-se-ão algumas considerações sobre o que é um problema estrutural e o que caracteriza uma decisão estrutural.

Problema estrutural é entendido como um estado de fato ou de direito que contrasta ao mundo do dever-ser idealizado pelo interessado. Nesse sentido, quando um problema estrutural é apresentado ao Poder Judiciário, espera-se que a tutela jurisdicional modifique, altere, construa, desconstrua ou aprimore determinada estrutura fática ou jurídica pré-existente. Em outras palavras, o problema estrutural é aquele que somente pode ser resolvido por medidas executivas que venham a reestruturar o estado de coisas.

Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira asseveram que o problema estrutural é definido pela existência de um estado de desconformidade estruturada que é formado pela dicotomia da realidade e da idealidade a respeito do estado de coisas (2020, p. 104). Pontuam que o problema estrutural nem sempre estará ligado à noção de ilicitude, pois um estado de coisas estritamente lícito poderia gerar consequências inequivocamente injustas, motivo pelo qual o problema estrutural é caracterizado independentemente da essência lícita ou ilícita da controvérsia (2020, p. 104-105).

Logo, tendo por premissa que o problema estrutural é caracterizado pelo estado de coisas incompatível com o mundo do dever-ser idealizado, pode-se indicar como exemplos de problemas estruturais as seguintes situações-problemas: i) o direito à educação, em seu caráter material (qualidade de educação), dos deficientes visuais e auditivos, que, embora garantido o direito à participação no ambiente escolar, faltam professores especializados capazes de repassar suficientemente o conhecimento para esse grupo social[493]; ii) o direito à dignidade dos aprisionados e o problema da superlotação carcerária[494]; iii) as dificuldades de o Estado garantir serviço público de saúde em grau de eficiência elevado, sem haver imperfeições na execução administrativa dos serviços, tais como longas filas para atendimento e cirurgias eletivas[495] e; iv) problemas relacionados à recuperação judicial e falência[496].

Ainda sobre o tema dos problemas estruturais, segundo as relevantes constatações de Matheus Souza Galdino, pode-se afirmar a existência de "graus de estruturalidade" para diferentes questões estruturais, que são definidos em problemas de baixo, médio ou alto grau de

---

[493] Fátima Sueli Vidoto Ricardo, em artigo publicado no ano de 2018, assevera que grande parcela das escolas brasileiras não está preparada fisicamente para atender alunos com deficiência, sendo insuficiente ou completamente inexistente a adequação física do ambiente escolar para realizar substancialmente a inclusão. Além disso, pontua que outro problema enfrentado pelos deficientes físicos é justamente a falta de capacitação técnica dos professores para lidar com alunos portadores de deficiências. RICARDO, Fátima Sueli Vidoto. A importância da inclusão de aluno com deficiência auditiva na escola de ensino regular de Naviraí/MS: um estudo de caso. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, São Paulo, ed. 12, v. 03, p. 153-169, dez., 2018, p. 5-6.

[494] Nicaela Olímpia Machado e Isaac Sabbá Guimarães ensinam que a superlotação dos presídios é fato notório e questão comum à maioria dos presídios brasileiros. O aludido problema, além de gerar distorções na execução penal – por exemplo, a dificuldade da separação de aprisionados de alta periculosidade dos apenados de pequena periculosidade – impossibilita a garantia material e efetiva de direitos fundamentais básicos como dignidade humana, saúde, alimentação, higiene e outros, ocasionando deficiência estrutural na própria finalidade da pena, qual seja a ressocialização. MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A realidade do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n. 1, p. 566-581, jan-mar, 2014. p. 574-576.

[495] Roberto Freitas Filho e Ramiro Nóbrega Sant'ana realizaram intrigante estudo científico. Os autores analisaram dados de 2013 colhidos do Núcleo de Saúde da Defensoria Pública do Distrito Federal, especialmente ações judiciais que visavam à realização de cirurgias eletivas em pacientes do Sistema Único de Saúde. Assim sendo, foram analisadas no estudo 77 (setenta e sete) demandas buscando a realização de cirurgias ortopédicas. Descobriu-se que, na maioria dos casos (46), os pacientes aguardaram na fila de espera por até um ano até buscarem a tutela jurisdicional do direito à saúde e que, após ajuizada a ação, a cirurgia era realizada, geralmente, em até 3 meses. Isso é, caso os pacientes não procurassem o Poder Judiciário, por quanto tempo teriam que esperar para conseguirem a cirurgia? FREITAS FILHO, Roberto; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v.12, n. 67, p. 70-102, jan-fev, 2016. p. 77-81.

[496] Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que as ações concursais (falência e recuperação judicial) trazem à discussão problemas eminentemente estruturais, visto que também partem da ótica da desorganização/desestruturação, por haver dicotomia entre o estado ideal e o estado real das coisas. Desse modo, em todos os casos, necessita-se de uma decisão judicial que reestruture administrativa e contabilmente a empresa recuperanda ou organize eficientemente a ordem e forma de pagamento dos credores da massa falida. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan-mar, 2020, p. 115.

estruturalidade. Em síntese, quanto mais profunda for a necessidade de reestruturação do estado de coisas estabelecido, maior será o grau de estruturalidade (2019, p. 138).

Uma vez apresentado ao Poder Judiciário determinado problema estrutural, a resolução dessa complexa controvérsia será determinada mediante decisão estrutural.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira, as decisões estruturais são aquelas que, "partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)" (2020, p. 109). A decisão estrutural possui dupla natureza, pois, inicialmente, ordena o cumprimento de norma jurídica programática – fixando metas, objetivos, finalidades – para, num segundo momento, estabelecer o modo e a forma de como materialmente o resultado idealizado será atendido (2020, p. 109). Isso é, a decisão estrutural possui dupla dimensão: a primeira, programática; a segunda, definidora de um plano de execução estruturado.

Partindo dessa premissa, pode-se realizar um paralelo com os processos de recuperação judicial, os quais exemplificam facilmente essa natureza dúplice das decisões estruturais.

Conforme os ditames da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), segundo o procedimento estabelecido nos artigos 51 e seguintes, a empresa que apresentar dificuldades em manter saúde financeira-contábil, quando essa dificuldade não acarretar inviabilização completa da atividade empresarial (hipótese de falência), uma vez estando preenchidos os requisitos legais, poderá requerer o processamento da recuperação judicial. Isso é, o magistrado, ao analisar a petição inicial, proferirá decisão pelo processamento ou não da recuperação judicial e, caso se decida pelo acolhimento do pedido de processamento, estabelecer-se-á a norma de cunho programático, consubstanciada na meta da plena recuperação da empresa, configurando assim a primeira dimensão da decisão estrutural.

Por sua vez, de acordo com as disposições dos artigos 53 e seguintes da Lei 11.101/05, definir-se-á plano de recuperação judicial, ou seja, a segunda dimensão da decisão estrutural, que apresentará a forma e o modo de como o objetivo do procedimento será alcançado. Esse plano de recuperação judicial será deliberado em assembleia de credores, os quais poderão aceitá-lo ou rejeitá-lo e, após a execução e término do aludido plano, o magistrado responsável julgará se a empresa se encontra recuperada ou se estará sujeita à falência.

Assim, a título preliminar, entende-se processo estrutural como aquele que é constituído de uma pretensão de resolução de um problema estrutural e, igualmente, é eivado de procedimentos que visam à reestruturação total ou parcial do estado de coisas desconforme com o plano do dever-ser.

Não se pode esquecer do relevantíssimo e pertinente apelo realizado por Marco Félix Jobim, o qual defendeu assertivamente a necessidade de se construir uma teoria dos processos estruturais ou dos litígios estruturais pois estão intimamente relacionados à garantia da efetividade dos valores constitucionais (2021, p. 834). A teoria dos processos estruturais necessariamente perpassaria ao estudo da efetivação dos direitos constitucionais, da identificação do problema do estado de coisas dissonante ao mundo do dever-ser, da complexidade inerente aos litígios estruturais e da presença da multipolaridade (2021, p. 827).

2.1 CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

A fim de abordar o tema das características dos processos estruturais, utilizar-se-á o brilhante trabalho desenvolvido por Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira intitulado "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro", o qual apresenta visão atualizada e bastante lúcida sobre o fenômeno (2020, p. 101-136).

Em suma, os citados processualistas diferenciam as principais características dos processos estruturais sob dois prismas: i) características típicas e não essenciais e; ii) características essenciais.

O primeiro grupo - características típicas e não essenciais - é constituído por elementos que indiciam, no sentido de trazer suspeitas, a estruturalidade de um determinado processo, sem, contudo, pela natureza meramente indiciária, determinar de maneira absoluta que um processo eivado dessas características seja consequentemente estrutural. Em outras palavras, as características típicas e não essenciais sugerem a existência de um processo estrutural, mas, por serem de natureza meramente indicativa, podem existir, em contrapartida, processos estruturais sem as respectivas características. O aludido grupo é constituído dos seguintes atributos: i) multipolaridade; ii) coletividade; iii) complexidade (2020, p. 110).

Por sua vez, o segundo grupo – características essenciais – é configurado por questões indispensáveis à identificação do processo estrutural, ou seja, sem as aludidas características não é possível afirmar que o processo em exame seja de natureza estrutural. Os supracitados autores afirmam que os atributos indispensáveis são: i) a presença de um problema estrutural; ii) a tentativa de implementação de um estado ideal de coisas; iii) procedimento bifásico; iv) procedimento flexível e, por fim; v) a consensualidade (2020, p. 114).

A multipolaridade contrasta à noção tradicional de processo judicial, a qual pressupõe a formação de interesses processuais sob uma ótica bilateral - direito buscado pelo autor e direito defendido pelo réu - enquanto na multilateralidade de interesses, por inexistir uma unidade homogênea entre os grupos representados no litígio estrutural, evidencia-se possíveis dissonâncias entre as pretensões, dentro de um mesmo polo processual, sobre o direito pretendido. O processo estrutural comumente foge à regra da bilateralidade, pois representa, pela sua essência de modificação do estado de coisas, verdadeira pluralidade de interesses do grupo representado.

Sob essa perspectiva, cita-se como exemplo o famoso caso de Brumadinho[497]. Após ocorrido o desastre do rompimento da barragem, a lama de rejeitos se espalhou por vasta extensão de terra. O desastre não só provocou danos físicos aos indivíduos, como afetou consideravelmente a economia local e as relações de trabalho. Também provocou desastre ambiental sem precedentes, destruiu porções de terras indígenas, desabrigou inúmeras pessoas, entre outras gravíssimas consequências sociais. Assim sendo, apenas um fato social provocou consequências jurídicas evidentemente plurais.

Em eventual ação coletiva, em que o polo ativo fosse representado por todos os afetados pelo desastre e o polo passivo fosse integrado pela empresa causadora do fato, a noção tradicional de processo seria insuficiente para explicar a formação de interesses da lide. A fim de assegurar a representatividade adequada, cada subgrupo de interessados (indígenas, desabrigados, famílias das vítimas, meio ambiente, entre outros) teria parcela de legitimidade para pleitear seus interesses plurais e específicos, os quais não necessariamente se comunicariam e, até mesmo poderiam ser, em certa medida, antagônicos.

Assim, a multipolaridade, segundo a ótica de Sérgio Cruz Arenhart, é entendida pela existência de "diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado" (2021, p. 1.072). Em sentido complementar, Matheus Souza Galdino ensina que a multipolaridade pertinente ao estudo dos processos estruturais é somente aquela relacionada à tentativa de modificação do estado de coisas diante de uma desconformidade com o mundo do dever-ser, posto que, em litígios não estruturais, também é possível haver multilateralidade de interesses formados na lide (2020, p. 220).

Quanto à característica não essencial da coletividade, pondera-se que, via de regra, os processos estruturais serão igualmente processos de cunho coletivo, *a contrario sensu*, ressalta-se que nem todos os processos estruturais serão, necessariamente, coletivos.

Todavia, sobre essa característica específica (coletividade), há relevante dissonância doutrinária, pois diferentemente do que defendem Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira, os quais pontuam a coletividade como elemento não essencial do processo

[497] Desastre acontecido na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, no dia vinte e cinco de janeiro de 2019, onde houve rompimento de uma grande barragem de detritos de mineração que provocou um dos mais relevantes danos ambientais e humanitários no Brasil. Em síntese, além da destruição em larga escala de florestas e rios, acabou por vitimizar fatalmente centenas de pessoas, bem como desabrigou mais de mil moradores da região.

estrutural (2020, p. 112), Edilson Vitorelli afirma que os "litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera" (2018, p. 339) e, igualmente, reitera que "ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado[498]" (2018, p. 340). Além disso, Marcella Pereira Ferraro salienta que, no âmbito dos processos estruturais, ainda que o direito pretendido seja de cunho eminentemente individual, devido à necessidade de modificação da estrutura do estado de coisas, deve-se entender o litígio estrutural sob o paradigma do processo coletivo (2015, p. 144-148).

Dessa forma, ainda que haja discordância acerca da natureza essencial ou dispensável da coletividade para caracterização dos processos estruturais, fato é que, ao menos, na maior parte dos casos, os processos estruturais são igualmente processos coletivos, embora, segundo o entendimento de Fredie Didier Júnior *et al.*, possam existir eventualmente litígios estruturais de cunho individual.

Outra característica típica e não essencial é a complexidade, que é entendida pelo grau de abrangência das possibilidades para a efetiva e suficiente resolução do problema estrutural (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 113). Todavia, esse atributo não é essencial à formação do processo estrutural, justamente por ser possível, excepcionalmente, a existência de determinados problemas estruturais que não admitam essa multiplicidade abrangente de formas de resolução da controvérsia[499].

Quanto à importância da existência de um problema estrutural para a formação de um processo estrutural, conforme elucidado anteriormente, o problema de cunho estrutural é aquele que demanda, para seu completo deslinde, uma modificação na estrutura de determinado estado de coisas. Assim, o processo estrutural é o procedimento apto para julgar (cognição) o estado de desconformidade em relação ao mundo do dever-ser e, igualmente, determinar (execução) medidas materiais específicas a fim de reestruturar a situação-problema de fundo.

Denota-se que o processo estrutural, ao relegar o estado de coisas estabelecido para, em um segundo momento, implementar medidas modificativas da estrutura objeto da controvérsia judicial é eivado de mais duas características: i) a tentativa de implementar um estado de dever-ser, a fim de modificar o estado de coisas atual; ii) ser processo de natureza dúplice[500], pois, em um primeiro momento se julga a desconformidade do estado de coisas para com o estado idealizado (decisão programática) para, em um segundo momento, definir quais serão as medidas capazes de realizar, no mundo real, a reestruturação pretendida (decisão definidora do plano de execução das medidas estruturantes).

Além disso, os processos estruturais são eivados de notável flexibilidade quanto à execução, visto que, diante da especial natureza dos litígios estruturais, os quais demandam uma atuação, de certa maneira, ativista da jurisdição, inexiste qualquer viabilidade legislativa de se antever e prescrever em rol taxativo quais serão as medidas processuais que poderão ser adotadas. Assim, a flexibilidade inerente aos processos estruturais gera, em contrapartida, uma grande amplitude de possibilidades disponíveis às partes e ao juízo para a resolução do problema estrutural.

---

[498] Por litígio coletivo irradiado, conforme os ensinamentos de Edilson Vitorelli, entendem-se aquelas situações concretas que interessam a pessoas determinadas (sujeitos processuais determinados). Mas, diferentemente de um litígio qualquer, há diferenciação em grau de intensidade e de forma da espécie de pretensão para cada interessado individual representado na demanda coletiva. Em síntese, nessa espécie de litígio coletivo, haverá representados mais ou menos afetados (grau de intensidade), bem como existirão representados afetados de diferentes formas pelo fato concreto ensejador do processo judicial. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 45.

[499] Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira realizam relevante ponderação: "não é a maior ou menor complexidade que define o processo como estrutural, embora esse indicador contribua sensivelmente para sua identificação". DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan-mar, 2020, p. 114.

[500] Matheus Souza Galdino ensina que o procedimento próprio dos litígios estruturais é de ordem bifásica, pois, na primeira fase, identifica-se o estado de coisas atual e realiza-se o juízo de confrontamento desse estado de coisas para com o mundo ideal. Após, na segunda fase, são estabelecidos o alcance e a forma de execução das medidas estruturais, diante de um pressuposto de proporcionalidade, estas que visam à modificação do *status quo* em desconformidade com o mundo ideal. GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 217.

Nesse sentido, verifica-se, com muita clareza, a necessidade inafastável da aplicação de medidas processuais não previstas expressamente no Código de Processo Civil, tais como medidas executivas atípicas, utilização de meios de prova atípicos, entre outras (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 115).

Por fim, a última característica essencial aos processos estruturais é a consensualidade. Devido à evidente dificuldade e complexidade de realizar com efeito a modificação ou a reestruturação do estado de coisas, há, no âmbito dos litígios estruturais, grande apelo à utilização dos negócios processuais e resolução do conflito mediante participação ativa dos interessados, em uma espécie de supervalorização da importância da cooperação processual, em busca da satisfação efetiva do mérito (Didier Júnior; Zaneti Júnior; Oliveira, 2020, p. 115).

3 AS MEDIDAS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE REESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS

Sob à ótica do processo judicial comum, observa-se que o Código de Processo Civil estabelece que a petição inicial deve apresentar pedido certo (art. 322) e, geralmente, determinado (art. 324, *caput*), sendo que apenas se admite pedido genérico quando observadas as hipóteses e condições previstas no Código (art. 324, §1º).

A lógica aplicável ao processo não estrutural perpassa a noção de que a parte autora deve formular o pedido, estabelecendo estritamente os contornos e limites que essa pretensão poderá alcançar no processo, de modo que, caso verificado pedido genérico, fora das hipóteses legais, a petição inicial será indeferida por inépcia, conforme o CPC, artigo 330, I. Além disso, a formulação de pedidos realizada pela parte autora vincula restritivamente o julgador, pois esse não pode proferir decisão de natureza diversa da requerida, nos exatos termos da disposição do art. 492, *caput*, do CPC.

Logo, pode-se afirmar de plano que o Código de Processo Civil adotou os princípios da congruência e da demanda. Conforme os ensinamentos de Isan Almeida Lima, o princípio da congruência ou adstrição estabelece que a função jurisdicional encontra limite nos exatos termos do pedido autoral, não podendo, portanto, decidir para além do inicialmente pretendido pela parte interessada (2014, p. 6976). Por sua vez, conforme as lições de Humberto Theodoro Júnior, o princípio da demanda ou inércia consagra que o Poder Judiciário não possui legitimidade para inaugurar autonomamente o processo judicial (2014, p. 89).

Considerando as particularidades específicas dos processos estruturais, é de se reconhecer que o princípio da congruência ou adstrição não deve ser aplicado irrestritamente, pois, caso não sejam realizadas algumas relativizações à aludida norma processual, inviabilizar-se-ia completamente qualquer implementação minimamente satisfatória das decisões estruturais.

Uma das características essenciais dos processos estruturais é justamente a flexibilidade do procedimento, garantindo ao órgão jurisdicional e às partes ampla possibilidade de execução, compreendida principalmente pelas medidas executivas atípicas e, igualmente, na relativização necessária ao princípio da congruência ou da adstrição[501].

Sergio Cruz Arenhart realiza brilhantíssima afirmação sobre o movimento de relativização dos princípios da demanda e da congruência, tidos por sinônimos pelo autor, diante da noção contemporânea de processo, o que se aplica perfeitamente aos processos estruturais. Nesse aspecto, defende o jurista paranaense que há instrumentos já utilizados na prática processualista civil que "indicam a tendência à aceitação de uma ampla relativização do princípio da demanda, o que demonstra a paulatina superação dos dogmas em que se assenta esse comando" (2013, p. 394) e que também se vê uma "tendência em se oferecer ao magistrado a possibilidade de dar ao caso

[501] Henrique Alves Pinto assevera que, para cumprir adequadamente com os objetivos do processo estrutural, deve-se interpretar de forma relativa o princípio da congruência, superando-se o formalismo processual em prol da consecução material dos valores da Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, n. 42, p. 369-402, 2017, p. 386.

concreto a proteção necessária, independentemente dos rigores do pedido explicitamente realizado na petição inicial" (2013, p. 394).

A título exemplificativo, apresenta-se a seguinte hipótese de problema estrutural: em determinado município, durante a pandemia da COVID-19, inexistem leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) exclusivos para o atendimento de pacientes infectados pelo novo Coronavírus em número suficiente à demanda da municipalidade. Por outro lado, a Secretaria Municipal de Saúde dispõe de extenso número de leitos de UTI para atendimento de outras doenças. Ainda, nesse município hipotético, verifica-se que a taxa de ocupação de leitos de UTI para outras doenças é baixíssima.

Determinado indivíduo, infectado pelo novo Coronavírus e residente nesse hipotético município, desenvolve a forma grave da doença e necessita urgentemente da utilização do atendimento médico intensivo, este que é negado pela municipalidade sob o argumento da lotação máxima dos leitos de UTI exclusivos para COVID-19. Assim sendo, seus familiares procuram assistência advocatícia, que imediatamente ajuíza ação para conceder o direito de ingresso em leito de UTI.

O magistrado responsável pelo caso, em um primeiro momento, entende que o simples motivo de ter desenvolvido a forma grave da doença não geraria direito ao autor de ingressar no leito de UTI, pois, caso deferisse a pretensão, permitiria que o autor "furasse a fila" em prejuízo de pacientes mais necessitados. Mas, ao ponderar melhor a situação dos autos, verificou que a municipalidade estava sendo ineficiente na prestação dos serviços de saúde, justamente por disponibilizar quantidade insuficiente de leitos exclusivos para COVID-19, estando, em contrapartida, os leitos de UTI para as demais doenças com ocupação baixa. Desse modo, nesse hipotético caso, o magistrado garante o direito à utilização do leito de UTI e, imediatamente, determina que o município reestruture a distribuição de leitos exclusivos e não exclusivos para COVID-19, de acordo com o grau de ocupação.

Veja-se que, no caso acima, diante da presença de um problema estrutural, qual seja a desorganização e ineficiência da distribuição de leitos de UTI em hospital municipal, o magistrado pôde determinar uma medida estruturante ainda que o pedido inicial não tivesse solicitado expressamente a alteração do estado de coisas – pois, apenas e tão somente, buscava-se o direito de utilização do leito.

Assim, diante das questões *supra* elencadas, verifica-se que as medidas estruturais são impregnadas de flexibilidade e ampla possibilidade de atuação. Ora, a efetiva resolução do conflito estrutural não ocorre apenas com um comando executivo qualquer, estabelecendo alguma obrigação de fazer, não fazer ou pagar, pois a demanda impreterivelmente necessita de um plano pormenorizadamente estudado e construído mediante cooperação frequente pelas partes processuais. Ainda, a execução de uma decisão estrutural pressupõe a criação de medidas plurais e dirigidas a diversos órgãos, entidades e pessoas que, uma vez implementadas, via de regra, propiciarão benefícios a médio e longo prazo. Esse conjunto de características somente ratifica a dificuldade enfrentada pelos órgãos jurisdicionais em solucionar os problemas de natureza estrutural.

Considerando que a modificação do estado de coisas normalmente acontece em momento temporal diferido, em determinadas situações é necessário criar até mesmo mecanismos complexos de fiscalização do cumprimento das medidas ordenadas, bem como de avaliação do grau de efetividade dessas ações.

Utilizando-se a notável experiência estadunidense em resolver *class actions* (ações coletivas)[502] e realizar *structural injunctions* (decisões estruturais), a título de exemplo de medida flexível que pode ser adotada na execução nos processos estruturais, faz-se brevíssima

[502] Segundo Antonio Gidi, reconhecido estudioso das ações coletivas estadunidenses, as *class actions* são espécies de *representative actions*, nas quais um grupo demanda judicialmente seus interesses mediante atuação de um representante legitimamente constituído. Assim, este representante irá litigar em benefício de uma coletividade. GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 101.

consideração sobre as *Claims Resolutions Facilities* – que são, segundo Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Júnior, entidades de infraestrutura específica (termo dos autores) incumbidas de executar medidas processuais determinadas em processos coletivos complexos (2019, p. 448).

Essas entidades de infraestrutura específica são criadas em função da dificuldade apresentada pelo Poder Judiciário norte-americano em lidar com litígios coletivos, especialmente os complexos, bem como com a litigância individual repetitiva em torno de situações coletivizáveis – muito provocada pelo *right to opt-out*[503], de modo que essas instituições ficam incumbidas de executar determinadas medidas (Cabral; Zaneti Júnior, 2019, p. 448). Em termos resumidos, as *Claims Resolutions Facilities* demonstram ser possível a delegação de determinadas funções de execução, no âmbito de processos coletivos complexos e, igualmente, de processos estruturais, posto que, caso o órgão jurisdicional apresente dificuldades na implementação das medidas estruturais, por exemplo, estas entidades podem fiscalizar e organizar o cumprimento do plano de execução, averiguar o grau de efetividade das medidas, realizar parte da produção de provas, entre outras funções.

Tomando o exemplo das *Claims Resolutions Facilities* e das inúmeras outras possibilidades disponíveis ao juízo implementador da *structural reform*, observa-se, derradeiramente, que as medidas estruturais, que são os instrumentos disponíveis ao julgador para fazer valer a decisão programática realizada na primeira fase (Galdino, 2020, p. 217) do processo estrutural, devem ser adotadas cuidadosamente caso a caso, a fim de garantir a efetividade da jurisdição dentro do maior grau possível. Logo, diante das particularidades da execução em processo estrutural, afirma-se que a maioria das medidas adotadas nesse procedimento estarão abarcadas no escopo das medidas executivas atípicas, conforme o disposto no Código de Processo Civil, art. 139, IV[504].

Ainda sobre a temática da flexibilidade e amplo espectro das possibilidades executivas nos processos estruturais, importante salientar que existe relativização até no campo dos limites de atuação do Poder Judiciário, especificamente no que se refere ao princípio da separação de poderes e do chamado ativismo judicial[505] [506].

Em suma, compreende-se que o Poder Judiciário não pode se imiscuir e nem interferir nas funções de outros Poderes. Nesse sentido, por exemplo, não cabe à função jurisdicional estabelecer políticas públicas de educação, visto que essa atividade é típica do Poder Executivo. Por outro lado, em determinadas situações, quando evidenciado descumprimento do dever

---

[503] O direito à autoexclusão (*right to opt-out*) estabelecido na *Federal Rule 23*, garante ao interessado individual, em determinada ação coletiva, o direito de manifestar sua exclusão da *class action*, ficando imune à coisa julgada material coletiva, possibilitando o peticionamento individual da pretensão coletivizável. MOREIRA, Matheus; WELSCH, Gisele Mazzoni. Right to Opt-Out: análise crítica do instituto e sua necessária limitação. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 29, n. 116, p. 187-205, out./dez., 2021.

[504] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...].

[505] Edilson Vitorelli pontua que, diante das distorções provocadas pelas ineficiências do Poder Executivo e do Poder Legislativo em atender às demandas da sociedade com mínima suficiência, quando a inexecução dessas funções provoca violações ou prejuízos de ordem estrutural, a interferência do Poder Judiciário para reestruturar determinada política pública de interesse social é notavelmente legítima. Ainda, o autor assevera que as críticas a esta atuação ativista do Poder Judiciário, nos casos que necessitem de intervenção estrutural, são infundadas - justamente por inexistir certeza de que os gestores públicos eleitos democraticamente teriam condições de efetivar materialmente as mudanças no estado de coisas. Pois, diferentemente das medidas extrajudiciais que poderiam ser tomadas, no âmbito de um processo estrutural qualquer decisão seria fundamentada por processo organizado, racionalmente construído e dialogado entre as partes. VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 125-126.

[506] Marco Félix Jobim defende que a atuação ativista do Poder Judiciário a fim de modificar determinado estado de coisas consolidado na sociedade, isso é, uma mudança social imposta verticalmente pela função jurisdicional, é constitucionalmente legítima e não configura necessariamente o denominado pelo autor como "ativismo exagerado". Sendo assim, pela leitura da obra de Marco Félix Jobim, pode-se constatar que, na hipótese de os Poderes Executivo ou Legislativo permanecerem silentes quanto à determinada necessidade social, deve o Poder Judiciário mediante os processos individuais ou coletivos intervir na controvérsia, estipulando alterações normativas no estado de coisas. Por fim, muito conscientemente, o autor não se esquece da legítima crítica ao ativismo judicial exacerbado, aquele que é caracterizado pela atuação protagonista e injustificada da função jurisdicional em áreas de cuidado de outros poderes, entretanto, afirma que na hipótese de restar evidenciada a necessidade e proporcionalidade da intervenção, deve-se incentivar nesse aspecto a interferência judicial. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 103-105.

constitucional estabelecido (negativo ou prestacional), permite-se a interferência pelo Poder Judiciário[507], a fim de assegurar efetividade material aos direitos constitucionais tidos por essenciais.

Assim, realizando-se o paralelo com os processos estruturais, caso verificado que determinado estado de coisas infrinja materialmente à Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, pela insuficiência na prestação dos serviços públicos à saúde, educação, alimentação e outros, ou ainda, inexistência de acessibilidade em vias públicas às Pessoas com Deficiência[508] (PcD), o Poder Judiciário pode implementar medidas estruturais visando à reestruturação das políticas públicas, sem que isso signifique violação ao princípio da separação dos poderes.

A fim de melhor ilustrar as particularidades das medidas estruturais, realizar-se-á, nos próximos parágrafos, estudo comparado do importantíssimo caso *Holt v. Sarver*, sob a perspectiva da efetivação das decisões estruturais sobre o sistema prisional do estado do Arkansas nos Estados Unidos.

3.1 O CASO *HOLT V. SARVER* E SUAS MEDIDAS ESTRUTURAIS

Holt v. Sarver foi um emblemático grupo de litígios enfrentado pela jurisdição estadunidense, o qual buscou questionar a constitucionalidade material do sistema prisional do estado do Arkansas. Em que pese o julgamento paradigmático levar o nome de *Lawrence Holt* e *Robert Sarver*, salienta-se que *Holt v. Sarver* é composto de seis casos apensados, quais sejam: *Holt v. Sarver I*[509]*; Holt v. Sarver II*[510]*; Holt v. Hutto*[511]*; Finney v. Arkansas Board of Correction*[512]*; Finney v. Hutto*[513] *e; Finney v. Mabry*[514]*.*

Jordão Violin pondera que, diferentemente do ocorrido no caso *Brown v. Board of Education*, o grupamento de casos *Holt v. Sarver* possuía um anteparo jurisprudencial prévio, pois em casos antecedentes foi determinada a proteção dos direitos mais básicos dos presos (2021, p. 639-640), por exemplo, no caso *Ex parte Hull*[515] a Suprema Corte estadunidense proibiu que os agentes penitenciários verificassem o conteúdo dos *habeas corpus*, com o intuito de direcionar aos Tribunais somente as petições que não prejudicassem os interesses pessoais dos agentes, como também em *Cooper v. Plate*[516] quando se reconheceu o direito de liberdade religiosa e de culto aos internos muçulmanos, permitindo-se que os detentos portassem o Alcorão e, por fim, em *Jackson* v. *Bishop*[517] houve decisão que proibiu a prática de castigos físicos, tais como o chicoteamento.

Existiram muitos outros casos na jurisprudência estadunidense anteriores a *Holt v. Sarver* que asseguraram direitos individuais básicos aos aprisionados. Todavia, a diferença entre *Holt v. Sarver* em relação a todos os demais casos reside em um essencial fator: enquanto nos demais processos se julgavam casos pontuais e específicos, apenas em *Holt v. Sarver* foi impugnada a constitucionalidade de todo o sistema prisional do estado do Arkansas. Isso é, a natureza da pretensão de *Holt v. Sarver* era inegavelmente complexa e muito mais abrangente do que qualquer outro julgamento realizado até então sobre o tema.

---

[507] O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido da possibilidade de determinar judicialmente, em casos excepcionais, que a Administração Pública garanta efetividade a direitos constitucionalmente assegurados e tidos por essenciais. Nesse sentido, em decisão proferida no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1014959/SE, o Tribunal Supremo, em prol do direito à saúde pública, determinou que o Município de Aracaju, do Estado de Sergipe, efetuasse obra para construção de nova necrópole, pois o cemitério público até então único na municipalidade estava superlotado e não apresentava condições mínimas de salubridade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1014959/RE**. Relator: Ministro Edson Fachin. Publicação em 02.05.2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816514. Acesso em: 18 mar. 2024.

[508] Termo empregado pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

[509] ***Holt v. Sarver***, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969).

[510] ***Holt v. Sarver***, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970).

[511] ***Holt v. Hutto***, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973).

[512] ***Finney v. Arkansas Board of Correction***, 505 F. 2d 194 (8th Cir. 1974).

[513] ***Finney v. Hutto***, 410 F. Supp. 251 (E.D. Ark. 1976).

[514] ***Finney v. Mabry***, 455 F. Supp. 756 (E.D Ark. 1978).

[515] *US SUPREME COURT*. ***Ex parte Hull***, 312 U.S 546 (1941).

[516] *US SUPREME COURT*. ***Cooper v. Plate***, 378 U.S 546 (1964).

[517] ***Jackson v. Bishop***, 404 F. 2d 571 (8th Cir. 1968).

Conforme exposto por Jordão Violin, o sistema carcerário do estado do Arkansas foi modulado para funcionar sob um regime de pretensa autossuficiência, visto que, nas unidades prisionais, os presos deveriam produzir seu próprio alimento, construir suas moradias, exercer por eles mesmos a vigilância, entre outras funções delegadas aos internos. Todavia, em que pese a intenção de ressocializar o detento mediante trabalho, bem como manter o sistema carcerário com baixíssimo custo aos cofres públicos, ocorreram diversas e sucessivas violações aos direitos fundamentais dos presidiários (2021, p. 642).

A título exemplificativo das violações ocorridas em *Cummins* e *Tucker*, há época do caso *Holt v. Sarver,* os únicos estabelecimentos prisionais do estado do Arkansas: i) os detentos eram obrigados a trabalhar faça chuva ou faça sol, independentemente de as condições climáticas serem favoráveis ou não; ii) aos presidiários não eram fornecidas roupas para frio, sendo que o único uniforme disponibilizado era um uniforme branco, o qual deveria ser usado tanto nos dias de sol escaldante como nos dias de frio extremo; iii) os aprisionados que cometessem faltas disciplinares ou, simplesmente, produzissem pouco em seus labores eram fisicamente castigados mediante chicoteamento[518]; iv) era comum a ocorrência de violência física e sexual nas celas superlotadas dos presídios *Cummins* e *Tucker*, sem que o Estado adotasse medidas efetivas para evitar esses atos (Violin, 2021, p. 644-645), entre outras inúmeras violações a direitos fundamentais e humanos.

Todavia, narra Jordão Violin que, no ano de 1966, o descobrimento do "telefone *Tucker*", equipamento utilizado para tortura dos detentos apenados no presídio *Tucker*, motivou o surgimento de diversas rebeliões nos dois presídios do Arkansas. As rebeliões e o impacto negativo da imagem da administração dos presídios perante a sociedade motivaram a elaboração de um relatório investigativo, cujo foco era verificar se as condições dos presídios eram condizentes com a dignidade humana dos presidiários. Evidentemente que, ao final do inquérito, a desumanidade ocorrida em *Tucker* e *Cummins* foi integralmente escancarada ao público (2021, p. 647-649).

Diante de todas as violações perpetradas no sistema carcerário do estado do Arkansas, no ano de 1969, foi ajuizado o primeiro caso do grupo de litígios *Holt v. Sarver*. Tratava-se do caso *Holt v. Sarver I*[519], demanda que foi proposta por três ex-presidiários de *Cummins*, *Lawrence Holt*, *Travis Fields* e *George Overton*, em face do comissário de correções *Robert Sarver*.

Os pedidos iniciais se relacionavam à alegação de que o confinamento na solitária configuraria punição cruel e desumana, à garantia de atendimento médico e dentário aos apenados, bem como à pretensão de que o Estado assegurasse efetivamente a vida e integridade física dos presos. Os pleitos de *Holt v. Sarver I* foram julgados parcialmente procedentes, reconhecendo que o Estado teria o dever de resguardar a vida e integridade física dos internos, bem como declarando a degradação da punição disciplinar mediante a "solitária", cujas instalações físicas eram desumanas e era ambiente notavelmente perigoso aos confinados.

Jordão Violin pontua que a sentença proferida em *Holt v. Sarver I*, embora tenha reconhecido o dever de o Estado garantir os direitos à integridade física e à vida dos apenados, não logrou êxito em modificar o estado de coisas. Naquele julgamento, a decisão definitiva apenas se limitou a elaborar, a título meramente sugestivo, um rol de condutas genéricas que deveriam ser implementadas a fim de assegurar a execução material da sentença – tais como, aumento do orçamento disponível aos presídios, diminuir a superlotação, melhorar as condições de saneamento das celas, entre outras – e determinou que a Comissão de Correções elaborasse relatório, no prazo de trinta dias, informando quais medidas poderiam ser tomadas e quando essas medidas efetivamente seriam realizadas (2021, p. 651-652).

Ou seja, a sentença delegou a elaboração da estratégia de execução praticamente de forma integral à Comissão de Correções, inexistindo, até esse momento, o estabelecimento de medidas suficientemente eficazes de fiscalização do efetivo cumprimento do plano de ações por parte da comissão. Logicamente, a execução da sentença em *Holt v. Sarver I* não foi minimamente

---

[518] Sobre os castigos físicos, especialmente o chicoteamento, relembra-se que a matéria foi levada ao Poder Judiciário no caso *Jackson v. Bishop*, sendo que, a partir desse julgamento paradigmático, foi proibido o castigo corporal em todo o sistema prisional do Arkansas.

[519] ***Holt v. Sarver***, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969).

satisfatória, originando a autuação do caso *Holt v. Sarver II*[520], este com o polo ativo integrado por *Lawrence Holt* em litisconsórcio com diversos outros ex-presidiários.

O caso *Holt v. Sarver I tratava* da declaração da ilegitimidade da pena disciplinar por solitária, da ausência de tratamento médico e dentário disponível aos internos e do dever estatal em garantir respeito à integridade física e à vida dos apenados. Em *Holt II* o objeto da demanda era muito mais amplo, pois o pedido era relacionado à pretensão de declarar a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional do Arkansas.

Pode-se observar que *Holt II* possuía as características e peculiaridades próprias dos processos estruturais, pois ao pretender declarar a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional do Arkansas, foi apresentado um problema de cunho estrutural, pela natureza do pedido ser intrinsecamente relacionada à intenção de modificação do estado de coisas, bem como por retratar causa de pedir e pedidos bastantes abrangentes, de acordo com as características da flexibilidade e complexidade.

Holt II teve seu desfecho favorável à pretensão de *Lawrence Holt et al*, pois o Poder Judiciário estadunidense declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas, determinando que fosse realizada uma *structural reform* em todo o sistema carcerário estadual.

Jordão Violin pondera que as medidas estruturais elaboradas em *Holt II* guardavam as características de serem genéricas, apresentavam o comando de que a execução deveria ser iniciada o mais rápido possível, tal como a determinação *with all deliberate speed* em *Brown II*, determinavam que o Poder Executivo apresentasse relatórios de cumprimento do plano de ações e que, caso as medidas adotadas fossem insuficientes, novos relatórios deveriam ser apresentados e deliberados novamente pelo juízo. Ainda, importante salientar que o magistrado responsável por *Holt II* deixou de estabelecer um limite temporal para a efetivação integral da alteração do estado de desconformidade, bem como não estabeleceu expressamente medidas coercitivas em face da Comissão de Correções, no caso de descumprimento ou cumprimento insatisfatório da transformação do estado de coisas inconstitucional (2021, p. 657-658).

Sobre as medidas instituídas em *Holt II*, constata-se que o plano de execução foi construído para ser implementado paulatinamente, mediante constante verificação judicial dos relatórios emitidos pela Comissão de Correções. Essa forma de implementação das decisões é típica dos processos estruturais, visto que a modificação do estado de coisas, na maioria das vezes, necessita de um esforço contínuo e organizado, por meio de um processo de cooperação processual e atuação ativa do Poder Judiciário.

Todavia, em que pesem os esforços realizados em *Holt II*, a execução do comando programático – adequar materialmente os presídios do Arkansas aos valores constitucionais - não estava sendo suficientemente atingido, muito em função de o plano de execução ter sido voltado a mudanças sobre o aspecto global do problema dos presídios, sem adentrar em questões particulares e específicas que necessitavam de adequação. Assim, no ano de 1972, posteriormente à substituição do diretor da Comissão de Correções *Robert Sarver* por *Terrel Don Hutto*, iniciou-se o caso *Holt v. Hutto*[521] ou também chamado *Holt III*.

Jordão Violin destaca que o sistema prisional, no contexto de *Holt III*, já se afigurava muito distinto das condições originais de *Cummins* e *Tucker*, devido às reformas estruturais realizadas em *Holt I* e, principalmente, em *Holt II*. Nesse sentido:

> De fato, o sistema de *trusties* fora essencialmente desmantelado. As posições de autoridade foram ocupadas quase que totalmente por empregados contratados. A segregação racial fora praticamente extinta. Uma unidade de segurança máxima e um reformatório feminino foram construídos em *Cummins*. Programas vocacionais e educacionais foram criados. Bibliotecas jurídicas foram instaladas em *Cummins* e *Tucker*. Um advogado foi contratado para prestar assistência aos internos. Tratamento médico e odontológico foi providenciado (2021, p. 659).

[520] ***Holt v. Sarver***, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970).
[521] ***Holt v. Hutto***, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973).

Mas, embora tenham ocorrido significativas mudanças no sistema carcerário, ainda existiam questões a serem modificadas:

> Ainda assim, graves problemas persistiam. Todos eles estavam nos detalhes. A despeito da construção de novas unidades, o índice de superlotação aumentara. Custodiados negros recebiam trabalhos piores e punições disciplinares mais severas que os brancos. O atendimento médico ainda era deficiente. Não havia um profissional de medicina trabalhando diariamente. Casos mais sérios exigiam remoção para um hospital, relativamente distante das unidades prisionais. O tratamento odontológico resumia-se à extração de dentes e ao fornecimento de dentaduras. Custodiados com doenças mentais graves ou contagiosas eram confinados juntos aos demais (Violin, 2021, p. 659).

Em *Holt III*, processo que apensou trinta e quatro petições individuais e coletivas, inclusive com *Lawrence Holt* figurando entre as partes no polo ativo, procurou-se resolver os pontos que ficaram sem solução. Se em *Holt II* procurou-se adequar o sistema carcerário como um todo, em *Holt III* o objetivo era aparar as arestas, notadamente por demandas mais específicas e concretas.

Jordão Violin pontua que à medida que a inconstitucionalidade do sistema carcerário se tornava menos evidente, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional, pois ao pôr fim à inconstitucionalidade global das instituições penitenciárias, procurou-se resolver questões cada vez mais particulares, provocando um conflito entre a conduta ativista do Poder Judiciário para com os demais poderes (2021, p. 659-661).

No julgamento do caso *Holt III*, restou declarada a inconstitucionalidade de problemas específicos dos presídios do Arkansas, sobretudo: i) tratamento desigual que os detentos muçulmanos e negros ainda sofriam; ii) a inexistência de paridade de oportunidades para o desempenho dos labores ou para a aplicação de sanções disciplinares – isso é, ainda havia discriminações raciais ou por motivos de crença; iii) o sistema de imposição de punições disciplinares (Violin, 2021, p. 661).

Foram criadas medidas estruturantes específicas para colmatar os elementos inconstitucionais destacados em *Holt III*, sendo que o magistrado responsável, ponderando que a situação dos presídios do Arkansas vinha melhorando, determinou que a supervisão judicial do cumprimento do plano de ações seria encerrada. Esse trecho da decisão foi objeto de recurso autuado como *Finney v. Arkansas Board of Correction*[522] e a Corte de Justiça local reformou a decisão, para o fim de determinar que o juízo singular continuasse a supervisão do plano de ações (Violin, 2021, p. 661-663).

No caso *Finney v. Arkansas Board of Correction*, a Corte de Justiça local determinou a implementação de duas importantes medidas estruturais, quais sejam a instituição de auxiliares do juízo de primeiro grau para verificação presencial e frequente das condições dos presídios *Cummins* e *Tucker*, bem como a proibição de transferências de detentos ao presídio *Cummins* para evitar a superlotação (Violin, 2021, p. 661-663).

Por final, diante das inequívocas modificações paulatinas no estado de coisas, uma vez constatadas melhoras efetivas nas condições dos presídios do Estado do Arkansas, determinou-se judicialmente que a Comissão de Correções continuasse a elaborar relatórios sobre a execução do plano de ações, mas agora, principalmente, voltado ao problema da superlotação.

Após o magistrado que até então vinha cuidando dos casos *Holt v. Sarver* deixar de conduzir a causa, no ano de 1977, foi nomeado outro juiz para ser titular do processo, o qual realizou alterações pontuais no estado de coisas e, no dia 20 de agosto de 1982, declarou finalmente a constitucionalidade do sistema carcerário do Estado do Arkansas.

Embora ainda existissem questões sensíveis a serem resolvidas, caracterizando, até certo ponto, a prematuridade da declaração de constitucionalidade realizada em 1982, fato é que as medidas estruturais implementadas no grupo de casos *Holt v. Sarver*, especialmente em *Holt I, Holt*

---

[522] ***Finney v. Arkansas Board of Correction***, 505 F. 2d 194 (8th Cir. 1974).

II, Holt III e *Finney v. Arkansas Board of Correction* realmente alteraram o estado de desconformidade com o mundo do dever-ser. Inequivocadamente, as brutalidades e graves violações cotidianas aos direitos fundamentais básicos dos internos foram gradativamente reduzindo.

As mudanças provocadas no sistema prisional do Arkansas em *Holt v. Sarver* configura nítido exemplo de reestruturação do estado de coisas, a qual, dentro dos limites do possível, foi bastante exitosa em melhorar as condições globais dos presídios *Cummins* e *Tucker* – embora restaram várias arestas a serem solucionadas, sendo a principal a superlotação carcerária.

Em conclusão, da análise aos casos *Holt v. Sarver*, pode-se afirmar que a efetividade das medidas estruturais somente foi alcançada devido à adoção de um procedimento executivo flexível, sem observância cega ao primado da adstrição, o qual constantemente inovou nas determinações impostas à Comissão de Correções, tanto em medidas a serem implementadas pela administração pública como em mecanismos de fiscalização do plano de ações. Ainda, relevante lembrar que as medidas inicialmente buscaram aprimorar as condições globais dos presídios – vide *Holt I* e *Holt II* - para, posteriormente, ser direcionada a execução à concretização de alterações localizadas e específicas – vide *Holt III* e *Finney v. Arkansas Board of Correction*.

Posto isso, os processos estruturais são o meio adequado à modificação do estado de desconformidade estabelecido. Todavia, como ficou demonstrado no caso *Holt v. Sarver*, a implementação das decisões estruturantes é processo bastante dificultoso, pois guarda, entre várias outras, as possíveis características: i) exige a participação ativa de todos os sujeitos processuais; ii) os efeitos concretos das medidas executivas são notadamente graduais e diferidos no tempo; iii) em função de as mudanças não serem efetuadas de maneira imediata, normalmente é exigida fiscalização constante do plano de ações, a qual poderá ser eventualmente delegada pelo juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem dos processos estruturais remonta o caso de *Linda Brown*, representada por seu pai *Oliver Brown*, em *Brown v. Board of Education*. No aludido julgamento, o Poder Judiciário norte-americano declarou inconstitucional a segregação racial que havia nas escolas dos Estados Unidos da América.

Para assegurar materialmente a execução da decisão paradigmática proferida em *Brown I*, foi necessário o ajuizamento de uma ação específica, denominada *Brown II*, que estabeleceu um plano de ações específicas, diferidas temporalmente, complexas e organizadas, direcionadas à solução material da segregação racial.

Além disso, foi realizado estudo das premissas inerentes ao próprio processo estrutural, qual seja do fenômeno dos problemas e das decisões estruturais. As decisões estruturais são instrumentos jurisdicionais que visam à modificação, reestruturação ou alteração de um estado de coisas, criando normas programáticas que deverão ser implementadas por medidas estruturais.

Processo estrutural é aquele que objetiva a solução de problemas estruturais, a serem resolvidos por decisões estruturais que determinem a modificação de um estado de coisas estabelecido, que será alterado por um processo complexo e dificultoso de execução.

As medidas estruturais determinadas na fase executória possuem a característica da flexibilidade, condição intrínseca aos litígios estruturais, fator que relativiza a aplicação de determinados princípios, tais como a separação de poderes e o princípio da adstrição.

Observa-se que o magistrado responsável pela execução possui a sua disposição amplos mecanismos e instrumentos processuais, visto que as medidas estruturais se inserem, em grande medida, no espectro das medidas executivas atípicas. Nessa perspectiva, destaca-se a importância da cooperação processual e da atitude, até certo ponto, ativista do Poder Judiciário a fim de garantir efetividade às medidas estruturais.

As características e complexidades enfrentadas em uma execução estrutural podem ser visualizadas por meio da experiência estadunidense, notadamente no grupamento de casos *Holt*

v. Sarver, os quais pretendiam modificar o estado de coisas inconstitucional dos presídios do Arkansas.

Em *Holt v. Sarver*, constata-se que a adoção de um procedimento executivo flexível, o qual instituiu plano de ações complexas e diferidas temporalmente - devido ao fato de não ser possível constatar os benefícios das ações a curto prazo - exigiu a conduta ativa do Poder Judiciário local, principalmente, na função de fiscalizador do cumprimento do plano elaborado, postura imprescindível à modificação do estado de coisas estabelecido, no intuito de assegurar direitos fundamentais.

Com efeito, a solução pela via das decisões estruturais passa pela migração, contínua e suave, de um modelo de decisão legalista para a decisão judicial fundamentada na efetivação do direito social pela (re)orientação da política pública. Tal modelagem deve estar pautada na hermenêutica de vanguarda, na principiologia e na posição que veicula máxima efetividade ao bem-estar do cidadão, que é a razão de ser de todo o debate público (Barroso Filho, 2023, p. 10).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, nov., 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BARROSO FILHO, José. Decisões judiciais no processo de desenvolvimento – contribuições ao debate dos direitos sociais na execução de políticas públicas. **Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná.** Curitiba, v. 1, 18. ed., p. 8-13, jun./jul. 2023.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1014959/SE**. Relator: Ministro Edson Fachin. Data da publicação 02/05/2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816514. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRITTO, Livia Mayer Totola; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. O caso *Brown v. Board Education*, medidas estruturantes e o ativismo judicial. *In*: **IV Congresso de Processo Civil Internacional. III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional** (2019, Vitória, ES). Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional/III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional: Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado. Organizadora: Valesca Raizer Borges Moschen. Vitória, 2019. Disponível em: https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/31569. Acesso em 14 mar. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolutions facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan., 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan-mar, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes (Notes about structural injunctions). **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan-abr, 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins; MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. O caso *Brown Versus Board of Education* e a segregação racial nas escolas norte-americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v.18, n.1, p. 159-174, 1º sem. 2020. Disponível em: https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/208/229. Acesso em: 14 mar. 2024.

FISS, Owen. *Two models of adjudication. In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: **panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2008.

FREITAS FILHO, Roberto; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v.12, n. 67, p. 70-102, jan.-fev., 2016.
GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2019.
GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
LIMA, Isan Almeida. Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6975-6989, 2014.
MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A realidade do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n. 1, p. 566-581, jan-mar, 2014.
MOREIRA, Matheus; WELSCH, Gisele Mazzoni. *Right to Opt-Out:* análise crítica do instituto e sua necessária limitação**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 29, n. 116, p. 187-205, out./dez., 2021.
PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, n. 42, p. 369-402, 2017.
RICARDO, Fátima Sueli Vidoto. A importância da inclusão de aluno com deficiência auditiva na escola de ensino regular de Naviraí/MS: um estudo de caso. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, São Paulo, ed. 12, v. 03, p. 153-169, dez., 2018.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** v. 1. 55. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284, p. 333-369, out. 2018.
VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: **teoria e prática.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ESPECIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA EMPRESARIAL: LIBERDADE, EFICIÊNCIA E ACESSO À JUSTIÇA

Mateus Dambiski Cecy[523], Pedro Henrique Carvalho da Costa[524]

INTRODUÇÃO

Em certa oportunidade, o Ministro Dias Toffoli destacou que: "uma Justiça eficiente exige que o tempo de duração dos processos seja administrado de forma mais ágil, pois os conflitos do mundo pós-moderno atuam em um ritmo cada vez mais intenso" (TOFFOLI, 2018, p. 249). Não é de hoje que a busca por uma prestação jurisdicional mais eficiente é colocada em pauta, face ao aumento da complexidade dos litígios que chegam ao Judiciário.

Enquanto presidente do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Toffoli deixou clara sua preocupação com a modernização e com a efetividade da atuação judiciária, com especial destaque em relação ao Direito Empresarial. Após, em 2018, ter instituído um Grupo de Trabalho específico para debater e sugerir medidas voltadas ao aumento de eficiência da prestação jurisdicional em matéria de recuperação empresarial e falência, assinou no ano seguinte a Recomendação nº 56 do CNJ, que guiou, em nível nacional, a instituição do processo de especialização das varas e câmaras em matéria empresarial.

A visão do Ministro ora homenageado nesta obra estava alinhada às diretrizes traçadas por organizações internacionais sobre o tema. Em relatório publicado pelo Banco Mundial, aborda-se que, dada a natureza complexa dos processos de insolvência, é muito valioso ter tribunais comerciais e de insolvência que sejam independentes e especializados, garantindo maior concorrência e resoluções de melhor qualidade (The World Bank, 2001). Na mesma linha, em publicação organizada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), recomendou-se a especialização dos tribunais, mas sobretudo a formação contínua dos juízes em temas comerciais e Financeiros (International Monetary Fund, 1999).

Em consonância com o movimento de especialização do Judiciário, foi promulgada a Lei nº 13.874/2019, intitulada Lei de Liberdade Econômica. Promovendo uma série de mudanças no Código Civil de 2002 e instituindo um rol de declarações e objetivos que devem permear a ordem econômica, a Lei consagrou a atividade econômica como um dos pilares do desenvolvimento, em expressa referência ao art. 170 da Constituição Federal.

O presente artigo se propõe a abordar o processo de especialização do Judiciário em matéria empresarial em paralelo às declarações positivadas pela Lei de Liberdade Econômica, destacando como as relações empresariais possuem particularidades que as distinguem das demais relações privadas.

Será visto como a especialização do Poder Judiciário em matéria empresarial valoriza e realiza diversos direitos relacionados à livre iniciativa, no que se destaca a harmonização da jurisprudência na matéria, a redução de externalidades negativas das decisões e redução dos custos envolvidos com a litigância, com consequente aumento na eficiência da prestação da atividade jurisdicional e ao acesso à justiça.

Ao final, aborda-se como se deu a especialização das varas empresariais no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, resultante de um esforço conjunto dos diversos atores do sistema de justiça paranaense, como exemplo a ser seguido por outros Estados do país, com a recomendação que o exemplo do Paraná seja seguido em outros Estados da federação, já que a conclusão é pela

[523] Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Advogado e Administrador Judicial. Lattes: https://lattes.cnpq.br/8460907511740200. ORCID: https://orcid.org/0009-0008-2395-3767. mateuscecy00@gmail.com.
[524] Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor da Escola de Negócios da PUC/PR. Advogado. Lattes: https://lattes.cnpq.br/8723706309513219. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5437-169X. pedro.h.carvalho.costa@gmail.com.

vantagem da especialização das varas judiciais, cujos possíveis benefícios superam os desafios para a implementação.

Essa pesquisa foi desenvolvida mediante o emprego do método dedutivo, com base na revisão bibliográfica de autores dos ramos do Direito relacionados à temática, em especial de Direito Empresarial, bem como de forma interdisciplinar, com o emprego de análise econômica do direito, da análise casos específicos e emblemáticos em matéria empresarial e de dados obtidos em pesquisas pretéritas a respeito da temática.

1 AS SINGULARIDADES DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS: RISCO INERENTE E BUSCA PELO LUCRO

As relações empresariais constituem um campo singular dentro da ordem econômica. No sistema jurídico, enquanto relações privadas comumente se concentram nas interações entre pessoas naturais, as relações empresariais abarcam particularidades que transcendem os interesses pessoais, envolvendo singularidades desde a fase de registro até a fase de extinção de seus agentes, recebendo tratamento especial na formação e na consecução de seus contratos, no tratamento de eventuais crises e na atuação dentro de um ambiente de livre concorrência.

No momento de constituição de uma empresa, dentro de um sistema capitalista de produção, o empresário tem o risco como elemento inafastável na busca pelo sucesso do negócio (Sacramone, 2021). O sucesso da atividade, no ambiente de mercado, dependerá diretamente da capacidade do empresário em oferecer produtos e serviços que interessem a cadeia econômica, beneficiando eventuais consumidores desses produtos e serviços e, ao final do dia, o próprio sistema econômico.

Em razão disso, pode se afirmar que a empresa é um vetor de interesses públicos e privados. Se por um lado a empresa busca atender anseios privados dos consumidores, fornecedores e do próprio empresário, ela também acaba por exteriorizar a consecução indireta de interesses públicos, por meio da geração de empregos, renda e recolhimento de tributos. Sob essa lógica, a empresa, enquanto atividade econômica organizada, possui papel primordial no desenvolvimento das sociedades modernas, razão pela qual o Direito Empresarial adquiriu autonomia jurídica em relação às demais matérias.

Há traços característicos das relações empresariais que as tornam singulares em comparação às relações privadas em geral, sendo um dos principais a busca pelo lucro. Nas relações empresariais, lucro e prejuízo são faces da mesma moeda chamada risco. Caso a empresa não seja lucrativa, pode se pressupor ou a inaptidão do empresário para conduzir a gestão daquela determinada atividade ou, também, o próprio desinteresse do mercado em fazer frente aos produtos e serviços oferecidos, sendo esta a dinâmica natural do ambiente de mercado, onde o lucro é primordialmente visado.

A busca pelo lucro é intrínseca às atividades empresariais e atua como um dos principais motores que impulsionam a inovação, a eficiência e a competitividade. Diferentemente das relações jurídicas cíveis em geral, onde o lucro muitas vezes não é um dos objetivos principais (vide, por exemplo, as relações de família), nas relações empresariais ele é o elemento central que orienta a tomada de decisão dos agentes (Oliveira Filho; Dezem, 2019).

Além disso, a busca pelo lucro pressupõe uma gestão eficiente dos recursos e uma adaptabilidade constante às mudanças do mercado. O empresário precisa estar atento às flutuações econômicas, às tendências de consumo, às inovações tecnológicas e aos movimentos da concorrência. Esta necessidade de constante adaptação e aprimoramento coloca as empresas em um ciclo contínuo de avaliação e ajuste, o que, por sua vez, promove o desenvolvimento econômico e a inovação.

Sobre a relação do empresário com o risco e os benefícios decorrentes da atividade empresarial que tem como objetivo final o lucro, Marcia Carla Pereira Ribeiro (2018) ressalta:

> É justamente o risco, inerente ao negócio escolhido, um dos elementos que legitima a apropriação dos lucros na atividade empresarial e ao exercê-la dentro de um universo lícito, o empresário já preenche de forma primária uma função, seja por meio da de sua empresa, seja por lançar mão de diversos contratos a fim de realizar seus objetivos econômicos, gerando empregos e aquecendo a economia. (*versão digital*)

Uma segunda particularidade das relações empresariais é a paridade dos agentes da relação como regra, e não exceção. Diferentemente do que ocorre nas relações de consumo e de trabalho, por exemplo, que são tipicamente caracterizadas por uma relação de disparidade entre as partes, as relações empresariais pressupõem que seus agentes, por serem profissionais, terem acesso a informações e podendo estimar riscos, estão plenamente cientes das obrigações que assumem face de outros agentes.

Esta paridade significa que as partes envolvidas nas relações empresariais geralmente possuem conhecimentos equivalentes sobre os negócios que estão realizando e têm a capacidade de negociar em condições de igualdade. As empresas, ao firmarem contratos entre si, dispõem de recursos e competências que lhes permitem avaliar riscos, prever consequências e tomar decisões informadas. Essa simetria informacional e técnica reduz a necessidade de intervenções protetivas típicas do direito do consumidor ou do direito do trabalho, onde frequentemente uma das partes está em posição de vulnerabilidade.

Ademais, a paridade dos agentes nas relações empresariais favorece a flexibilidade contratual, permitindo que as partes estipulem cláusulas que atendam especificamente às suas necessidades e interesses, sem a rigidez que caracteriza outros ramos do direito. Essa liberdade contratual é crucial para a dinâmica empresarial, possibilitando a criação de soluções inovadoras e adaptáveis às realidades do mercado.

Em decorrência dessa flexibilidade, incompletudes e omissões nas relações empresariais não guardam o mesmo valor do que em relações jurídicas ordinárias. Na seara dos contratos empresariais, questões podem ser omitidas de forma proposital, em razão determinada situação fática ser de difícil previsão com antecedência, sendo conveniente aos agentes deixar determinado dispositivo suprimido. É nesse contexto que Paula Forgioni destaca que "o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados" (Forgioni, 2015, p. 112), tudo em prol da segurança jurídica que deve permear as relações empresariais.

Por fim, a intervenção mínima do Poder Público face às relações empresariais também é uma característica própria em relações dessa natureza. Essa premissa possui maior fôlego sobretudo em se tratando de conflitos societários, instituindo essa excepcionalidade de intervenção por meio do princípio da intervenção mínima na administração das sociedades.

Abordando a temática da intervenção judicial na administração das sociedades, Spinelli, Scalzilli e Tellechea (2019) explicam que a intervenção mínima do Judiciário é justificada pela existência de mecanismos próprios de soluções de conflitos no âmbito das relações empresariais em matéria de direito societário:

> Como já foi referido, as sociedades e o próprio direito societário possuem mecanismos próprios de soluções de controvérsias, tal qual a assembleia de sócios e o princípio majoritário. Esses aparatos internos de superação de conflitos não podem ser deixados de lado, sob pena de invasão injustificada na seara privada e de transferência da gerência das sociedades para o Poder Judiciário (p. 68-69).

A aplicação da intervenção mínima, própria das relações empresariais, não resulta em negativa da prestação jurisdicional em conflitos que envolvam Direito Empresarial. Pelo contrário: enquanto sujeitos de direito e deveres, sociedades e o empresário possuem a garantia de acesso à justiça resguardada constitucionalmente. Fato é que, ao lidar com uma demanda que envolva uma relação empresarial, o Judiciário levará em consideração parâmetros interpretativos que são próprios da matéria e que se diferem das demais relações privadas.

Essa inafastabilidade da tutela jurisdicional pode ser vista, por exemplo, no âmbito dos processos de recuperação judicial, nos quais tão apenas o Judiciário possui o atributo de suspender as ações e execuções ajuizadas em face da recuperanda, criando um ambiente que seja apto à negociação entre credores e devedora. Da mesma forma, mesmo em conflitos societários que sejam resolvidos por arbitragem, cabe ao Poder Judiciário o poder de executar as sentenças arbitrais e de anulação da decisão, caso preenchido algum dos requisitos da Lei nº 9.307/96.

Portanto, a intervenção mínima se baseia no entendimento de que os agentes empresariais, por sua natureza e capacidade, são aptos a resolver seus conflitos de maneira autônoma. A intervenção estatal, portanto, deve ser reservada para situações excepcionais onde os mecanismos internos de resolução de conflitos se mostram insuficientes ou onde há clara necessidade de proteção de direitos dentro da relação empresarial. A excepcionalidade da intervenção fortalece a autonomia privada e a autorregulação dentro do ambiente empresarial, promovendo um cenário onde as empresas podem operar com maior liberdade e previsibilidade, essenciais para a inovação e o crescimento econômico.

A busca pelo lucro, a paridade dos agentes e a intervenção mínima são apenas algumas das características fundamentais que moldam a dinâmica das relações empresariais. Essas características não apenas definem a singularidade deste campo, mas também destacam a necessidade de um sistema jurisdicional especializado e adaptado para atender às demandas e complexidades do ambiente empresarial.

2 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Ao contrário de muitos outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, a livre-iniciativa carecia de uma regulação infraconstitucional específica (JUSTEN FILHO, 2019, p. 26).

Diversas leis que regulam o Direito Empresarial, mesmo após a promulgação da Constituição, tais como o Código Civil, a Lei de Registros Mercantis (Lei nº 8.934/94) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), possuem uma lógica que privilegia a autonomia privada e dispositivos específicos para isso, como o artigo 425 do Código Civil, que permite a celebração de contratos atípicos.

Foi somente em 2019, com a edição da Medida Provisória 881, que o Brasil passou a contar com um diploma dedicado para regular os direitos decorrentes da livre-iniciativa. Após o processo legislativo, tal medida provisória foi convertida na Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Dividida em cinco capítulos, referida lei "estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador", conforme seu artigo 1º. João C. de Andrade Accioly comenta, dentre os principais objetivos dessa lei, que a regra para a interpretação das atividades privadas deve ser aquela que prioriza e privilegia a liberdade dos particulares em sua atuação (Accioly, 2019, p. 46).

Por conta disso, foram positivados, no art. 2º, os princípios que norteiam a totalidade da lei: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

A lei contou com detratores, dentre eles Gilberto Bercovicci, que caracterizou diversos de seus dispositivos como "inconstitucionais, sem relevância concreta, inócuos e com claro viés ideológico" (2020, p. 149), e Ana Frazão, que destacou que a LLE incorretamente coloca o Estado como agente exógeno à economia, na contramão do que muitos defendem hoje em dia (2020, p. 113-114).

Independentemente de possíveis críticas à legislação, ela continua em vigor, passados quase cinco anos de sua publicação, no que cabe a todas as partes que ela alcança – tanto o Poder Público quanto os particulares – sua observância e cuidados necessários para assegurar que os direitos nela previstos sejam respeitados.

Isabela Maiolino e Luciano Timm destacam que a LLE teve dois principais objetivos: promover a desburocratização da atividade empresarial e assegurar a concretização da livre-iniciativa (2020, p. 298), no que sucedeu mediante previsão de diversos direitos dos particulares frente ao Estado, como o direito de qualquer pessoa exercer atividade de baixo risco, sem necessidade de liberação da atividade pelo ente público, e a garantia de liberação de autorização em prazo previamente indicado, o qual, caso não respeitado, implica na autorização tácita (previstos no art. 3º, incisos I e IX). Por isso, os autores comentam que a lei sucede na redução de custos de transação no mercado e no consequente aumento da competitividade (Maiolino; Timm, 2020, p. 303).

Além de dispositivos próprios, a LLE também alterou artigos de leis já existentes, com sensíveis alterações no direito privado, especialmente com a introdução da sociedade limitada unipessoal, um maior detalhamento do procedimento para desconsideração da personalidade jurídica, a positivação de fundos de investimento no Código Civil e alterações nas regras de registro mercantil.

Dentre as modificações no Código Civil, destaca-se a inclusão do art. 421-A:

> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
> I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Anderson Schreiber critica a inclusão desse artigo no Código Civil, afirmando que tais dispositivos são inócuos, por não criarem parâmetros mínimos sobre como se dará a intervenção mínima nos contratos, destacando que isso já era a praxe no ordenamento jurídico brasileiro antes da LLE (2019), no que é ecoado por Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto Cézar Lukaschek Prado (2019, p. 322).

Estes últimos autores, todavia, destacam que os contratos são instrumentos de alocação de riscos nas relações privadas (Rodrigues Jr; Leonardo; Prado, 2019, p. 324), conforme restou corretamente positivado pelo inciso II do artigo supracitado. Por isso, havendo a necessidade de intervenção de juiz ou de árbitro na relação contratual (a qual, apesar de excepcional, não pode ser proibida de qualquer forma), deve-se levar em conta como as partes alocaram os riscos do negócio entre si.

Isso porque é caraterística inerente dos contratos empresariais a presença de riscos, servindo o contrato justamente para que as partes consigam alocar devidamente a quem deverá cair o risco sobre cada aspecto da relação jurídica. E, considerando que os agentes econômicos são seres racionais (mesmo que não absolutamente), que buscam maximizar seu bem-estar (Klein, 2015, p. 182), é imprescindível que eventual intervenção na relação tenha o que foi entre as partes decido como base, para que seja possível averiguar, no caso concreto, se realmente há um desequilíbrio que justifique a alteração no que as partes decidiram.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já é inclinada para a excepcionalidade da revisão contratual, como pelo não reconhecimento de eventos macroeconômicos (como inflação e desvalorização da moeda) como fatos imprevisíveis aptos a justificar a intervenção judicial[525], e um posicionamento mais restrito quanto ao controle de eventuais cláusulas abusivas[526] (Rodrigues Jr; Leonardo; Prado, 2019, p. 324), no que a LLE pode ser vista como uma positivação dessa tendência.

A LLE, ao valorizar a livre iniciativa e os direitos dela decorrentes, reforça a autonomia do Direito Empresarial e suas particularidades frente a outros ramos do Direito Privado, no que deve ser respeitado por todas as esferas do Poder Público.

---

[525] STJ – REsp 1321614 – 3ª T. – Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 03/03/2015.
[526] STJ – REsp 1409849 – 3ª T. – Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 05/05/2016.

3 ESPECIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA EMPRESARIAL

A especialização do Poder Judiciário em matéria empresarial representa um avanço significativo na administração da justiça nas últimas décadas. A especialização das varas tornou-se essencial para o sistema de justiça lidar com a intricada teia de relações e disputas que caracterizam o mundo empresarial.

A especialização não apenas busca melhorar a qualidade das decisões judiciais, mas também diminuir o tempo dos processos, aumentando a confiança dos empresários e investidores no sistema judicial especializado. A previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais são fatores cruciais para a segurança jurídica, que por sua vez, estimula o investimento e a inovação no mercado. O tempo, por sua vez, é um recurso valioso no mundo dos negócios, de forma que a capacidade de resolver disputas de forma rápida e eficiente pode fazer a diferença entre o sucesso e o fracasso de uma empresa.

Este capítulo examinará as vantagens e desafios da especialização do Judiciário em matéria empresarial, destacando a importância dessa abordagem para a melhoria da prestação jurisdicional. Em seguida, será examinada a especialização ocorrida no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que exemplifica a implementação prática e os resultados positivos decorrentes dessa especialização.

3.1 AS VANTAGENS E OS DESAFIOS DA ESPECIALIZAÇÃO

A especialização do Judiciário em matéria empresarial emerge como uma resposta necessária à crescente complexidade e volume de litígios que envolvem matéria empresarial.

Essa iniciativa busca não apenas melhorar a eficiência da tutela jurisdicional, mas também proporcionar maior segurança jurídica aos agentes econômicos, propiciando reflexos positivos no ambiente de negócios e na economia como um todo. As singularidades das relações empresariais e o tratamento devido aos conflitos que são delas decorrentes tornam a especialização uma medida de relevante importância.

Com base nessas premissas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Recomendação nº 56 de 2019, recomendou aos Tribunais de Justiça que promovessem a especialização de varas e a criação de câmaras especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial.

Sabe-se que a especialização das varas empresariais proporciona um tratamento mais qualificado dos processos. Juízes especializados desenvolvem maior familiaridade com a matéria, resultando em decisões mais consistentes e previsíveis. Esse fator é crucial para os empresários, que dependem da segurança jurídica para a tomada de decisões e a precificação de riscos. O mesmo se aplica a investidores, que tendem a investir em localidades que possuam maior segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional. A previsibilidade das decisões judiciais decorrente da especialização, assim, é um dos pilares que sustentam a confiança dos agentes econômicos.

Frederico Augusto Cavalheiro e Carmelo Nunes (2022) debate acerca dos principais benefícios e desafios da especialização:

> Os principais benefícios esperados envolvem uniformidade das decisões (jurisprudência mansa e pacífica), previsibilidade (decisões coerentes com a legislação aplicável), decisões mais qualificadas e menor tempo de tramitação processual, objetivando melhorar a eficiência da prestação jurisdicional de acordo com a dinâmica empresarial. Em contrapartida, efeitos reversos da especialização, prejudiciais ao correto andamento do sistema judiciário, podem ocorrer, destacando-se aí o forum shopping, desinteresse profissional, imparcialidade do juízo, aumento dos custos e barreiras de acesso à justiça. A possível ineficiência causada pela gestão

> processual alternativa é um problema que deve ser enfrentado pela Administração Pública, sob pena de piorar a prestação jurisdicional, além de sobrecarregar os tribunais superiores. O acompanhamento empírico dos processos empresariais que tramitam nas novas varas pode ajudar a controlar os efeitos negativos, além de auxiliar na correção de eventuais imperfeições práticas da estratégia. (p. 104).

Apesar dos desafios, as melhorias são percebidas pela maior parcela dos atores do sistema de justiça. Em pesquisa organizada pelo CNJ, que entrevistou magistrados, servidores e advogados, questionou-se acerca de suas opiniões sobre o fenômeno da especialização, chegando-se à conclusão de que a melhoria na prestação jurisdicional, dentro e fora do processo, é evidente:

> Em relação aos benefícios e dificuldades para implantação das varas especializadas, percebe-se convergência entre as opiniões de magistrados, servidores e advogados. A maior parte dos respondentes de todos os grupos entende que a especialização melhora a coleta de provas, as compreensões da estrutura dos serviços judiciais e dos fluxos processuais, a efetividade e a fundamentação nas decisões e a padronização dos serviços cartorários (CNJ, 2020, p. 16).

Diversas pesquisas empíricas comprovam a melhora na celeridade e na qualidade das decisões que são proferidas em varas especializadas em matéria empresarial. Em São Paulo, além de as varas empresariais terem proporcionado uma melhora no tempo de tramitação em 37%, também 85% dos advogados entrevistados entenderam que houve melhora na qualidade das decisões proferidas (NANI, 2023). Em processos de falência ajuizados no Estado de São Paulo, comprovou-se que varas especializadas também praticaram tempos menores do que as varas comuns em processos de mesma natureza (Oliveira et al, 2024).

Fábio Ulhoa Coelho, em comento do primeiro Anteprojeto de Código Comercial que tramitou na Câmara dos Deputados, que continha dispositivos específicos sobre processos empresariais, ressalta a importância de respeitar e levar em conta as especificidades dessas lides, vendo isso como uma forma de melhoria do ambiente de negócios do Brasil e incorporação de padrões internacionais na prática judicial brasileira (Coelho, 2014, p. 76).

Eduardo Mattos e Gustavo Osna, em estudo a respeito da especialização de unidades judiciárias em matéria falimentar, destacam que é difícil precisar o que viria a ser uma decisão "melhor" que outra, haja vista o alto grau de subjetividade (2021, p. 422).

Seus estudos tiveram como base as taxas de recorribilidade e reforma das decisões de primeiro grau pelos tribunais de justiça, concluindo, com base nos dados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que a maior vantagem é a maior celeridade na condução dos processos, em especial pela menor quantidade de demandas que tramitam nessas varas (Mattos; Osna, 2021, p. 429).

Concluem os autores:

> Assim, a opção pela adoção de varas especializadas em matéria de insolvência é plenamente possível e com algumas vantagens factíveis – notadamente, em curto prazo, quanto à celeridade na condução de demandas. Contudo, em um país com um Judiciário tido como caro e com uma percepção de qualidade de serviços não muito elevada, tal opção deve ser uma escolha (política) que leve em conta os trade-offs envolvidos, pautada em evidência, pensada a partir de boa gestão judiciária e tendo como objetivo final a prestação de serviços adequados ao usuário/jurisdicionado (Mattos; Osna, 2021, p. 433).

De qualquer sorte, os ganhos mencionados apenas se concretizam pela especialização dos atores do sistema, dentre eles, magistrados, servidores, advogados, administradores judiciais, peritos e demais profissionais. Isso porque é completamente inviável que a especialização surta efeitos se os agentes que atuam nos processos estão alheios à especialização. O investimento na

formação contínua dos profissionais do sistema de justiça é crucial para o sucesso da especialização do Judiciário em matéria empresarial.

Sob os princípios estabelecidos na LLE, pode-se dizer que é desejável que haja uma maior especialização das varas judiciais, em particular em matéria empresarial. Apesar de os estudos de Eduardo Mattos e Gustavo Osna não terem verificado, com base nas varas especializadas em matéria falimentar de Curitiba, uma diferença significativa entre a taxa de recorribilidade das decisões e de reforma pelo Tribunal de Justiça quando comparado com varas não especializadas (2021, p. 428), é inegável que processos relacionados à matéria empresarial são dotados de especial complexidade e particularidade.

O estudo realizado por Luciana Yeung e Marcelo Paiva Gomes Ferrante, com base em 68 processo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2012 que lidavam com matéria contratual, notou que havia a presença, mesmo que de forma não acentuada, de um viés dos magistrados de decidir em favor da parte dita como hipossuficiente no caso (2012, p. 167), no que concluem que isso pode gerar um aumento da quantidade de demandas ajuizadas, com consequente aumento dos custos envolvidos com a prestação judicial, no tempo até a prolação de decisão e de insegurança jurídica (2012, p. 168).

Cita-se, por fim, o emblemático caso da soja verde no Estado de Goiás, no qual diversos empresários do agronegócio ingressaram com medidas judiciais por conta de fatores que causaram o aumento no preço de seus produtos. Após as vitórias judiciais, houve um aumento no custo de crédito nas safras seguintes, por conta do receio de financiadores de verem seus contratos revisados judicialmente, de forma que os ganhos foram individuais, mas as perdas foram coletivizadas (Timm, 2006, p. 21).

Em todos os casos analisados nos estudos mencionados acima, é de se indagar se juízes especializados em matéria empresarial teriam proferido decisões melhores, aqui compreendidas não apenas em termos de taxa de recorribilidade e revisão pela segunda instância, mas também com menos externalidades negativas e de forma menos enviesada.

Uma das principais justificativas e incentivos para agentes econômicos buscarem arbitragem para a solução de seus conflitos, ao invés do Poder Judiciário, é justamente a percepção de que, na arbitragem, é mais possível que se obtenha uma decisão final em menos tempo e proferida por um julgador (árbitro) especializado na matéria do litígio (DIAS, 2018, p. 286).

Varas que sejam especializadas em matéria empresarial em nada perdem para decisões proferidas em sede de arbitragem, no que se cita o exemplo das Cortes do Estado de Delaware, nos Estados Unidos, cuja jurisprudência é conhecida e respeitada internacionalmente na área (Giraldo; Cañon, 2005, p. 14). A criação de uma jurisprudência coerente em matéria empresarial, portanto, é algo desejável no Brasil, para que haja maior confiança de toda a população no Poder Judiciário e redução nos conflitos sociais.

A doutrina do *stare decisis*, típica de países de matriz jurídica de *common law*, indica que casos passados devem servir de modelo para o julgamento de casos presentes, e que, não havendo motivos para se alterar o que foi decidido anteriormente, o mesmo entendimento deve ser aplicado no caso atual (Pugliese; Santos, 2017, p. 377), o que privilegia a segurança jurídica e a melhor resolução dos conflitos sociais.

William Soares Pugliese e Ramon Ouais Santos (2017, p. 377) são precisos sobre o tema:

> Se dois juízes bem-intencionados e com vasta bagagem jurídica podem chegar a conclusões distintas sobre o mesmo caso, é sinal de que a objetividade no plano da interpretação não tem sido uma empreitada de sucesso. Por isso, doutrinas do precedente estão imbuídas de um pragmatismo que obtém suporte na realidade: o direito admite múltiplas versões, sendo pouquíssimo provável alcançar os ideais de igualdade, coerência, estabilidade e segurança jurídica sem respeito às decisões do passado.

O debate, assim, deve ser pensado sob um aspecto de acesso à justiça, no que engloba a prestação da atividade jurisdicional em tempo razoável e a devida atenção do julgador à causa (Cappelletti; Garth, 1988, p. 94), de aumento da liberdade das partes envolvidas, algo inseparável do desenvolvimento (tanto econômico quanto pessoal de cada indivíduo), devendo ser evitadas políticas públicas que reduzem a liberdade econômica e, por consequência, afetam as esferas sociais e políticas dos jurisdicionados (Sen, 1999, p. 3), e de aumento da eficiência das decisões e redução das externalidades negativas que possam causar.

Varas judiciais especializadas em matéria empresarial, com magistrados que acumulem experiência em casos relacionados ao Direito Empresarial, são um caminho para que todos os objetivos supramencionados sejam alcançados.

3.2 O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

O Paraná constitui a quinta maior economia estadual do País, tendo fechado o ano de 2023 com uma média recorde de 277.636 empresas abertas segundo a Junta Comercial do Paraná. O desenvolvimento da economia paranaense nas últimas décadas foi marcado por um forte incremento da atividade comercial, resultando não só no aumento do número de empresas abertas, mas também na criação de uma região apta a receber empreendimentos dos mais diversos portes e investimentos externos.

Não alheio a esse ambiente e às considerações sobre especialização já mencionadas, em 29/01/2024, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aprovou a implementação de varas empresariais regionalizadas em sessão do Órgão Especial Administrativo. Na oportunidade, o relator foi o presidente do TJPR, Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen, o qual destacou que a implementação traria ganhos à qualidade da prestação jurisdicional, não implicando em acréscimo de despesas e incentivando uma maior uniformidade e previsibilidade das decisões relativas à matéria empresarial.

Durante o processo de implementação, foram realizados diversos levantamentos, estudos e reuniões, com o acompanhamento da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, por meio da Comissão de Direito Empresarial e da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência, e da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP). Em uma das reuniões do TJPR com membros da advocacia paranaense, a advogada Marcia Carla Pereira Ribeiro destacou:

> O TJ-PR está respondendo de forma direta a uma histórica reivindicação da classe que virá para o aprimoramento da prestação da justiça especializada voltada às lides empresariais. Trata-se de importante iniciativa, essencial para o desenvolvimento industrial e comercial do estado. (OABPR, 2023, digital).

No mesmo sentido, em reunião do TJPR com a FIEP, Edson Vasconcelos, presidente da referida federação, sublinhou a melhora no ambiente de negócios decorrente da especialização do Judiciário em matéria empresarial:

> A criação de varas especializadas em direito empresarial para atender as diferentes regiões certamente trará mais segurança jurídica ao setor produtivo paranaense, melhorando o ambiente para quem investe ou quer investir no Paraná (AGÊNCIA SISTEMA FIEP, 2024, digital).

Dos diversos estudos realizados, especialmente por meio do intermédio com o Núcleo de Monitoramento e Estatística da Corregedoria (NEMOC) e com o Departamento de Planejamento (DPLAN) e pela Corregedoria-Geral da Justiça, chegava-se à conclusão de que processos empresariais possuíam uma viscosidade processual atípica em relação aos demais processos cíveis, por envolverem demandas complexas que se diferenciavam do restante do acervo processual em todo o estado.

Foi dando sequência ao projeto, que em 07/03/2024, o Órgão Especial aprovou a Resolução nº 426 de 2024, que criou as Varas Empresariais Regionais para processar e julgar as ações relacionadas ao Direito Empresarial. Em mesma data, a presidência do TJPR assinou o Decreto Judiciário nº 179/2024 que regulamentou a instalação e a distribuição das novas varas empresariais.

Através desse movimento de implantação, na comarca da Capital, houve a transformação das varas especializadas em matéria de insolvência e de duas varas cíveis em Varas Cíveis e Empresariais Regionais, passando a região de Curitiba a possuir quatro varas especializadas em matéria empresarial. Somado a isso, foram instituídas Varas Cíveis e Empresariais Regionais nas regiões das cidades de Ponta Grossa, Cascavel, Maringá e Londrina, garantindo a especialização em todas as macrorregiões do estado.

Por fim, cabe salientar que magistrados e servidores passaram por cursos de capacitação e treinamento conduzidos pela Escola Judiciária do Paraná (Ejud-PR), garantindo a especialização também dos agentes do Judiciário que atuarão nos processos empresariais.

Atualmente, o TJPR se encontra alinhado à especialização em matéria empresarial junto aos tribunais de grande porte do país, refletindo um compromisso contínuo com a modernização e a eficiência da prestação jurisdicional. A implementação das varas empresariais regionalizadas não apenas melhora a qualidade das decisões judiciais, mas também proporciona um ambiente de negócios mais seguro e confiável, essencial para o desenvolvimento econômico do Paraná.

CONCLUSÃO

Todos os agentes da Justiça, sejam advogados (privados ou públicos), magistrados, promotores ou quaisquer outros, querem, acima de tudo, que haja uma maior eficiência na prestação dos serviços a ela relacionados e que haja o melhor acesso à justiça possível, como forma de redução das desigualdades e com vistas à melhor resolução dos conflitos sociais.

Neste artigo, foi possível analisar os direitos fundamentais mencionados acima com base na especialização das varas judiciais em matéria empresarial, algo buscado pelo CNJ há anos e que está se tornando realidade em cada vez mais Estados da federação brasileira, com destaque para a recém implementação disso no Estado do Paraná, em ação conjunta de toda a comunidade jurídica local.

As relações jurídicas empresariais não podem ser analisadas e julgadas da mesma forma que as demais de Direito Privado, sendo necessária a valorização e o respeito pelas características inerentes ao Direito Empresarial, sobretudo a existência de risco na relação e a busca, por todos os envolvidos, de lucro, algo atípico em outros tipos de negócios jurídicos privados (como no Direito do Consumidor, por exemplo).

Não por outro motivo, é no Direito Empresarial que a autonomia privada e a livre-iniciativa são presentes com maior destaque do que em outros ramos do Direito. A Lei nº 13.874/2019, a Lei de Liberdade Econômica, foi inovadora em regular de forma infraconstitucional os direitos decorrentes da livre-iniciativa, que está prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como direito fundamental e parte da ordem econômica em diversos momentos na Constituição de 1988 (arts. 1º, IV, art. 5º, XIII, e art. 170, respectivamente).

A intervenção judicial nas relações interprivadas deve ser excepcional, tendência que já era verificada no Poder Judiciário, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça. Agora, com a previsão expressa disso na legislação, verifica-se uma preocupação do legislador em dar destaque à natureza distinta das relações de Direito Privado e da atenção que elas merecem, na qual a vontade das partes e sua livre alocação de riscos deve ser ao máximo respeitada.

Em que pese não haver estudos que demonstrem objetivamente que varas especializadas proferem decisões melhores (até mesmo pela subjetividade de o que é considerada uma decisão "melhor" que outra), entende-se que a adoção disso pelos Tribunais de Justiça é medida que privilegia a liberdade das partes contratantes, a celeridade processual, o acesso à justiça e a redução das externalidades negativas das decisões judiciais, todos efeitos desejáveis.

Conclui-se, assim, pela recomendação que o modelo que foi implementado no Estado do Paraná, com a criação de varas regionais especializadas em matéria empresarial, sem aumento na quantidade de unidades judiciárias (consequentemente, com poucos custos envolvidos nessa implementação) e com competência regionalizada, seja também implementado em outros Estados brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Hermenêutica *pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39-53.

AGÊNCIA DE SISTEMA FIEP. **Criação de varas empresariais regionais dará mais segurança ao setor produtivo, diz Fiep**. Curitiba, 7 fev. 2024. Disponível em: https://agenciafiep.com.br/2024/02/07/criacao-de-varas-empresariais-regionais-dara-mais-seguranca-ao-setor-produtivo-diz-fiep/. Acesso em: 21 jun. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da "Lei de Liberdade Econômica" (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRAZÃO, Ana (coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 123-152.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CNJ. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de veras por competência e a unificação de cartórios judiciais. Brasília, 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do direito comercial**: com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRAZÃO, Ana (coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-121.

GIRALDO, Carlos Andrés Laguado. CAÑON, Maria Paula Díaz. Modern Conception of Business Judgment Rule: a case study on Delaware Jurisprudence. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 5, p. 13-39, jun. 2005.

INTERNATIONAL MONETARY FOUND. **Orderly & Effective Insolvency Procedures**: Key Issues. [*S. l.*], 1999. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/#foreword. Acesso em: 21 jun. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR, Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 19-38.

KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos**: uma análise microeconômica. Curitiba: CRV, 2015.

MAIOLINO, Isabela. TIMM, Luciano Benetti. Contribuições da análise econômica do direito para a Lei de Liberdade Econômica – instituições e custos de transação. In: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRAZÃO, Ana (coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 289-305.

MATTOS, Eduardo da Silva. OSNA, Gustavo. Juízes Especializados Decidem Melhor? Análise a partir de Casos de Recuperação Judicial. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 12, n. 3, p. 415-439, set.-dez. 2021.

NANI, Ana Paula Ribeiro. **As varas empresariais do Tribunal de Justiça de São Paulo**: Os impactos no tempo médio processual, na qualidade das decisões e na previsibilidade dos julgamentos em matéria empresarial. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2023. 376p.

NUNES, Frederico Augusto Cavalheiro e Carmelo**. A experiência das varas empresariais no Estado de São Paulo**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. 124p.

OABPR. **OAB Paraná e TJ-PR estudam criação de varas especializadas em matéria empresarial**. Curitiba, 2 ago. 2023. Disponível em: https://www.oabpr.org.br/oab-parana-e-tj-pr-estudam-criacao-de-varas-especializadas-em-materia-empresarial/. Acesso em: 21 jun. 2024.
OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 20, n. 50, p. 123-141, jul.-ago. 2019.
PUGLIESE, William Soares. SANTOS, Ramon Ouais. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p. 375-396, out. 2017.
RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Contratos empresariais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais. Acesso em: 21 jun. 2024.
RODRIGUES JR. Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier. PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 309-325.
SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I. **Genjurídico**, 02 de maio de 2019. Disponível em https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i/. Acesso em 21 de junho de 2024.
SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Alfred A. Knpof Inc., 1999.
SPINELLI, Luis Felipe. SCALZILLI, João Pedro. TELLECHEA, Rodrigo. **Intervenção judicial na administração de sociedades**. São Paulo: Almedina, 2019.
THE WORLD BANK. **Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems**, [*S. l.*], 2001. Disponível em: https://documents1.worldbank.org/curated/en/936851468152703005/pdf/481650WP02001110Box338887B01PUBLIC1.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024.
TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 33, p. 15-31, 2006.
TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
YEUNG, Luciana. FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes. Tendências de Decisões do TJSP sobre Quebras de Contratos Privados. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 148-169, jan. -jun. 2012.

LIMITES AO EMPREGO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS EM DECISÕES JUDICIAIS

Matheus Tauan Volpi[527]Murilo Alan Volpi[528]

INTRODUÇÃO

Toda decisão judicial provoca, em maior ou menor medida, efeitos concretos na realidade. A partir dessa constatação, discute-se a possibilidade do julgador, antevendo os efeitos concretos de sua decisão, considerá-los como parâmetro para decidir.

Pesquisas empíricas evidenciam que juízes, em sua maioria, são atentos às consequências de sua decisão. Segundo pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (2015), a extensa maioria dos juízes considera que as decisões devem ser orientadas por critérios legais, mas com compromisso com as consequências sociais. Não por outra razão, em sentenças e acórdãos, é comum o emprego de argumentos consequencialistas.

Vários dispositivos legais impõem esse modo de proceder. O Código de Ética da Magistratura Nacional, no art. 25, estabelece, como decorrência do dever de prudência, que o magistrado deve atuar de forma cautelosa ao proferir decisões, atento às consequências que pode provocar. Da mesma forma, o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, em seu art. 71, estabelece que, *"ao adotar uma decisão, o juiz deve analisar as diversas alternativas que o Direito oferece e avaliar as diferentes consequências que advirão de cada uma delas"*.

No mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro enuncia genericamente, em seu art. 5º, que, na aplicação da lei, o juiz a atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Adiante, no art. 20, introduzido pela reforma, enuncia expressamente que *"nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão"*. Igualmente, no art. 21, estabelece-se que a decisão que invalidar ato, contrato, ajuste ou processo ou norma administrativa deverá *"indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas"*.

Há, ainda, outros dispositivos legais que fazem referência às consequências. Na Lei 9.868/1999, prevê-se a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em razão das consequências. No Direito Penal, há hipóteses de perdão judicial em atenção às consequências (ex.: art. 121, §5º, do CP). Em síntese, há, como se depreende, vários dispositivos legais que não apenas facultam, mas impõem a análise das consequências da decisão pelo magistrado.

A despeito disso, a doutrina tem feito críticas ao uso indiscriminado de argumentos consequencialistas em decisões judiciais. São listados vários argumentos, dentre os quais o de que juízes não possuiriam mecanismos hábeis para aferir, de forma objetiva e séria, os efeitos gerados por uma decisão e que poderiam contrariar a prévia avaliação feita pelo Legislador. Sustentam, em síntese, que o consequencialismo levado às últimas consequências poderia abalar a segurança jurídica e o ideal de um Estado Democrático de Direito, afrontando a separação de poderes e o princípio da legalidade. Isso porque, se cada julgador elegesse seus credos favoritos e seus ideais, buscando-os como resultado, em detrimento do direito positivo, nada restaria em termos de garantias em um Estado Democrático de Direito.

[527] Doutorando em Direito Tributário pela UFPR. Mestre e Especialista em Direito Tributário pela USP. Delegado de Polícia (PC/MG). Professor na UNIP-São José do Rio Preto/SP. E-mail: volpi.mt@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/0111272040274580. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0863-9947.

[528] Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela USP. Promotor de Justiça (MP/PR). Professor na Faculdade de Direito de Ibaiti/PR (FEATI). E-mail: vmvolpi@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/1183964859259783. ORCID: ttps://orcid.org/0000-0001-5593-8272.

Diante disso, o presente artigo pretende investigar, a partir da análise da bibliografia nacional e internacional, se é possível o uso de argumentos consequencialistas em decisões judiciais e quais os seus limites. Para tanto, o artigo foi dividido em três partes. Inicialmente, apresentou-se o conceito de consequencialismo e seus fundamentos. Em seguida, analisou-se a possibilidade ou não de emprego de argumentos consequencialistas. Por fim, investigou-se os limites e parâmetros para o emprego de argumentos consequencialistas.

1 CONCEITO DE CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

Consequencialismo jurídico, genericamente, pode ser definido como o emprego de argumentos de consequência na interpretação e aplicação do direito. Trata-se da prática de levar em conta as influências da decisão judicial no mundo fático, sejam boas ou más, atuando para potencializar efeitos positivos e minorar efeitos negativos gerados pela decisão (Torres, 2010). O consequencialismo é um dos vários argumentos jurídicos possíveis de serem empregados, a exemplo de outros como a equidade, segurança jurídica, praticidade, justiça etc. (Torres, 2010).

Decisões consequencialistas são aquelas que se motivam em juízos de consequências sobre o seu resultado (Andrade, 2023). Apesar dos limites interpretativos da norma, há uma deliberada preferência do interprete/aplicador por um resultado prático. O consequencialismo, dessa forma, é um argumento de justificação externa das decisões, pois as premissas utilizadas na fundamentação não são exclusivamente regras de direito positivo (Pereira, 2017).

O consequencialismo é, assim, uma postura por meio da qual o valor de uma ação é aferido pelos resultados que ela produz, e não por outros valores. No âmbito do direito, há um especial risco no emprego de argumentos consequencialistas. As leis são previamente discutidas e aprovadas pelas casas legislativas, como concretização do ideal de Estado Democrático de Direito. Os critérios avaliativos de uma decisão já foram produzidos democraticamente no processo legislativo (Streck, 2020). Ignorar, de forma ampla, a análise que já foi feita no processo legislativo pode contrariar o próprio papel que se espera do Poder Judiciário.

Contudo, por outro lado, é necessário constatar que, queiramos ou não, as decisões judiciais geram efeitos na realidade. Ignorar por completo os efeitos provocados na realidade podem, em última, negar a própria racionalidade do direito. Além disso, o consequencialismo desempenha importante papel para a universalização das decisões judiciais. Em uma sociedade complexa, é relevante que os efeitos das decisões sejam antevistos e ajustados, a fim de que o direito efetivamente discipline as condutas (Pereira, 2017).

Nesse contexto, discute-se qual a extensão do uso dos argumentos consequencialistas e quando seria possível seu emprego. Há divergências sobre: i) se podem ser utilizados em quais quer casos ou apenas nos casos difíceis; ii) se podem ser utilizados apenas nas hipóteses de ausência de regra específica ou se podem ser utilizados para afastar uma regra positivada; e iii) quais critérios devem ser usados pelo juiz para avaliar as consequências geradas pela norma e quais os critérios para que essa análise seja segura e confiável (Christopoulos, 2015).

A doutrina, ainda, diferencia o consequencialismo *forte* do consequencialismo *fraco* (Andrade, 2023). Com o consequencialismo *forte*, afasta-se a própria aplicação do direito positivo diante da constatação de que pode gerar consequências indesejáveis. Adota-se, assim, a solução que privilegia a ocorrência do efeito prático desejado, em detrimento do respaldo legal no ordenamento jurídico. As decisões baseadas em um consequencialismo forte afastam ou mitigam o texto jurídico positivado, na busca do alcance de um resultado prático considerado preferível. Como exemplo de decisão baseada em um consequencialismo forte, pode-se citar a declaração de inconstitucionalidade de um tributo não por afronta ao texto constitucional, mas por suas indesejáveis consequências práticas geradas na economia, a partir da ótica do intérprete (Andrade, 2023).

O consequencialismo forte, por sua extensão e desrespeito ao direito positivado, ofende o ideal de um Estado Democrático de Direito. É possível citar como exemplo de um

consequencialismo forte o uso de argumentos *ad terrorem* em matéria tributária, que buscam legitimar tributos inconstitucionais a partir da alegação de que o reconhecimento da inconstitucionalidade geraria grave dano aos cofres públicos.

Por outro lado, há o consequencialismo *fraco,* que consiste no emprego de argumentos consequencialistas de forma complementar. A argumentação é feita exclusivamente pela análise das normas jurídicas. Contudo, o argumento consequencialista é empregado para conferir racionalidade à lei abstrata, guiando o intérprete para uma interpretação mais ampla da lei, mas sempre com respeito aos limites do texto normativo. Nesse contexto, o consequencialismo é frequentemente utilizado como argumento de reforço, em *obter dictum*.

Além da diferenciação entre consequencialismo *forte* e *fraco*, parte da doutrina prefere classificá-lo em consequencialismo *interno* e consequencialismo *externo* (Christopoulos, 2015). Consequencialismo *externo (ou extrajurídico)*, é aquele feito quando não há previsão da avaliação das consequências em norma jurídica. A consequência é alheia ao direito, de ordem econômica, sociológica ou de outra matéria. Por outro lado, consequencialismo *interno (jurídico ou intrajurídico)* é aquele válido para o direito, quando a consequência é prevista expressamente pelas normas jurídicas, que impõe ao intérprete expressamente a valoração das consequências. O consequencialismo *externo* é reputado indesejável, pois poderia acarretar a substituição dos valores estampados na Constituição Federal e na legislação pelos valores do julgador/intérprete.

2 DAS (IM)POSSIBILIDADES DO EMPREGO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

No texto positivo, como visto acima, há vários dispositivos que exigem a consideração das consequências da decisão. No âmbito doutrinário, contudo, não há consenso sobre o tema.

De um lado, há inúmeros defensores dos empregos de argumentos consequencialistas. Carlos Maximiliano indica que, desde o Digesto, já se aponta a necessidade de observar as consequências da decisão (2022). Em ao menos dois momentos, há uma expressa indicação de que as consequências das decisões devem ser observadas, a saber:

> "*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significat quoe vitio caret – 'no caso de linguagem ambígua da lei, opte-se pela exegese de consequência prática, exequível, acorde com a realidade e o Direito'.*
> *(Digesto, liv. 1º, tít. 1º, 3º – De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine, frag. 19, de Celso).*
>
> *Quotiens idem sermo duas sententias exprimi, ea potissimum excipiatur, quoe rei gerendae aptior est – 'quando o mesmo preceito exprime duas proposições, acolha-se, de preferência, a que seja mais adequada para reger a matéria respectiva'*
> *(Digesto, liv. 50, tít. 17 – De regulis juris antiqui, frag. 67, de Juliano).*

Para Carlos Maximiliano, os resultados da norma devem ser considerados sempre. Isso porque o Direito deve ser interpretado inteligentemente, de forma a evitar que a ordem legal prescreva e imponha absurdos e inconveniências, gerando consequências indesejáveis. Maximiliano destaca, contudo, que essa apreciação dos resultados da norma deve ser feita dentro da letra expressa da lei, buscando, dentre as várias interpretações possíveis, a que conduza à melhor consequência para a coletividade (2022).

Além disso, os argumentos consequencialistas, se adequadamente empregados, podem ser caracterizados também como argumentos jurídicos e, portanto, utilizados para fundamentar decisões jurisdicionais. Isso se dá quanto fatos externos ao direito podem ser introduzidos ao universo jurídico, por estarem em conformidade com o sistema, podendo ser reconduzidos ao direito (Alvim, 2024).

Em outros termos, o consequencialismo deve ser visto como uma forma de facilitar a interpretação da lei, mas nunca como uma forma de voluntariamente substituir o texto e a escolha feita pelo Poder Legislativo. Dessa forma, nenhuma decisão pode ter como fundamento exclusivo

consequências como perigo de esvaziamento dos cofres públicos, dificuldades de caixa ou risco de quebra do erário (Alvim, 2024).

O consequencialismo só é possível caso seja reconduzido às normas jurídicas. Legítimo seria o emprego do consequencialismo, por exemplo, ao se vislumbrar que a decisão acarreta consequências que atingem homens e mulheres de forma diferente. Diante disso, o dado extrajurídico é reconduzido ao direito, vislumbrando-se a ofensa à isonomia e, consequentemente, a inconstitucionalidade da norma. Apesar do emprego do argumento consequencialista, retornou-se à fundamentação jurídica.

Além isso, o texto jurídico constantemente apresenta mais de uma interpretação jurídica. Os argumentos consequencialistas podem servir como guia para o encontro do sentido do texto mais adequado, desde que nos limites do direito (Alvim, 2024). Em todo caso, todavia, exige-se que essas consequências sejam efetivamente aferidas de forma séria.

Tereza Arruda Alvim destaca que a possibilidade de emprego de argumentos consequencialistas pelo juiz deve observar dois limites. Primeiramente, as consequências devem ser estimadas, aferidas ou projetadas por cientistas, estudiosos ou técnicos do tema, ou até mesmo por prova pericial. Além disso, posteriormente, o argumento consequencialista deve ser recepcionado/reconduzido ao direito, respeitando-se os limites do direito positivo (Alvim, 2024).

A autora destaca que o consequencialismo é inevitável. Se utilizado na medida certa, o consequencialismo apenas evidencia que o direito serve à sociedade, e não o contrário. Isso porque, se o direito é um instrumento para servir à sociedade, é natural que as consequências de decisões judiciais sejam consideradas pelo próprio direito. Por outro lado, o uso indiscriminado de argumentos consequencialistas deve ser combatido. O emprego de argumentos consequencialistas sem a precisa verificação da sua ocorrência e sem a observância do direito positivo reflete um descomprometimento com o direito, em prejuízo da isonomia e da previsibilidade. Em última medida, compromete a segurança jurídica e poderia ensejar o próprio desaparecimento do direito como um sistema autônomo (Alvim, 2024).

Outro aspecto de destaque é que o consequencialismo é elemento fundamental para a concretização do ideal de universalização das decisões judiciais (Pereira, 2017). Isso porque é exigida uma análise além das particularidades do caso analisado, de forma que a decisão seja aplicável a todo e qualquer caso com características semelhantes. Essa universalização é, em grande medida, alcançada quando se analisa as reais consequências da decisão, sem o que fica inviabilizada a universalização das decisões judiciais (Pereira, 2017).

Apesar das inúmeras opiniões favoráveis ao emprego de argumentos consequencialistas, há também posições contrárias ao seu uso. De início, há crítica afirmando que a análise das consequências da decisão extrapolaria o papel esperado do Poder Judiciário. Aduz-se que, caso a lei provoque efeitos não desejados, caberia ao próprio Poder Legislativo não editar ou revogar a lei previamente elaborada por ele. Aduz-se, ademais, que os juízes não possuiriam mecanismos hábeis para aferir, de forma objetiva e séria, os efeitos gerados por uma decisão. Dessa forma, haveria sempre meras suposições, sem um lastro mínimo de segurança, capaz de comprometer os valores do ordenamento jurídico.

Para parte da doutrina, o consequencialismo em sua vertente mais intensa, levado às últimas consequências, pode abalar a segurança jurídica e o ideal de um Estado Democrático de Direito, afrontando a separação de poderes e o princípio da legalidade. Isso porque se cada teórico ou julgador eleger seus credos favoritos e seus ideais, buscando-os como resultado, em detrimento do direito positivo, nada restaria em termos de garantias em um Estado Democrático de Direito (Andrade, 2021).

De fato, um consequencialismo *forte* deve ser evitado sempre, pois provoca efeitos negativos. Se a solução adotada não possui qualquer fundamento no direito positivo, o consequencialismo *forte* viabilizaria maior possibilidade de arbitrariedades, a partir da eleição de critérios subjetivos, com a escolha livre e nunca puramente impessoal e objetiva das consequências desejadas. Além disso, haveria forte caráter antidemocrático, pois os critérios e preferências eleitos pelo julgador não são os mesmos aprovados por representantes do povo (Andrade, 2023).

Outra crítica formulada é a de que as leis podem produzir consequências inesperadas em sua aplicação, e juízes e advogados não teriam a expertise necessária para realizar esse tipo de tarefa. O Judiciário não disporia de um aparato técnico adequado para a mensuração dessas consequências, em comparação com o Poder Legislativo e o Poder Executivo (Christopoulos, 2015). Ademais, o consequencialismo jurídico gera dificuldades práticas, especialmente pela grande controvérsia quanto à real possibilidade de prever consequências sociais, especialmente as de longo prazo. As inúmeras consequências futuras no longo prazo, sua extensão, é apontada como de impossível previsão por qualquer ciência humana (Pereira, 2017).

Outra crítica formulada é de que o consequencialismo acaba por inserir o juiz em um ideal de visionário, como responsável por escolher individualmente a decisão que seria a melhor para o bem-estar da sociedade. Com isso, faz-se emergir perigos, notadamente porque o juiz é lançado em uma posição desconfortável, aproximando-o de uma função de legislador (Pereira, 2017).

Por fim, aduz-se que o consequencialismo jurídico pode, ainda, estimular a prática conhecida como *inconstitucionalidade útil.* Trata-se de atos deliberadamente inconstitucionais, praticados por governantes, com o objetivo de alcançar determinadas finalidades que reputam boas, até que seja posteriormente invalidado. Como exemplo, pode-se citar eventual Estado que institua um tributo inconstitucional com a finalidade de consertar as finanças do Estado, até que seja posteriormente invalidado, com uma modulação de efeitos *ex nunc* (Pereira, 2017).

3 LIMITES AO EMPREGO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

Apesar da diversidade de posições doutrinárias e das diversas críticas formuladas acerca da possibilidade do emprego de argumentos consequencialistas em decisões judiciais, constata-se que a maior parte da doutrina se mostra favorável ao seu emprego de forma cautelosa. Da mesma forma, entendemos que devem ser observados alguns parâmetros e respeitados alguns limites para que o uso de argumentos consequencialistas seja legítimo.

Como parâmetro inicial, o consequencialismo jurídico deve ser restrito às hipóteses em que permanece a observância à lei. Apenas é possível o consequencialismo *fraco*. Deve-se, sempre, evitar um consequencialismo *forte*, que, com base em ideologias e construções teóricas, adote soluções contrárias às positivadas na legislação. Se a finalidade ou a consequência identificada é boa e desejável, que o Poder Legislativo, no processo democrático, reconheça isso e positive a norma, por meio do devido processo legislativo (Andrade, 2021).

Como segundo parâmetro, decorrência inevitável do primeiro, as decisões devem ser pautadas por razões exclusivamente jurídicas, com base no direito posto de forma democrática (Andrade, 2023). Apenas é possível o consequencialismo *interno.* Os argumentos consequencialistas devem ser utilizados como um dos elementos que contribuem para a plena compreensão da norma e adequada aplicação, mas jamais para negar a norma posta democraticamente e substituí-la pela norma idealizada como mais adequada pelo julgador. Ao analisar as consequências, o julgador nunca poderia, ainda que sob o pretexto de adotar uma postura humanitária avançada, afastar-se da lei, ignorando completamente a hermenêutica e o direito positivo, pautando-se em argumentos humanos puramente sociais, aproximando-se do que Carlos Maximiliano chamou de jurisprudência sentimental (2022). Sob o argumento de alcançar consequências desejáveis, o magistrado nunca pode substituir o Direito positivo por uma norma concreta que reputa subjetivamente mais adequada.

Apesar dos riscos, contudo, as consequências da decisão devem sempre ser valoradas. A análise das consequências é de fundamental importância para a adequada interpretação da lei, tarefa extremamente complexa e que exige algumas cautelas. A Justiça depende muito do intérprete. Exige-se, além de profundo conhecimento do organismo jurídico, conhecimento das condições de vida nas quais as relações jurídicas são formadas. Não basta, assim, que o intérprete ou juiz conheça a lei. Apenas conhecer a lei é insuficiente. A tarefa do hermeneuta é mais complexa. O juiz precisa cumprir a lei, mas não a tornar excessivamente rígida. Precisa compreender os interesses individuais,

mas compatibilizá-los com os sociais. Precisa, por fim, reunir inúmeras considerações e manter-se no meio termo (Maximiliano, 2022).

Para tanto, como destaca Carlos Maximiliano, é preciso julgadores esclarecidos, à altura de sua época, familiarizados com as ciências econômicas e com as instituições jurídicas de outros países, atentos às consequências da decisão. O modelo de juiz meramente aplicador de códigos, praxista, formalista, está superado. Isso envolve até mesmo a forma como devem ser escolhidos os juízes. O juiz é, nas palavras de Carlos Maximiliano, um intermediário inteligente entre a lei e a vida. Não pode ser um leigo nem um falso letrado. Devem ser os que mais conhecem as paixões humanas, as causas próximas e remotas dos fenômenos jurídicos, a finalidade dos institutos e dispositivos, os fatores sociológicos que influíram na elaboração, ou na exegese dos textos, e suas possíveis consequências (Maximiliano, 2022).

Contudo, ao fazer isso, o aplicador do direito deve ter cautela com suas convicções pessoais. O intérprete deve conhecer a si mesmo e se conscientizar desse risco, buscando evitá-lo ao máximo. O argumento consequencialista nunca deve ser utilizado para impor convicções pessoais. Deve ser apenas mais um dos recursos capazes de enriquecer e tornar melhor a interpretação das normas jurídicas.

Por fim, como último parâmetro, os argumentos consequencialistas devem ser restritos aos casos em que haja uma séria e objetiva aferição dos efeitos gerados pela decisão. As consequências devem ser estimadas, aferidas ou projetadas por cientistas, estudiosos ou técnicos do tema, ou até mesmo, se necessário, por prova pericial.

CONCLUSÃO

A fundamentação com base nas consequências da decisão judicial é, não apenas desejável, mas um dever imposto a todo julgador, como decorrência do dever de prudência, nos termos do art. 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional e do art. 71 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial. É ainda um dever imposto nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Contudo, para que seja legítimo, o emprego de argumentos consequencialistas em decisões judiciais deve observar três parâmetros.

Como primeiro parâmetro, o consequencialismo jurídico deve ser restrito às hipóteses em que permanece a observância à lei. Apenas é possível um consequencialismo *fraco*, que respeite os limites do texto jurídico.

Como segundo parâmetro, decorrência inexorável do primeiro, as decisões devem ser pautadas por razões exclusivamente jurídicas, com base no direito posto de forma democrática (Andrade, 2023). Os argumentos consequencialistas devem ser utilizados como um dos elementos que contribuem para a plena compreensão da norma e adequada aplicação, mas jamais para negar a norma posta democraticamente e substituí-la pela norma idealizada como mais adequada pelo julgador.

Por fim, como terceiro parâmetro, os argumentos consequencialistas devem ser restritos aos casos em que haja uma séria e objetiva aferição dos efeitos gerados pela decisão. As consequências devem ser estimadas, aferidas ou projetadas por cientistas, estudiosos ou técnicos do tema, ou até mesmo, se necessário, por prova pericial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. Argumentos consequencialistas nas decisões judiciais – possibilidades, limites e riscos. Revista de Processo. V. 349/2024, p. 759-783, 2024.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e Argumento de Risco Fiscal na Modulação de Efeitos em Matéria Tributária. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 40, p. 472–488, 2021. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504. Acesso em: 23 maio. 2024.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo Extrajurídico em Decisões contra Contribuintes: Muitos Espantalhos para Poucos Corvos?. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 48, p. 687–707, 2023. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1859. Acesso em: 23 maio. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Magistrados Brasileiros: caracterizações e opiniões. 2015. Disponível em: https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2005-Magistrados-Brasileiros-Caracterizacoes-e-opinioes-AMB.pdf. Acesso em: 04 jun. 2024.

BARROS, Marco Antônio Loschiavo Leme de. Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no direito brasileiro. 2018. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2018.tde-30102020-152804. Acesso em: 2024 jun. 2024.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento Consequencialista no Direito. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6. N.3 (2015), p: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Disponível em: https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061. Acesso em: 25 maio 2024.

DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.2.2018.tde-23102020-002957. Acesso em: 2024-06-03.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Conquencialismo Decisório e sua Relevância para o Direito Tributário. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 38, p. 150–173, 2017. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/218. Acesso em: 24 maio. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. LIMITES DO CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO: dos dilemas Trolley ao coronavírus. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 924–934, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i3.569. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569. Acesso em: 22 maio. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito Tributário Atual: RDTA, São Paulo, n. 24, p. 439-463, 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166458. Acesso em: 22 maio 2024.

O USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS PELA PERSPECTIVA DOS JUÍZES: RELATÓRIO DE PESQUISA BRASILEIRO

Eduardo Villa Coimbra Campos[529], Marcos de Moraes Sousa[530],
Ana Carolina de Faria Silvestre Jeziorowski[531], Flávio Manoel Coelho Borges Cardoso[532],
Jéssica Traguetto Silva[533], Mara Célia Ferreira Ataide[534]

INTRODUÇÃO

Este é um relatório de pesquisa que faz parte de um projeto de pesquisa[535] que abrangeu vários países: Austrália, Brasil, Canadá, Irlanda, Quénia, Nova Zelândia, Portugal, Escócia e Espanha. O estudo em nível internacional é coordenado pelos pesquisadores Tânia Sourdin da University of Newcastle – Law and Justice School (Australia) e Brian Barry de Dublin University of Technology – School of Law (Irlanda). Este relatório foi elaborado por um grupo de pesquisadores brasileiros, que pertencem às seguintes organizações: Universidade Federal de Goiás, Univel Centro Universitário de Cascavel-Univel e o Instituto Federal Goiano.

A pesquisa levada a efeito procurou avaliar a percepção dos juízes sobre a aplicação, adoção e aceitação de tecnologias na atividade da magistratura. Além disso, buscou entender como os juízes em países de diferentes contextos e sistemas judiciais estão lidando com as mudanças tecnológicas e seus impactos em suas atividades judiciais, cuja implantação foi acentuada pela pandemia de COVID-19. Ainda, objetivou avaliar como as jurisdições em todo o mundo estão adotando tecnologias de diferentes maneiras.

Trata-se de uma pesquisa colaborativa e transnacional que agrega valor significativo para a compreensão dos impactos que as mudanças, envolvendo tecnologia no judiciário estão acarretando**.** Assim sendo, este relatório de pesquisa explora as percepções dos juízes brasileiros sobre como a tecnologia é usada no contexto de seu trabalho, oportunizando uma discussão mais ampla sobre como ela pode remodelar a forma de trabalho dos juízes no futuro.

O presente relatório está organizado em quatro partes. Em primeiro lugar, apresenta a metodologia adotada no Brasil, com a descrição do processo de coleta e análise de dados e os aspectos éticos. Na segunda parte são apresentados os resultados da pesquisa, seguidos de análise e discussão. Por fim, na última seção, serão apresentadas as conclusões e as referências utilizadas.

2 METODOLOGIA

A realização de uma pesquisa é um processo complexo que requer tomadas de decisões e análises criteriosas. Esta seção descreverá o desenho metodológico e as várias etapas do processo de coleta e análise dados, bem como quais cuidados foram tomados em relação aos aspectos éticos abordados durante a investigação. Na figura 1 segue uma representação gráfica do procedimento metodológico utilizado.

---

[529] Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Juiz de Direito no E. Tribunal de Justiça do Paraná e Professor de Direito Constitucional da Univel/PR

[530] Doutor em Administração. Professor titular no Instituto Federal Goiano Campus Rio Verde, Rio Verde, Brasil

[531] Mestre em Direito. Professora universitária.

[532] Doutor em Administração pela Universidade de Brasília. Professor Titular do Instituto Federal Goiano-Campus Ceres, Ceres, Estado de Goiás, Brasil

[533] Doutora em Administração. Professora efetiva da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Brasil.

[534] Mestre em Administriação, doutoranda no Programa de Pós-graduação em Administração, Universidade Federal de Goiás.

[535] Disponível em: https://www.newcastle.edu.au/research/centre/law-and-social-justice/research/research-projects/international-survey-on-judges-and-technology Acesso em: 15 de julho de 2024.

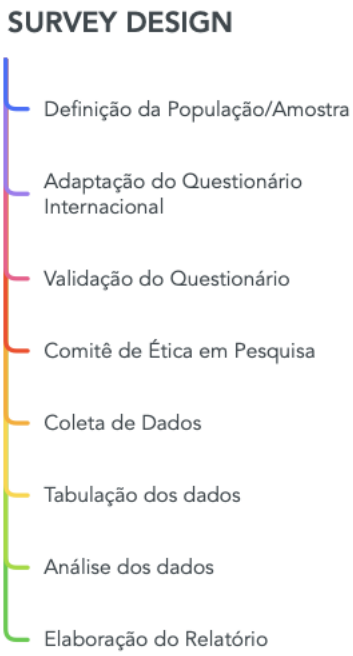

Figura 1. Etapas metodológicas da pesquisa no Brasil

Fonte: Adaptado de Bethlehem (2009).

Este estudo é do tipo descritivo, com abordagem quantitativa, tendo como método de coleta de dados principal a aplicação de um questionário, com coleta de dados e sua análise por meio de estatística descritiva.

2.1 A PESQUISA

Esta investigação foi realizada por meio de um método sistemático para coletar dados de uma amostra populacional com a finalidade de construir descritores quantitativos dos atributos dos quais faz parte (Groves; Fowler Jr.; Couper; Lepkowski; Singer & Tourangeau, 2004). Este método se utiliza de uma estratégia quantitativa e que emprega uma forma de coletar dados e informações a partir das características e opiniões de um grupo ou mais de indivíduos. Esse grupo ou grupos não precisam ser necessariamente uma população, ou seja, a coleta de informação censitária, mas é possível fazer o levantamento por meio de uma amostra. Porém, esta deve ser um representativo da população e o resultado encontrado extrapolado para todo o universo em estudo (Bethlehem, 2009).

Para a execução de uma pesquisa são necessários alguns passos a serem realizados para que se possa ter confiabilidade nos resultados. O primeiro deles, conforme a Figura 1, é o design da pesquisa, que nada mais é que do que o seu processo de estruturação. Antes do início da coleta de dados é necessário tomar uma série de decisões importantes. Primeiro, tem que ficar claro qual população será investigada (a população-alvo) e a amostra representativa dela. Esta definição é importante para a estruturação do conteúdo do questionário. Além disso, uma amostra adequada quanto ao desenho e o tamanho deve ser determinada para a precisão dos resultados. O segundo passo é a elaboração e validação do questionário. A terceira é a avaliação pelo Comitê de Ética da instituição responsável pela pesquisa. Somente após essa fase é que se pode iniciar a coleta dos dados por meio da aplicação dos resultados. A quinta etapa é a organização e análise dos dados.

Finalmente, será a elaboração e publicação do relatório final da pesquisa (Bethlehem, 2009; Saris & Irmtraud, 2014).

2.2 COLETA DE DADOS

A coleta de dados se deu por meio de questionário respondido por juízes estaduais e federais de primeira e segunda instâncias e de Tribunais Superiores. Neste estudo foi utilizado um questionário estruturado que, como bem esclarece Brace, (2004, p. 2-3):

> As entrevistas estruturadas são realizadas utilizando uma variedade de diferentes meios de coleta de dados. Os entrevistadores podem ser usados para fazer perguntas cara a cara com o entrevistado ou sujeito; as entrevistas podem ser realizadas por telefone; os questionários podem ser deixados com os próprios sujeitos para preenchimento; questionários podem ser enviados aos sujeitos; ou questionários podem ser acessados pelos sujeitos através da Internet. É provável que num futuro não muito distante os questionários sejam acedidos pelos entrevistados através dos seus aparelhos de televisão. Cada um destes meios de comunicação tem as suas próprias oportunidades e problemas, mas os princípios gerais de construção e redação de questionários aplicam-se a todos eles.

O questionário utilizado pela equipe brasileira foi o mesmo elaborado pelas equipes de pesquisadores envolvidas na pesquisa internacional, que submeteram este questionário único aos seus entrevistados em todos os países participantes do estudo. O questionário base foi construído basilarmente em duas etapas: a primeira foi um rascunho discutido no Congresso Internacional da Law and Society – 2019, em Washington. A Law and Society Association está sediada na Universidade de Massachusetts, Amherst, dentro da Faculdade de Ciências Sociais e Comportamentais. Nos anos seguintes, após duas conferências virtuais e uma conferência híbrida, a proposta foi corrigida e adaptada para os objetivos da pesquisa.

Antes do envio do questionário para a comissão de ética em pesquisa em cada um dos países participantes, o questionário preliminar passou por duas fases de consultas/validação, com a participação de 120 pesquisadores vinculados ao *Collaborative Research Network – CRN 43 (Judges and Technologies)* da *Law and Society Association*. As sugestões de alterações no texto visaram tornar o questionário mais adequado às diferentes jurisdições, remover os vieses dos pesquisadores e, eventualmente, reelaborar as perguntas a fim de maximizar a taxa de resposta. O primeiro desafio, ou seja, tornar o questionário mais adequado às diferentes jurisdições, só pode ser superado em parte, pois o mesmo questionário está sendo aplicado em países de diferentes tradições, como o *common law* e o *civil law*. Além disso, há ainda a questão das mundividências, em que há diferentes tipos de juízes (*judges* e *magistrates*, por exemplo, e outras jurisdições em que só há juízes de carreira), em países onde o acesso à internet nos tribunais é algo trivial e outros em que se trata de um grande desafio, dentre outras notáveis distinções. Ou seja, há diferenças de definição e de contextos que, através do diálogo ininterrupto e de diversas alterações no questionário, foram apropriadamente mitigadas, mas não inteiramente superadas. De qualquer forma, sua existência não inviabiliza a pesquisa, mas, apesar das limitações, pode contribuir para seu incremento. Vale destacar também que o questionário final engloba algumas perguntas de uma pesquisa realizada na Inglaterra e no País de Gales no ano de 2020.

A versão brasileira do questionário foi traduzida para o português e adaptada pela equipe de pesquisadores brasileiros. As discussões sobre a pesquisa contribuíram para identificar e eliminar distorções causadas pela tradução do inglês e para adequar alguns termos jurídicos à realidade jurídica brasileira. A plataforma que hospeda todas as versões traduzidas do questionário é gerida pela Universidade de Newcastle, Austrália. A Tabela 1 apresenta as categorias e itens do instrumento de pesquisa brasileiro (Tabela 1).

Tabela 1

Itens do instrumento de pesquisa no Brasil

Categorias	Itens de instrumento
V1: Experiência Profissional e Carga Judicial	Q1. Indique o principal cargo judicial que ocupa atualmente: (Se tiver vários cargos, selecione aquele que considera ser o seu cargo principal e poderá fornecer mais detalhes na caixa abaixo).
	Q2. Você trabalha como juiz em tempo integral?
	Q3. Quando você começou a trabalhar como juiz no tribunal?
	Q4. Há quanto tempo você está no seu atual cargo judicial? (ou seja, o cargo que você indicou na pergunta 1)
	Q5. Atualmente ocupa algum outro cargo judicial além do cargo judicial principal que indicou na pergunta 1 acima?
	Q6. Indique se o seu trabalho envolve tribunais itinerantes. (Escolha Sim ou Não).
	Q7. Se sim, que proporção do seu tempo de trabalho é dedicada ao trabalho no Tribunal Itinerante?
	Q8. Qual das seguintes opções melhor descreve o seu número de casos?
V2: Recursos Judiciais e Trabalho Digital	Q9. Indique se você usa os seguintes itens ao trabalhar como juiz (marque todas as opções aplicáveis):
	Q10. Considera que os seus colegas judiciais, quando trabalham como juízes no mesmo tribunal que você, utilizam o seguinte (assinale todas as opções aplicáveis).
	Q11. Por favor, forneça sua avaliação dos seguintes recursos disponíveis no tribunal principal onde você trabalha.
	Q12. Estas perguntas referem-se ao seu acesso a diferentes recursos digitais.
	Q13. Por favor, forneça sua avaliação do seguinte.
	Q14. Nos últimos cinco anos, você participou de algum julgamento ou audiência remota on-line usando tecnologia de videoconferência?
	Q15. Quão bem você acha que a tecnologia de videoconferência funciona para julgamentos ou audiências total ou parcialmente remotas?
	Q17. Qual você acha que é preferível?
	Q18. Esta pergunta está faltando no questionário original
3: O Judiciário e a Tecnologia	Q19. Você considera possível que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia nos próximos 10, 20 ou 30 anos?
	Q19.2 Você considera possível que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia nos próximos 20 anos?
	Q19.3 Você considera possível que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia nos próximos 30 anos?

	Q20. Você considera que a tecnologia permitirá que você faça seu trabalho de maneira mais eficaz no futuro?
	Q21. Até onde você sabe, as partes (advogados e/ou litigantes) usam a tecnologia para (marque todas as opções aplicáveis):
	Q22. Tanto quanto é do seu conhecimento, as partes (advogados e/ou litigantes) enfrentam dificuldades na utilização dos serviços remotos prestados pelo seu tribunal?
	Q23. Se sim, estas dificuldades estão relacionadas com (marque todas as opções aplicáveis):
	Q24. Você acha que o público em geral usa a tecnologia para (marque todas as opções aplicáveis):
	Q25. Alguma tecnologia usada em seu tribunal auxilia em algum dos seguintes itens (marque todas as opções aplicáveis):
	Q26. Até onde você sabe, algumas decisões que você toma envolvem a revisão de uma decisão tomada por uma forma de Inteligência Artificial (IA)?
	Q27.1 Você tem acesso a bancos de dados jurídicos no prédio do seu tribunal?
	Q27.2 Você tem acesso a bancos de dados jurídicos quando trabalha remotamente?
	Q28. Se sim, até que ponto concorda com esta afirmação: "as bases de dados jurídicas que possuo são adequadas às minhas necessidades"?
	Q29. Que impacto teve o aumento da utilização da tecnologia digital no seu sistema judicial no acesso à justiça?
	Q30. Ao responder à pergunta anterior, quais destes fatores considera importantes para a sua resposta (marque todas as opções aplicáveis).
	Q31. Você acha que o uso atual da tecnologia pelo seu tribunal no processo judicial é o melhor uso dessa tecnologia? (Escolha Sim ou Não)
	Q32. Se você selecionou Não, até que ponto você concorda com a seguinte afirmação:
	Q32.1 O processo judicial existente poderia ser mais eficiente com o melhor uso da tecnologia.
	Q32.2 O processo judicial existente poderia ser transformado para refletir a melhor utilização da tecnologia.
V4: Condições de trabalho	Q33. Forneça uma avaliação da adequação dos seguintes itens no prédio do seu tribunal/fórum em relação ao trabalho com tecnologia:
	Q33.1 Quantidade de suporte administrativo
	Q33.2 Qualidade do apoio administrativo
	Q33.3 Moral dos funcionários do tribunal
	Q33.4 Qualidade física do edifício
	Q33.5 Manutenção do edifício
	Q33.6 Qualidade física do seu espaço de trabalho pessoal

	Q33.7 Espaço para conhecer e interagir com outros juízes
	Q33.8 Segurança em seu tribunal
	Q34. Forneça uma avaliação da adequação dos seguintes itens ao trabalhar em casa em relação ao trabalho com tecnologia:
	Q34.1 Quantidade de suporte administrativo
	Q34.2 Qualidade do apoio administrativo
	Q34.3 Moral dos funcionários do tribunal
	Q34.4 Qualidade física do seu espaço de trabalho remoto
	Q34.5 Qualidade física do seu espaço de trabalho pessoal
	Q34.6 Espaço para conhecer e interagir com outros juízes, se necessário
	Q34.7 Segurança no seu espaço de trabalho remoto
	Q35. Como você avaliaria sua carga de trabalho judicial nos últimos 12 meses?
	Q36. Durante a emergência da COVID-19, se você teve um período de bloqueio, com que frequência você foi trabalhar no prédio do tribunal durante qualquer período de bloqueio?
V5: Treinamento e Desenvolvimento Pessoal	Q37. Até que ponto está satisfeito com os seguintes aspectos da formação judicial relacionados com a tecnologia utilizada no seu trabalho:
	Q37.1 Extensão da formação judicial disponível
	Q37.2 Qualidade da formação judicial disponível
	Q37.3 Tempo disponível para realizar treinamento judicial
	Q38. Em quais das seguintes áreas, se houver alguma, você acolheria com agrado novas oportunidades de formação judicial?
V6: Mudança no Judiciário	Q39. Até que ponto considera que o seu trabalho como juiz mudou desde que foi nomeado juiz?
	Q40. As afirmações a seguir exploram sua visão sobre as mudanças em seu trabalho como juiz:
	Q40.1 O poder judiciário estava gerindo bem as mudanças antes da emergência da COVID-19
	Q40.2 Foram impostas demasiadas mudanças ao sistema judiciário nos últimos anos.
	Q40.3 Ainda são necessárias mais mudanças no sistema judiciário.
	Q40.4 A quantidade de mudanças nos últimos anos levou os juízes ao limite.
	Q40.5 O poder judiciário precisa de ter controlo sobre as mudanças políticas que afetam os juízes.
	Q40.6 Apesar de quaisquer reservas que possa ter sobre mudanças no poder judiciário, ainda gosto do meu trabalho como juiz.
	Q40.7 Algumas das alterações resultantes da emergência da COVID-19 permanecerão. Por exemplo, arquivamento digitalizado e audiências por vídeo ou telefone.

	Q41. Quão preocupado você está com as seguintes mudanças no sistema de justiça? (Respostas opcionais)
	Q41.1 Um aumento de pessoas que não têm apoio ou representação legal
	Q41.2 Mudanças tecnológicas
	Q41.3 Restrições fiscais, como orçamentos reduzidos para tribunais
	Q41.4 Perda de respeito pelo poder judiciário por parte do governo
	Q41.5 Redução nas audiências presenciais
	Q41.6 Perda de independência judicial
V7: Ser membro do Poder Judiciário	Q42. Como juiz, até que ponto você se sente valorizado pelos seguintes grupos?
	Q42.1 Público
	Q42.2 Governo
	Q42.3 Membros da profissão jurídica (advogados, procuradores etc.)
	Q42.4 Partes litigantes
	Q42.5 Funcionários do tribunal
	Q42.6 Mídia
	Q42.7 Juízes no meu tribunal
	Q42.8 Juízes seniores que não fazem parte do meu tribunal
V8: Demografia dos entrevistados	Q43. Você é:
	Q44. Você é a primeira pessoa na história de sua família a se formar em direito?
	Q45. Qual é a sua faixa etária?
	Q46. Esta aborda sua educação
V9: Pesquisa Kessler 10	Q47. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu cansado sem uma boa razão?
	Q48. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu nervoso?
	Q49. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão nervoso que nada conseguia acalmá-lo?
	Q50. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu sem esperança?
	Q51. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu cansado ou inquieto?
	Q52. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão inquieto que não conseguia ficar parado?
	Q53. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu deprimido?
	Q54. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você sentiu que tudo era um esforço?
	Q55. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão triste que nada conseguia animá-lo?

Q56. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu inútil?

Fonte: Autores do relatório.

A distribuição do relatório foi realizada, inicialmente, em três tribunais, com os quais o grupo de pesquisadores tinha contato mais direto. Pois bem, no Tribunal de Justiça do Paraná o contato foi feito diretamente com a presidência do Tribunal, bem como por meio da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça (EJUD). Após autorização da presidência e decisão do diretor da EJUD, foi aprovada a distribuição do questionário da pesquisa a todos os magistrados paranaenses, vinculados àquele Tribunal.

Concomitantemente, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também foi enviado ofício à Escola de Magistratura do TRF da 4ª Região que autorizou seu processamento e encaminhamento aos desembargadores federais daquele tribunal. Por sua vez, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o pedido foi encaminhado diretamente à Presidência, que autorizou o seu envio aos magistrados associados. Estas três primeiras autorizações foram realizadas entre abril e agosto de 2022.

Ao mesmo tempo, com o objetivo de tentar conferir à pesquisa o caráter mais abrangente possível, os autores estabeleceram contato e, por fim, enviaram solicitação ao Conselho Nacional de Justiça em junho de 2022, mas, infelizmente, mesmo após diferentes tentativas de contato, não há notícias sobre o processamento de tal requerimento.

Porém, com o objetivo de conferir caráter nacional à pesquisa, após contatos informais em novembro e dezembro de 2022, os autores enviaram, em janeiro de 2023, solicitação à Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros e ao Laboratório de Inovação da Escola Nacional do Poder Judiciário. Consequentemente, o formulário foi distribuído a nível nacional aos membros daquela associação (cerca de 14.000 membros) e, paralelamente, foi também enviado aos grupos de trabalho e estudo a ela vinculados.

O questionário aplicado no Brasil era composto por 56 questões e seus respondentes foram protegidos pelo sigilo da pesquisa. O questionário recebeu 592 visualizações, das quais 177 não foram respondidas na íntegra e 209 foram respondidas na íntegra. Desse número, 100% dos juízes concordaram em responder à pesquisa. Ao final, foram obtidas 209 respostas de 592 juízes, o que representa uma taxa de resposta ao questionário de 35,30%. De acordo com Lynn et al. (2002) e Belém (2009), este resultado é considerado aceitável, pois está acima de 15%.

2.3 ANÁLISE DE DADOS

Com a coleta dos dados concluída, foi necessário realizar a análise estatística descritiva das informações obtidas. Uma planilha eletrônica foi utilizada para o tratamento e análise dos dados, realizado de forma quantitativa, sendo utilizada a técnica de estatística descritiva. Não foram feitas análises de dados faltantes e discrepantes.

2.4 ANÁLISE ÉTICA

Esta pesquisa envolveu a participação de seres humanos e, portanto, seguiu as normas previstas na Resolução 466, de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde (CNS). Para garantir o cumprimento dessa exigência, este projeto foi submetido e aprovado no Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade Federal de Goiás (UFG) com o protocolo CAAE - Certificado de Apresentação de Apreciação Ética, de número 56672022.8.0000.5083.

Mesmo não tendo apresentado riscos físicos ou químicos aos participantes, como o ato de responder ao questionário poderia gerar situações de desconforto, vergonha, ansiedade, dúvidas

ou risco de identificação, os pesquisadores deixaram claro que poderia ocorrer desistência na participação por parte do respondente a qualquer momento da pesquisa. Foi assegurada, ainda, a preservação da identidade dos participantes e pela confidencialidade dos dados, tendo os pesquisadores assumido a responsabilidade também por quaisquer danos de ordem física, material ou psicológica que a pesquisa pudesse acarretar aos juízes participantes. Antes que os magistrados tivessem acesso às perguntas do questionário, eles deveriam ler e aceitar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), como pressuposto para acessar a pesquisa, o qual se encontra anexado ao projeto.

Esta pesquisa teve a participação de magistrados de primeira e segunda instâncias estaduais e federais e tribunais superiores, e foi realizado por meio de questionário, de forma on-line. O contato com os magistrados foi realizado por meio dos e-mails oficiais de cada uma das instituições supramencionadas para as quais o link de acesso ao formulário foi enviado, com um breve texto explicativo. Tratando-se de questionário, sabe-se que não há dano físico, porém havendo grau reduzido de risco de constrangimentos, durante e após a aplicação do questionário foi ofertado apoio, inclusive psicológico, para evitar danos maiores.

O primeiro contato foi entabulado com o objetivo de convidar os magistrados para participarem da pesquisa, explicando quais eram os objetivos, riscos e benefícios. As informações da pesquisa foram enviadas, com já mencionado, através dos e-mails institucionais dos tribunais e da associação supra referida, com a apresentação de um link para acesso, no qual, em um primeiro momento, encontrava-se o TCLE. Após a leitura do termo, se o juiz concordasse em participar da pesquisa, ele deveria clicar no ícone que diz "concordo", do seu respectivo termo. Na sequência, era redirecionado para responder o questionário. Se clicasse no ícone que dizia "não concordo", não haveria redirecionamento para o link do questionário.

Os dados obtidos durante a realização da pesquisa, bem como todos os materiais elaborados ou utilizados para este fim, serão armazenados em local seguro e serão arquivados em um pen drive ou HD externo por um período de 05 (cinco) anos. Após eles serem arquivados, serão apagados de qualquer compartilhamento, ambiente virtual, plataforma ou nuvem. Os benefícios são de natureza coletiva, não há benefício individual. Os prejuízos, caso ocorram, serão assumidos pelos pesquisadores, conforme o termo TCLE.

Após a coleta de dados pelo questionário eletrônico e levantamento documental, os dados obtidos foram analisados e serviram como instrumento para elaboração deste relatório, como parte da pesquisa que está ocorrendo em outros países citados anteriormente. Os resultados da pesquisa serão divulgados de forma transparente para os participantes envolvidos, sob forma de apresentação oral em eventos como congressos, e para a comunidade em geral, por meio de submissão de artigo para revista da área do tema do estudo ou como livro ou capítulo de livro.

3 RESULTADOS DA PESQUISA

Entre os questionários acessados pelos possíveis respondentes, 592 foram visualizados e 209 foram respondidos de forma completa. Deste número, 100% dos juízes concordaram com o TCLE e responderam à pesquisa. Gerando uma amostra composta por n = 209 respondentes.

No entanto, como as respostas a algumas questões foram opcionais, nem todas as questões foram respondidas por toda a amostra. Portanto, o número total de respostas (ou seja, o tamanho da amostra) para cada questão é apresentado, em seu respectivo item, nas seções a seguir. Além disso, em algumas perguntas era possível marcar mais de uma alternativa.

As respostas a cada pergunta da pesquisa foram analisadas por meio de estatística descritiva, e os resultados da pesquisa foram resumidos com base nas nove grandes categorias ou temas do instrumento de pesquisa.

SEÇÃO 3.1: FORMAÇÃO PROFISSIONAL E CARGA DE TRABALHO JUDICIAL

Na primeira seção do questionário, os entrevistados responderam perguntas sobre sua formação profissional como juiz, bem como sobre sua carga de trabalho judicial. A Tabela 2 resume as características profissionais dos respondentes, relativas às Questões 1 a 8, aplicadas.

Tabela 2

Características Profissionais dos Entrevistados

Profissional Características	n	%
Q1. Principal Cargo Judicial Atual (N = 209) *		
Tribunal de Primeira Instância ou Juiz de Primeira Instância	176	84,21%
Tribunal Intermediário ou Juiz de Segunda Instância	30	14,35%
Tribunal Superior ou Juiz de Terceira Instância	1	0,48%
Outro	dois	0,96%
Q2. Trabalha como juiz em tempo integral (N = 208)		
Sim	204	98,08%
No	4	1,92%
Q3. Começou a trabalhar para como juiz (N = 209)		
Antes 1995	40	19,14%
1995-1999	39	18,66%
2000-2004	34	16,27%
2005-2009	27	12,92%
2010-2014	48	22,97%
2015-2018	13	6,22%
2019-2022	8	3,83%
Q4. Tempo empregado em seu cargo judicial atual (N = 209)		
Menos de 1 ano	1	0,48%
1-5 anos	16	7,66%
6-10 anos	66	31,58%
11-15 anos	40	19,14%
16-20 anos	27	12,92%
21-25 anos	29	13,88%
26-30 anos	18	8,61%
Mais de 30 anos	12	5,74%
Q5. Cargo judicial adicional (N = 208)		
Não	174	83,65%

Sim	34	16,35%
Q6. Seu trabalho envolve Tribunais Itinerantes (N = 209)		
No	198	94,74%
Sim	11	5,26%
Q7. Proporção de tempo dedicado ao Tribunal de Circuito (N =11)		
Abaixo de 25%	4	36,36%
Abaixo de 50%	1	9,09%
Acima de 50%	1	9,09%
Mais de 75%	5	45,45%
Q8. Número de casos (N = 209)		
Exclusivamente direito penal	25	11,96%
Principalmente direito penal	10	4,78%
Exclusivamente direito civil – por exemplo, danos pessoais, comerciais, familiares	52	24,88%
Principalmente direito civil – por exemplo, danos pessoais, comerciais, familiares	38	18,18%
Uma mistura de direito penal e civil	50	23,92%
Questões administrativas	6	2,87%
Outro	28	13,40%

* Caso existam vários cargos, foi indicado que deveria ser considerado o cargo principal.

Fonte: Autores do relatório.

Entre os 209 entrevistados, as respostas à Questão 1 demonstraram que, em relação ao cargo que ocupam atualmente, a maioria dos participantes (84,21%) eram de "Tribunais de Primeira Instância ou Juiz de Primeira Instância", enquanto 14,35% dos respondentes eram de "Tribunal Intermediário ou Juiz de Segunda Instância", e apenas n=1 participante (0,48%) declarou-se juiz de "Tribunal Superior ou Juiz de Terceira Instância". A opção "Outro" foi registrada por 0,96% dos respondentes, sem especificar exatamente qual seria o outro cargo.

Em relação à Questão 2, a grande maioria dos juízes (98,08%) – entre os 208 respondentes - revelou que trabalhavam em tempo integral em seus cargos. Apenas n=4 respondentes (1,92%) afirmaram que não trabalhavam como juiz em tempo integral. Como a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 95, parágrafo único, inciso I[536], veda aos magistrados o exercício de qualquer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, é possível inferir que o percentual de respostas daqueles que responderam que não trabalham como magistrados em tempo integral é oriunda de juízes que exercem a docência.

Para as respostas da Questão 3 (n=209), a maioria dos entrevistados (22,97%) declarou ter começado a trabalhar como juiz a partir da segunda década do século XXI, entre "2010 e 2014", seguido pela geração anterior - que começou a exercer suas funções judicantes a partir do final do século XX e da primeira década do século XXI – tendo: 19,14% começado "Antes de 1995"; 18,66%

[536]CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. *Art. 95. (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado:*
I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso: 05 maio 2024

começado entre "1995 e 1999"; 16, 27% começado entre "2000 e 2004"; e 12,92% começado entre "2005 e 2009". Já a minoria dos juízes respondentes (n=21) começou a atuar neste cargo em anos mais recentes, tendo 6,22% iniciado entre "2015 e 2018" e 3,83% iniciado entre "2019 e 2022".

Em relação ao tempo em que os entrevistados têm exercidos suas funções judicantes, na Questão 4, foi revelado que a maioria dos juízes respondentes (31.58%) tem entre "6 e 10 anos" de experiência nos seus respectivos cargos judiciais. Aqueles com mais tempo, trabalhando como juiz há "Mais de 30 anos", formavam um grupo de 5.74% dos entrevistados, mas, por outro lado, houve apenas um juiz iniciante (0,48%), com "Menos de 1 ano" de atuação.

Quanto a ocupar algum outro cargo judicial além do cargo principal, a maioria (83.65%) respondeu, na Questão 5, que "não" ocupava um segundo cargo dessa categoria e 16.35% responderam a "sim" para a pergunta. Entre os 209 respondentes, apenas 5.26% (n=11) afirmou que o seu trabalho envolve Cortes ou Tribunais Itinerantes (Questão 6), e, entre esses, foi identificado que a maioria (45.45%) dedicava "Acima de 75%" de seu tempo de trabalho ao Tribunais ou cortes itinerantes, seguidos de 36.36%, que se dedicavam numa proporção "Abaixo de 25%" a tais unidades judiciárias (Questão 7).

Por fim, na Questão 8, a maioria dos entrevistados (24.88%) indicou que seu trabalho envolve "Exclusivamente direito civil", seguido por 23.92% que atuam com "Uma mistura de direito penal e civil", "Principalmente direito civil" (18.18%), exclusivamente direito penal com 11.96% e principalmente, mas não exclusivamente, direito penal com 4.78%. Finalmente, apenas 2.87% responderam que o trabalho envolvia "Assuntos administrativos".

SEÇÃO 3.2: RECURSOS JUDICIAIS E TRABALHO DIGITAL

Para a questão 9 foram recebidas: Um mil e noventa e três respostas (n=1093) indicando os tipos de recursos judiciais que os juízes utilizam em seu trabalho.

Os maiores percentuais foram para o uso de "Um computador para preparar o rascunho ou o material do julgamento final" (19,03%), bem como para a utilização de "Videoconferência remota (por exemplo, Zoom, Microsoft Teams, Webex ou similar)" (18,57%). Já o uso de "Bases de dados jurídicas online para acesso à jurisprudência, legislação, comentários, etc", de "Reprodução de vídeo" e de "Reprodução de áudio", apresentaram valores percentuais aproximados, tendo respectivamente 15,83%, 15,37% e 14,27% das respostas. Por fim, uma parcela menor respondeu que utiliza recursos como: "Sistema Eletrônico de Julgamento ou Gerenciamento de Audiências" (7,87%), "Sistema de gerenciamento de casos" (6,22%) e "Outros recursos online" (2,84%).

Para a questão 10, foram recebidas: Um mil cento e nove respostas (n=1109) em que os juízes indicaram os tipos de recursos judiciais que consideram que seus colegas juízes também utilizam.

Os resultados apresentaram conjuntos de opções de repostas similares aos da Questão 9, sendo que os maiores percentuais foram para o uso de "Um computador para preparar o rascunho ou o material do julgamento final" (18,76%), bem como para o uso de "Videoconferência remota (por exemplo, Zoom, Microsoft Teams, Webex ou similar)" (18,39%). Já o uso de "Reprodução de vídeo", de "Bases de dados jurídicas online para acesso à jurisprudência, legislação, comentários, etc", e de "Reprodução de áudio", apresentaram valores percentuais aproximados, mas reduzidos em relação ao grupo anterior, tendo respectivamente 15,78%, 15,69% e 14,70% das respostas. À semelhança da questão anterior, os juízes respondentes informaram que utilizam recursos como: "Sistema Eletrônico de Julgamento ou Gestão de Audiências" (8,48%), "Sistema de gerenciamento de casos" (7,12%) e "Outros recursos online" (1,08%).

Os entrevistados também foram convidados a avaliar os recursos disponíveis no tribunal onde trabalham. Tal aspecto foi objeto da Questão 11 – composta por sete itens – onde cada recurso foi classificado como 'excelente', 'bom', 'adequado', 'ruim' ou 'não tenho'. A Tabela 3 fornece um resumo da avaliação qualitativa dos recursos pelos entrevistados.

Tabela 3

Avaliação dos Juízes Entrevistados sobre os Recursos Disponíveis em seus Tribunais

Recurso	Avaliação de Recurso									
	Excelente		Bom		Adequado		Pobre		NãoTer	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
1. Padrão de equipamento de TI fornecido para você usar pessoalmente quando trabalhando na corte (N = 209)	75	35,89	81	38,76	38	18.18	15	7.18	0	0,0
2.Padrão do equipamento de TI disponível para trabalhar remotamente (N = 209)	61	29.19	85	40,67	45	21.53	13	6.22	5	2,39
3. Padrão do equipamento de TI usado em seus julgamentos ou audiências (N = 206)	49	23,79	76	36,89	54	26.21	23	11.17	4	1,94
4. Acesso à internet para você em seu tribunal ou fórum (N = 208)	52	25h00	58	27,88	63	30.29	35	16,83	0	0,00
5. Acesso à internet quando trabalhando remotamente (N = 208)	56	26,92	46	22.12	37	17,79	8	3,85	61	29h33
6. Suporte de TI quando trabalhando em seutribunal ou edifício do fórum (N = 209)	63	30.14	68	32,54	54	25,84	22	10.53	dois	0,96
7. Suporte de IT quando trabalhando remotamente (N = 208)	46	22.12	64	30,77	55	26.44	32	15h38	11	5.29

Fonte: Autores do relatório.

No primeiro item, a maioria dos entrevistados relatou que os equipamentos de informática que lhes foram fornecidos para uso no ambiente de trabalho do Tribunal eram bons, enquanto 38,76%, os consideram "Bom", seguido por 35,89% classificando-os como "Excelente". Quanto ao questionamento do segundo item relativo aos equipamentos de TI fornecidos para uso remoto, os resultados foram semelhantes ao item anterior, sendo que 40,67%, os consideram como "Bom" e 29,19% classificando-os como "Excelente", mas 2,39% revelaram que "Não tem" tal tipo de equipamento fornecido por seus respectivos tribunais. Já para os equipamentos de TI usados em seus julgamentos ou audiências, a maioria dos juízes (36,89%) revelou que os consideram como "Bom", seguidos por 26,21% que os consideram apenas como "Adequado", enquanto 1.94% informara que "Não tem" tal equipamento para este uso específico.

Quanto ao uso da internet, os entrevistados revelaram no item 4, que no ambiente do tribunal o acesso foi considerado "Adequado" para 30,29% dos juízes, seguido por 27,88% que consideraram como "Bom". Já para o ambiente de trabalho remoto, apresentado no item 5, a maioria

(29.33%) informou que "Não tem" tal acesso, seguido opostamente por 26,92% que tem um acesso, desta natureza, considerado como "Excelente".

Em relação ao serviço de suporte de TI, no item 6, a maioria (32,54%) dos respondentes consideraram este aspecto como "Bom", quando estavam na estrutura física de seu respectivo tribunal, e apenas 0,96% informaram que "Não tem" esse tipo de suporte. Já para o suporte de TI, quando em trabalho remoto, o item 7 demonstrou que 30,77% consideraram esse serviço como "Bom", enquanto 5,29% revelaram que "Não tem" o referido suporte, de forma remota.

Foi, ainda, solicitado aos inquiridos, a partir da Questão 12, que classificassem o seu acesso ao Wi-Fi nas salas de audiências ou julgamentos (n = 206) e em todas as outras partes do edifício do tribunal (n = 198), bem como respondessem para quem o Wi-Fi está acessível nos fóruns e tribunais. A Tabela 4 demonstra as respostas aos itens 1 a 4.

Tabela 4

Respostas dos Juízes em relação ao acesso ao Wi-Fi

Acesso Wi-Fi				
Recurso	**Yes**		**No**	
	n	**%**	**n**	**%**
1. Wi-Fi disponível em tribunais ou salas de audiência (N = 206)	103	50.00	103	50.00
2. Wi-Fi restrito ao juiz (N = 147)	14	9.52	133	90.48
3. Wi-Fi em todas as demais partes do prédio do tribunal (N = 198)	83	41.92	115	58.08
4. Wi-Fi disponível para juízes e público (N =141)	61	43.26	80	56.74

Fonte: Autores do relatório.

Em resposta ao item 1, metade dos inquiridos indicou ter acesso a Wi-Fi na sala de audiências ou julgamentos (n = 103) e no item 2, foi revelado que o Wi-Fi disponibilizado nestes ambientes, em sua maioria (90,48%), não ficam restritos apenas para uso do juiz.

Já quanto ao acesso do uso de Wi-Fi em outras partes do prédio do Tribunal (n=147), de acordo com o item 3, 58,08% dos entrevistados respondeu que tal mecanismo "não" está disponível das demais dependências. Em relação a quem pode acessar o Wi-Fi nas áreas onde ele está disponível (n = 141), conforme item 4, a maioria (56,74%) relatou que não estaria disponível nem para os juízes nem para o público.

Para a Questão 13, os respondentes avaliaram a usabilidade do sistema eletrônico de gerenciamento de processos (n = 193), a disponibilidade de treinamento em gerenciamento eletrônico de processos (n = 193), a qualidade desse treinamento (n = 192) e a qualidade da internet disponível para os juízes de seus tribunais (N = 200). A Tabela 5 resume a avaliação dos respondentes sobre o sistema eletrônico de gestão de processos e a internet no tribunal.

Tabela 5

Avaliação dos juízes entrevistados sobre o sistema eletrônico de gerenciamento de processos e a Internet emtribunal

Avaliação de Recurso					
Recurso	**Excelente**	**Bom**	**Adequado**	**Pobre**	**Não Ter**

	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
1. Usabilidade do sistema eletrônico de gerenciamento de casos (N = 193)	33	17.09	50	25,90	39	20h20	24	12h43	47	24h35
2. Disponibilidade de treinamento para o sistema de gerenciamento eletrônico de casos (N = 193)	18	9h32	33	17.09	40	20,72	52	26,94	50	25,90
3.Qualidade do treinamento sobre o sistema eletrônico de gerenciamento de casos(N = 192)	17	8,85	34	17h70	40	20,83	45	23h43	56	29.16
4.Qualidade da internet disponível para juízes em seu tribunal (N = 200)	45	22h50	47	23h50	56	28h00	44	22h00	8	4h00

Fonte: Autores do relatório.

Em relação à usabilidade do sistema eletrônico de gestão de processos, em resposta ao item 1, aproximadamente um quarto (25,90%, n=50) dos inquiridos considerou o recurso como "bom" enquanto 12,43% (n = 24) consideraram-no como "ruim". No item 2, que retratava a disponibilidade de treinamento sobre o sistema eletrônico de gestão de processos, também cerca de um quarto (25,90%, n=50) dos inquiridos informaram que "não tem" tal recurso em seu contexto e uma minoria (9,32%, n=18) informou, de outra forma, que tal aspecto é "excelente" onde atuam. O questionamento sobre a qualidade do treinamento em sistema eletrônico de gestão de processos, no item 3, refletiu resultado similar ao item anterior, sendo que 29,16% (n=56) entre os questionados revelaram que "não tem" esse recurso, enquanto apenas 8,85% (n=17) informaram que a qualidade dessa formação é "excelente". Já para o item 4, que trata da qualidade da Internet disponível para juízes do seu tribunal, em sua maioria (28%, n= 56) revelaram que tal recurso pode ser considerado como "adequado", contudo 4% (n=8) dos respondentes relataram que "não há" internet de qualidade disponível para os juízes.

Ainda nesta seção, os entrevistados também responderam perguntas quanto ao uso de videoconferência. A Tabela 6 resume as respostas referentes às Questões 14 a 17 aplicadas.

Tabela 6

Uso de videoconferência

Questões	**n**	**%**
Q14. Participação em quaisquer julgamentos ou audiências remotas online utilizando tecnologia de videoconferência, nos últimos cinco anos (N = 206)		
Sim	204	99,03%
No	2	0,97%
Q15. Qual o desempenho da tecnologia de videoconferência para fins de julgamentos ou audiências total ou parcialmente remotas (N = 209)		
Muito bom	126	60,29%
Bom	45	21,53%
Média	31	14,83%

Ruim	3	1,43%
Muito ruim	4	1,91%
Q16. Até que ponto as conferências, julgamentos ou audiências, total ou parcialmente remotos, utilizando tecnologia de videoconferência, apoiam resultados justos? (N = 208)		
Muito bom	122	58,65%
Bom	47	22,60%
Média	30	14,42%
Ruim	4	1,92%
Muito ruim	5	2,40%
Q17. O que é preferível (N =209)		
Audiência presencial	31	14,83%
Audiências on-line usando tecnologia de videoconferência	62	29,67%
Uma combinação entre ambas	116	55,50%

Fonte: Autores do relatório.

Nesta tabela, é possível constatar que o uso de videoconferência se encontra disseminado. De fato, na Questão 14, (n = 206), 99,03% dos respondentes afirmaram que participaram em julgamentos ou audiências remotas *online* utilizando tecnologia de videoconferência nos últimos cinco anos. Esse resultado seguramente tem uma forte influência do isolamento social causado pela COVID 19 e das medidas adotadas em todos país pelos diferentes tribunais para prosseguimento da prestação jurisdicional, dentre as quais a adoção de audiências por videoconferência, as quais, antes do advento da pandemia do COVID-19, eram excepcionais, reservadas em sua maioria às inquirições em Comarcas distintas daquelas em que o processo tramitava, mas, ainda assim, de forma muito excepcional e minoritária.

A Questão 15 buscava analisar o desempenho da tecnologia de videoconferência para julgamentos ou audiências total ou parcialmente remotas (n = 209). Para 60,29% (n=126) dos respondentes, o desempenho da tecnologia de videoconferência foi considerado "muito bom", enquanto 21,53% (n=45), responderam que foi bom. Isto implica numa sólida maioria de 81,82% de aprovação do desempenho da tecnologia de videoconferência para fins de julgamentos ou audiências total ou parcialmente remotas. A Questão 16 indagava até que ponto os julgamentos ou audiências total ou parcialmente remotas usando tecnologia de videoconferência proporcionam resultados justos (n = 208), e para 58,65% dos respondentes (n=122) consideraram "muito bom" e 22,60% (n=47) consideram "bom". Houve, portanto, uma aprovação majoritária de 81,25%. Para a Questão 17, sobre a preferência entre audiências presencias, por videoconferência ou mistas, a maioria (n=209), 55,50% (n=116) respondeu que prefere audiências e julgamentos híbridos ou mistos, enquanto 29,67% (n=62) preferem exclusivamente online e uma minoria de 14,83% (n=31) acredita que seja melhor ouvir partes e testemunhas pessoalmente.

A Tabela *6* supra resume a avaliação dos respondentes sobre a seção relacionada ao uso de videoconferência *nas conferências, julgamentos ou audiências.*

Na próxima seção, os entrevistados responderam às perguntas sobre o **Judiciário e Tecnologia,** com aplicação das Questões 19 a 32.

SEÇÃO 3.3: O JUDICIÁRIO E TECNOLOGIA

Tabela 7

Crença na possibilidade de que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia e na melhoria de eficácia no trabalho através da tecnologia

Questões	Sim		Talvez		Não	
	n	%	n	%	n	%
Q19.1 Possibilidade de alguns juízes serem substituídos pela tecnologia nos próximos 10 anos: (N = 201)	23	11.44	50	24,88	128	63,68
Q19.2 Possibilidade de alguns juízes serem substituídos pela tecnologia nos próximos 20 anos: (N = 179)	24	13.41	54	30.17	101	56,42
Q19.3 Possibilidade de alguns juízes serem substituídos pela tecnologia nos próximos 30 anos: (N = 175)	37	21.14	51	29.14	87	49,71
Q.20 A tecnologia permitirá que você faça seu trabalho de forma mais eficaz no futuro (N = 175)	158	75,60	48	22,97	3	1,43

Fonte: Autores do relatório.

A tabela 7 aborda a crença na possibilidade de que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia e, também, na perspectiva de melhorias na eficácia do trabalho judicial por intermédio da tecnologia. Nesse contexto, a Questão 19 indagou se o respondente consideraria possível que alguns juízes sejam substituídos pela tecnologia nos próximos 10, 20 ou 30 anos, sendo a pergunta dividida em 3: na Q19.1 (n = 201) 63,68% afirmaram que "não"; na Q19.2 com (n=179) respondentes, 56,42% afirmaram que "não"; na Q19.3 com (n =175) respondentes, 49,71% afirmaram que "não".

Ainda quanto à Tabela 7, a *Q20 Questionou se a tecnologia permitirá que você faça seu trabalho de maneira mais eficaz no futuro?* Entre os 175 respondentes, a maioria (n=158) 75,60% afirmaram que "*sim"*, acredita que a tecnologia vai melhorar seu trabalho.

Os entrevistados também foram questionados quanto ao uso da tecnologia pelas partes litigantes, bem como por seus representantes. A Tabela 8 resume as respostas das Questões 21 a 23.

Tabela 8

Quanto ao uso da tecnologia pelas partes litigantes

Pergunta	n	%
Q21. Até onde você sabe, as partes (advogados e/ou litigantes) nos assuntos antes de você usar a tecnologia (marque todas as opções aplicáveis): (N = 711)		
Apresentar e registrar uma reclamação ou outros documentos do caso	202	28.41
Descubra e entenda os próximos passos do caso	125	17h58
Entenda o que acontece em um julgamento ou audiência	121	17.02
Advogar e aconselhar	140	19.69
Determine qual é o resultado provável do caso	73	10.27
Determinar o risco em relação à infração criminal	44	6.19
Outro	6	0,84

Q22. Tanto quanto é do seu conhecimento, as partes (advogados e/ou litigantes) enfrentam dificuldades na utilização dos serviços remotos prestados pelo seu tribunal? (N = 209)		
Sim	125	59,81
Não	84	40.19
Q23. Se sim, essas dificuldades estão relacionadas com (marque todas as opções aplicáveis): (N = 165)		
Complicação dos processos judiciais quando acessados remotamente	31	18.79
Dificuldade de acesso a tecnologias para acesso remoto ao tribunal	63	38.18
Disponibilidade de tecnologia audiovisual	39	23,64
Qualidade da tecnologia audiovisual	22	13h33
Outro	10	6.06

Fonte: Autores do relatório.

A Tabela 8 tratou do uso da tecnologia pelas partes litigantes. Primeiramente, a questão 21 abordou o conhecimento sobre uso da tecnologia pelas partes e advogados que atuam perante os tribunais e 28,41% responderam que seu uso se relacionaria à apresentação e registro de uma petição ou outros documentos do caso, enquanto 17,58 % responderam que é utilizado para tentar descobrir e entender os próximos passos do caso. Ainda, 17,02% responderam que acreditam que as partes e advogados utilizam a tecnologia para entender o que acontece em um julgamento ou audiência, 19.69% que seria utilizada para recomendar e aconselhar, 10.27% para determinar qual o provável resultado do caso e, ainda, 13,33% disseram que seria utilizado para determinar o risco relativo à infração criminal. Outros 6,05% responderam que acreditam que a tecnologia seria utilizada por advogados e partes para outros fins. Portanto, a maioria dos juízes acredita que partes e advogados utilizam a tecnologia para registro e apresentação de petições e documentos.

Na Questão 22, em que se indagava *até onde você sabe, as partes (advogados e/ou litigantes) têm dificuldades para usar os serviços remotos fornecidos pelo seu tribunal? (n=209)*, a maioria dos respondentes afirmaram que "sim" (n=125; 59,81%). De forma a complementar a questão 22, para a Questão 23 *Em caso afirmativo, essas dificuldades estão relacionadas a (assinale todas as opções aplicáveis): (n=165), 18,79% (n=31)* dos respondentes apontaram *Complicação dos processos judiciais quando acessados remotamente;* uma grande parte dos respondentes, *38,18% (n=63)* indicaram que as partes tem *Dificuldade de acesso a tecnologias para acessar o tribunal remotamente; 23,64% (n=39)* sugeriram que as partes tem dificuldade com a *Disponibilidade de tecnologia audiovisual* e apenas 13,33% apontaram problema com a *Qualidade da tecnologia audiovisual.*

Os respondentes, por meio das Questões 24 a 26, revelaram o que pensam sobre os avanços tecnológicos para o público, no apoio administrativo e na revisão de decisões judiciais, conforme Tabela 9.

Tabela 9

Quanto ao avanço da tecnologia

Questões	**n**	**%**
Q24. Você acha que o público em geral usa a tecnologia para (marque todas as opções aplicáveis):		

(N = 530)		
Entender o que está acontecendo em relação a um caso atual	128	24,15
Acessar um resultado judicial	168	31,70
Ler todos os documentos judiciais	101	19,06
Ouvir ou assistir a uma audiência judicial	133	25,09
Q25. Alguma tecnologia usada em seu tribunal auxilia em algum dos seguintes		
(marque todas as opções aplicáveis): (N = 254)		
Criação de modelos de decisões	143	56,30
Chamar atenção dos juízes, os alertando ou corrigindo	44	17,32
Outro	11	4,33
Nenhuma das acima	56	22,05
Q26. Pelo que você sabe, algumas decisões que você toma envolvem		
uma revisão de uma decisão tomada por uma forma de Inteligência Artificial (IA)? (N = 209)		
Sim	38	18,18
Não	78	37,32
Não sabe	93	44,50

Fonte: Autores do relatório.

A Tabela 9 trata dos avanços da tecnologia e seu uso. Na Q24. *Você acha que o público em geral usa a tecnologia para (marque todas as opções aplicáveis), com (n = 530),* os respondentes acreditam que 24,15% (n=128) usa para *entender o que está acontecendo em relação a um caso atual; 31,70% (n=168)* grande parte usa para *Acessar um resultado ou decisão do tribunal; 19,06% (n=101)* para *Ler documentos do processo ou ação judicial* e 25,09% (n=133) para *Ouvir ou assistir a uma audiência judicial.* Com relação a Q25. *Alguma tecnologia utilizada em seu tribunal auxilia em algum dos seguintes aspectos* (n = 254), a maioria respondeu que para a *Criação de modelos de decisões* (56,30%, n=143); para 17,32% (n=44), a tecnologia seria utilizada para chamar a atenção dos juízes para particularidades do caso, os alertando ou *corrigindo;* e 22,05% (n=56) respondeu que *Nenhuma das opções apresentadas.* Na questão Q26. *Até onde você sabe, algumas decisões que você toma envolvem uma revisão de uma decisão tomada por uma forma de Inteligência Artificial (IA)?* 37,32% (n=78) responderam que "não" e *44,50% (n=93)* disseram *"Não sei" e* apenas 18,18 % responderam *"sim".*

No que diz respeito à utilização de bases de dados jurídicas, através das questões 27 a 28, os respondentes revelaram seus respectivos contextos, conforme mostra a Tabela 10.

Tabela 10

Sobre o uso de bases de dados jurídicas

Questões	**N**	**%**
Q27. Você tem acesso a bancos de dados jurídicos? (N = 209)		
1. No prédio do seu tribunal (N = 197)		

Sim	162	82,23
Não	35	17,77
2. Ao trabalhar remotamente (N = 202)		
Sim	183	90,59
Não	19	9,41
Q28. Se sim, até que ponto você concorda com esta afirmação:		
"as bases de dados jurídicas que possuo são adequadas às minhas necessidades"? (N = 205)		
Concordo plenamente	33	16,10
Concordo	96	46,83
Neutro	46	22,44
Discordo	28	13,66
Discordo fortemente	2	0,98

Fonte: Autores do relatório.

Na Tabela 10 que trata do *uso de bases de dados jurídicas,* a Q27.1, *Você tem acesso a bancos de dados jurídicos no prédio do tribunal?* (n = 209), foi respondida pela maioria com "*sim", isto é, 82,23% (n=162)* e na Q27.2, *Você tem acesso a bancos de dados jurídicos quando trabalha remotamente?* (n = 202), 90,59% (n=183) responderam, igualmente, que "*sim".* Na Q28. *Se sim, até que ponto você concorda com esta afirmação? "os bancos de dados jurídicos que tenho são adequados às minhas necessidades"?* (n = 205), 16,10% (n=33) disseram que *concordam fortemente,* 46,83% (n=96) responderam *concordar* e 22,44%(n=46) responderam que seriam *neutros.* Muito poucos *não concordaram fortemente (0,98%, n=2).*

Por meio das Questões 29 e 30 buscou-se levantar a percepção dos entrevistados quanto ao impacto e fatores associados pela utilização da tecnologia no Sistema Judicial, demonstrado na Tabela 11.

Tabela 11

Impacto e fatores associados ao uso da tecnologia no sistema judiciário

Questões	**%**	**n**
Q29. Qual o impacto do aumento do uso da tecnologia digital no seu processo judicial?		
sistema teve no acesso à justiça? (N = 209)		
Positivo	94,26	197
Negativo	3,35	7
Sem impacto	2,39	5
Q30. Ao responder à pergunta anterior, quais destas opções você considera		
como fatores importantes para sua resposta (marque todas as opções aplicáveis): (N = 727)		

Alfabetização digital de advogados	13,62	99
Alfabetização digital de litigantes	7,98	58
Facilidade de processo judicial quando usado remotamente	25,86	188
Dificuldade de acesso a tecnologias para acesso remoto ao tribunal	3,58	26
Disponibilidade de internet e tecnologia de áudio e vídeo	16.23	118
Qualidade da conectividade com a Internet disponível ao público	13,20	96
Dificuldade de acesso à internet e tecnologia de áudio e vídeo	18,84	137
Outro	0,69	5

Fonte: Autores do relatório.

Na questão Q29. *Qual o impacto que o aumento do uso da tecnologia digital em seu sistema judicial teve no acesso à justiça? (n = 209),* 94,26% (n=197) responderam que é *Positivo*. Na Q30. *Ao responder à pergunta anterior, quais destes fatores você considera importantes para a sua resposta:* 13,62% dos respondentes apontaram a *Alfabetização digital dos advogados* e 7,98% afirmaram que é a *Alfabetização digital dos litigantes*. Ainda, 25,86% se referiram à *Facilidade do processo judicial quando usado remotamente*, 16,23% apontaram a *Disponibilidade de internet e tecnologia de áudio e vídeo,* 13,2% a *Qualidade da conectividade com a Internet disponível para o público* e 18,84% a *Dificuldade de acesso à internet e à tecnologia de áudio e vídeo*.

Quanto às Questões 31 e 32, os entrevistados responderam suas percepções quanto ao *uso da tecnologia aplicado ao processo judicial*. O resumo das respostas está explicitado na Tabela 12.

Tabela 12

Sobre o uso da tecnologia aplicada em processos judiciais

Questões	**%**	**n**
Q31. Você acha que o uso atual da tecnologia pelo seu tribunal no processo judicial		
é o melhor uso dessa tecnologia? (N = 208)		
Sim	54,33	113
Não	45,67	95
Q32. Se você selecionou Não, até que ponto você concorda com a seguinte afirmação:		
1. O processo judicial existente poderia tornar-se mais eficiente com a melhor utilização		
de tecnologia. (N = 96)		
Discordo fortemente	2,08	2
Discordo	1,04	1
Não tenho certeza	4,17	4
Concordo	39,58	38

Concordo plenamente	53,13	51
2. O processo judicial existente poderia ser transformado para refletir o melhor uso da tecnologia (N = 96)		
Discordo fortemente	3,13	3
Discordo	0,00	0
Não tenho certeza	12,50	12
Concordo	44,79	43
Concordo plenamente	39,58	38

A Q31 indagou *Você acha que o uso atual da tecnologia no processo judicial pelo seu tribunal é o melhor uso dessa tecnologia?* (n = 208), e 54,33% (n=113) acreditam que *sim,* enquanto 45,67% (n=95) disseram que *não*. Na Q32. *Se você selecionou Não, até que ponto você concorda com a seguinte afirmação:* Q32.1 *O processo judicial existente poderia se tornar mais eficiente com o melhor uso da tecnologia, 39,58%* disseram que *concordam* e 53,13% responderam que *concordam fortemente*. Quanto a Q32.2 *O processo judicial existente poderia ser transformado para refletir o melhor uso da tecnologia, 44,79%* disseram que *concordam* e 39,58% responderam que *concordam fortemente*.

SEÇÃO 3.4: CONDIÇÕES DE TRABALHO

Na Seção 3.4, os magistrados avaliaram a categoria *Condições de Trabalho*.

Por meio das Questões 33 e 34, eles avaliaram a adequação das instalações e do ambiente de trabalho, tanto nos edifícios de seus fóruns e tribunais quanto no trabalho remoto em casa e sua relação com a tecnologia. Essas avaliações estão resumidas na Tabela 13 - *Avaliação da adequação das instalações e do ambiente de trabalho fornecidos no prédio do tribunal e ao trabalhar em casa em relação ao trabalho com tecnologia.*

Tabela 13

Avaliação da adequação das instalações e do ambiente de trabalho fornecidos no prédio do tribunal/fórum e o trabalho remoto em casa em relação à tecnologia

Instalações e Ambiente de Trabalho	**Excelente**		**Bom**		**Adequado**		**Pobre**	
	%	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**N**
Q33. No prédio do tribunal								
1. Quantidade de apoio administrativo (N = 208)	12,50	26	43,27	90	23.56	49	20,67	43
2. Qualidade do apoio administrativo (N = 207)	18,36	38	41,06	85	28,50	59	12,08	25
3. Moral dos funcionários ja justiça (N = 208)	21,63	45	45,67	95	25,00	52	7,69	16
4. Qualidade física da edificação (N = 208)	31,25	65	32,69	68	21,63	45	14,42	30
5. Manutenção do prédio (N = 208)	24,52	51	36,06	75	24,52	51	14,90	31

6. Qualidade física do seu espaço de trabalho pessoal (N = 208)	36,06	75	30,77	64	18,75	39	14,42	30
7. Espaço para conhecer e interagir com outros juízes (N = 207)	14,01	29	24,64	51	21,26	44	40,10	83
8. Segurança no seu Fórum (N = 209)	12,44	26	32,54	68	28,71	60	26,32	55
Q34. Trabalhando em casa								
1. Quantidade de apoio administrativo (N = 208)	12,98	27	36,06	75	29,33	61	21,63	45
2. Qualidade do apoio administrativo (N = 207)	15,94	33	37,68	78	29,47	61	16,91	35
3. Moral dos funcionários judiciais (N = 202)	24,75	50	42.08	85	24,26	49	8,91	18
4. Qualidade física do seu espaço de trabalho remoto (N = 207)	38.16	79	33,33	69	23,19	48	5.31	11
5. Qualidade física do seu espaço de trabalho pessoal (N = 208)	39,90	83	28,85	60	25,00	52	6,25	13
6. Espaço para conhecer e interagir com outros juízes, se necessário (N= 202)	10,40	21	19,31	39	20,30	41	50,00	101
7. Segurança no seu espaço de trabalho remoto (N = 207)	43,00	89	23,67	49	17,87	37	15,46	32

Fonte: Autores do relatório.

Na questão Q33, relacionada à qualidade das instalações e ambiente de trabalho no edifício do tribunal/fórum, no Q33.1, 43,27% dos inquiridos consideraram boa a quantidade de apoio administrativo (n = 208) e 23,56% consideraram-na adequada. Quanto à Q33.2, relacionada à *Qualidade do suporte administrativo (n = 207),* 41,06% dos respondentes consideraram *bom* e 28,50% acreditam que seja *adequado*. Na Q33.3, com relação à *Moral da equipe do tribunal (n = 208),* 45,67% dos respondentes consideraram *bom* e 25,0% acreditam que seja *adequado*. Na Q33.4, a *Qualidade física do prédio (n = 208),* 31,25% dos respondentes consideraram *excelente* e 32,69% acreditam que seja *bom*. Na Q33.5, *Manutenção do prédio (n = 208),* 24,52% respondentes consideraram *excelente,* 36,06% acreditam que seja *bom* e 24,52 % que seja *adequado*. Quanto a Q33.6, *Qualidade física de seu espaço de trabalho pessoal* (n = 208), 36,06% respondentes consideraram *excelente,* 30,77% acreditam que seja *bom*. Na Q33.7, *Espaço para se reunir e interagir com outros juízes* (n = 207), 24,64% respondentes consideraram *excelente,* 40,10% acreditam que seja *ruim.* Para a Q33.8, *Segurança em sua Corte* (N = 209), 32,54% respondentes consideraram *bom,* 28,71% acreditam que seja *adequado* e 26,32% *ruim*.

Com relação à *Q34. Trabalhando de Casa, Q34.1* relativa à *Quantidade de suporte administrativo (n = 208), 36,06%* entenderam como *bom e 29,33%* acreditam que seja *adequado.* No quesito Q34.*2 Qualidade do suporte administrativo (n = 207), 37,68%* entendem que seja *bom e 29,47%* acreditam que seja *adequado.* Na Q34.3 *Moral da equipe do tribunal (n = 202),* 24,75% respondentes consideraram *excelente,* 42,08% acreditam que seja *bom*. A Q34.4 trata da *Qualidade física de seu espaço de trabalho remoto (n = 207),* com 38,16% respondentes consideraram *excelente,* 33,33% acreditam que seja *bom*. Na Q34.*5 Qualidade física de seu espaço de trabalho pessoal (n= 208)* 39,90% respondentes consideraram *excelente,* 28,85% acreditam que seja *bom* e 25% acreditam que seja *adequado*. No quesito 34.6, *Espaço para se reunir e interagir com outros juízes, se necessário (n= 202),* 19,31% respondentes consideraram *bom,* 20,30% acreditam que seja *adequado* e 50% acreditam que seja *ruim*. A Q34.*7. Segurança em seu espaço de trabalho remoto (N = 207)* 43% respondentes consideraram *excelente,* 23,67% acreditam que seja *bom* e 17,87% acreditam que seja *adequado*.

Os entrevistados ainda foram questionados a respeito de sua carga de trabalho nos últimos 12 meses bem como durante o período de isolamento decorrente da pandemia de COVID-19, nas Questões 35 e 36, respectivamente, e os resultados são apresentados na Tabela 14.

Tabela 14

Carga de trabalho

Questões	**%**	**n**
Q35. Como você avaliaria sua carga de trabalho judicial nos últimos 12 meses? (N = 209)		
Muito alto	69,38	145
Gerenciável	30,62	64
Mais baixo que o normal	0,00	0
Q36. Durante a emergência da COVID-19, se você teve um período de confinamento, com que frequência você foi trabalhar no prédio do tribunal durante algum período de bloqueio? (N = 209)		
O tempo todo	6,70	14
A maior parte do tempo	7,66	16
Ocasionalmente	43,54	91
Em nenhuma ocasião	40.19	84
Não aplicável	1,91	4

Fonte: Autores do relatório.

Na questão Q35 *Como você avaliaria sua carga de trabalho judicial nos últimos 12 meses?* (n = 209), 69,38% (n=145) dos respondentes disseram que é *muito alta* e na Q36, *Durante a emergência da COVID-19, se você teve um período de lockdown, com que frequência você foi trabalhar no prédio do seu tribunal durante qualquer período de lockdown? (n = 209),* responderam que *ocasionalmente 43,54% e nunca ou em nenhuma ocasião 40,19%.*

Parei aqui

SEÇÃO 3.5: TREINAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE PESSOAL

Na Seção 3.5 que aborda a categoria *Treinamento e desenvolvimento pessoal***,** foram feitas aos entrevistados as Questões 37 e 38, que investigou a percepção dos magistrados em relação à formação judicial que receberam em relação à tecnologia utilizada no seu trabalho, e que também indicassem áreas em que gostariam de ter novas oportunidades de formação judiciária, como demonstrado na Tabela 15.

Tabela 15

Satisfação com a formação judicial que receberam em relação à tecnologia utilizada no seu trabalho e indicação de áreas em que gostariam de ter novas oportunidades de formação judicial

Treinamento Judicial				
Q37. Satisfação com os seguintes aspectos da	**Completam**	**Satisfeito**	**Poderia**	**Não estou**

formação judicial relacionados à tecnologia utilizada em seu trabalho	**ente satisfeito**				**sê melhor**		**nada satisfeito**	
	%	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**
1. Extensão da formação judiciária disponível (n =207)	8,70	18	29,95	62	52,66	109	8,70	18
2. Qualidade da formação judiciária disponível (n = 207)	9,18	19	32,37	67	51,21	106	7,25	15
3. Tempo disponível para realizar formação judiciária (n = 206)	5,34	11	18,93	39	52,43	108	23,30	48

Q38. Trabalhando em casa (N = 555)	**%**	**n**
1. Treinamento prático usando TI em tribunal	24,50	136
2. Habilidades de apresentação e comunicação ao usar tecnologia	16,04	89
3. Compreender as estatísticas no contexto jurídico	18,38	102
4. Compreender como as novas tecnologias ligadas à inteligência artificial (IA) podem impactar o trabalho judicial	32,25	179
5. Realização de audiências remotas	8.29	46
6. Outros	0,54	3

Fonte: Autores do relatório.

A questão Q37 tratava da percepção de satisfação com os seguintes aspectos da formação judiciária relacionados à tecnologia utilizada no trabalho judicial: Q37.1 *Extensão do treinamento judicial disponível* (n = 207), 52,66% (n=109) responderam que poderia ser melhor e 29,95% (n=62) se consideraram satisfeitos. Na Q37.2 *Qualidade do treinamento judicial disponível* (n = 207), 32,37% (n=67) se consideraram satisfeitos e 51,21% (n=106) disseram que poderia ser melhor. Com relação a questão Q37.3, Tempo disponível para realizar treinamento judicial (n = 206), 52,43% (n=108) disseram que poderia ser melhor e 23,30% (n= 48) responderam que não estavam nada satisfeitos. Quanto à Q38. *Em quais das seguintes áreas, se houver alguma, você gostaria de ter novas oportunidades de treinamento judicial?* (N = 555), 24,50% (n=136) responderam que Treinamento prático usando TI no tribunal, em 32,25% (n=179) Compreensão de como as novas tecnologias ligadas à inteligência artificial (IA) podem impactar o trabalho judicial e em 18,38% *Compreensão de estatísticas no contexto jurídico*.

SEÇÃO 3.6: MUDANÇAS NO JUDICIÁRIO

Na Seção 3.6, sobre a categoria *Mudança no Poder Judiciário*, os entrevistados, por meio das respostas da Questão 39, revelaram até que ponto o seu trabalho como juiz mudou desde a sua primeira nomeação. A Tabela 16 mostra que a grande maioria considera que houve significativa mudança, pois 58,17% (n=121) apontaram que *houve uma grande quantidade de mudanças* e 26,92% que *Ele mudou completamente.*

Tabela 16

Percepção de mudança quanto ao trabalho como juiz

Pergunta	**%**	**n**
Q39. Até que ponto considera que o seu trabalho como juiz mudou desde que foi nomeado juiz? (N = 208)		
1. Não mudou nada	1,92	4
2. Mudou apenas um pouco e isso não me afeta	4,33	9
3. Houve alguma mudança que me afetou	8,65	18

4. Houve muitas mudanças	58,17	121
5. Mudou completamente	26,92	56

Fonte: Autores do relatório.

Para a Questão 40, foram apresentadas aos entrevistados sete afirmações que exploravam suas percepções sobre a mudança em seu trabalho como juiz. As respostas estão apresentadas na Tabela 17.

Tabela 17

Percepção dos entrevistados sobre as mudanças no trabalho judicial

Respostas										
	Discordo fortemente		**Discordo**		**Não tenho certeza**		**Concordar**		**Concordo plenamente**	
Declaração	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**
1. O Judiciário estava gerenciando bem a mudança antes da emergência do COVID-19 (n = 207)	6,76	14	23.19	48	14,98	31	40,58	84	14h49	30
2. Muitas mudanças foram impostas sobre o judiciário nos últimos anos (n = 208)	0,96	2	1,92	4	1,92	4	47,60	99	47,60	99
3. Ainda são necessárias mais mudanças no sistema judiciário (n = 206)	0,49	1	0,97	2	3,88	8	51,94	107	42,72	88
4. A quantidade de mudanças nos últimos anos levou os juízes ao limite (n = 207)	7,25	15	19.81	41	38,65	80	22,22	46	12.08	25
5. O Judiciário precisa ter controle sobre mudanças políticas que afetam os juízes (n = 207)	0,97	2	5,80	12	15,46	32	45,41	94	32,37	67
6. Apesar de quaisquer reservas que possa ter sobre mudanças no poder judiciário, ainda gosto do meu trabalho como juiz (n = 209)	1,44	3	1,91	4	10,53	22	34,93	73	51,20	107
7. Algumas das mudanças resultantes da emergência da COVID-19 permanecerão. Por exemplo, arquivos digitalizados e audiências remotas (n = 209)	1,44	3	0,00	0	5,74	12	37,32	78	55,50	116

Fonte: Autores do relatório.

Na Q40.1 *O judiciário estava gerenciando bem as mudanças antes da emergência da COVID-19* (N = 207), 40,58% (n=84) dos juízes estavam *de acordo,* 14,98% (n=31) responderam que não tinham certeza e 14,49% concordaram veementemente. Na Q40.2 *Muitas mudanças foram impostas ao Judiciário nos últimos anos (n = 208),* 47,60% (n=99) concordaram e 47,60% (n=99) anuíram de forma veemente. Com relação a Q40.3, *ainda são necessárias mais mudanças no Judiciário (n = 206)* 51,94% (n=107) responderam de forma positiva e 42,72% (n=88) concordaram enfaticamente. Na Q40.4, *A quantidade de mudanças nos últimos anos levou os juízes ao ponto de ruptura* (N = 207),

38,65% (n=80) responderam que não tinham certeza, enquanto 22,22% *agree.* Na Q40.5, *O Judiciário precisa ter controle sobre as mudanças nas políticas que afetam os juízes (N = 207*), 45,41% disseram *concordar* e 32,37% concordaram de forma veemente. Quanto à Q40.6, *Apesar de quaisquer reservas que eu possa ter sobre as mudanças no Judiciário, ainda gosto do meu trabalho como juiz (N = 209),* 34,93%(n=*73) concordaram* e 51,20% (n=107) concordaram veementemente. Finalmente a Q40.7, *Algumas das mudanças resultantes da emergência da COVID-19 permanecerão. Por exemplo, arquivos digitais e audiências remotas (N = 209*), 37,32% responderam de forma positiva e 55,50% concordaram enfaticamente.

Foi também pedido aos juízes que indicassem o seu nível de preocupação em relação a outras mudanças no sistema de justiça, concordando com as declarações listadas na Tabela 18, relativa à Questão 41.

Tabela 18

Nível de preocupação dos entrevistados com as mudanças no Sistema judicial

Respostas										
Declaração	**Nem um pouco preocupado**		**Apenas um pouco preocupado**		**Não tenho certeza**		**De alguma forma preocupado**		**Extremamente preocupado**	
	%	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**
1. Aumento de pessoas que não têm apoio ou representação legal (n = 199)	15,58	31	10,55	21	25,63	51	29,65	59	18,59	37
2. Mudanças tecnológicas (n = 201)	36,32	73	20,40	41	4,98	10	28,86	58	9,45	19
3. Restrições fiscais, como orçamentos reduzidos para os tribunais (n = 200)	6,50	13	7,50	15	5,50	11	35,50	71	45,00	90
4. Perda de respeito pelo poder judiciário por parte do governo (n = 201)	5,47	11	3,48	7	2,99	6	15,42	31	72,64	146
5. Redução nas audiências presenciais (n = 203)	54,68	111	14,29	29	9,36	19	13,79	28	7,88	16
6. Perda de independência judicial (n = 204)	8,33	17	5,88	12	1,96	4	19,61	40	64,22	131

Fonte: Autores do relatório.

Na Q41.1, foi perguntado se houve *um aumento no número de pessoas que não têm apoio ou representação lega*l (n = 199), a qual 25,63% (n=51) dos juízes responderam não ter certeza e 29,65% (n=59) disseram estar preocupados de alguma forma. Na Q41.2 que indicava Mudança tecnológica (n = 201), responderam não estar nada preocupados 36,32% e preocupados de alguma forma 28,86% dos casos. Na questão Q41.3 sobre *Restrições fiscais, como orçamentos reduzidos para tribunais* (n = 200), 35,50% (n=71) responderam que estariam preocupados de alguma forma e 45% (n=90) extremamente preocupados. Para a Q41.4 Perda do respeito pelo judiciário por parte do governo (n = 201), uma considerável maioria de 72,64% (n=146) respondeu que estariam extremamente preocupados. Na Q41.5 Redução das audiências presenciais (N = 203),

54,68% disseram que não estariam nada preocupados e 14,29% apenas um pouco preocupados. Finalmente, na Q41.6 Perda da independência judicial (N = 204), 19,61% responderam estarem preocupados de alguma forma e 64,22% disseram estar extremamente preocupados.

SECTION 3.7: BEING A MEMBER OF THE JUDICIARY

Nesta Seção, foi pedido aos inquiridos que indicassem, por meio da Questão 42, até que ponto consideram que o trabalho que realizam como juízes é valorizado pelos diferentes grupos sociais. Os juízes expressaram suas respectivas percepções conforme apresentado na Tabela 19.

Tabela 19

Percepções do valor de seu trabalho como juiz por grupos sociais

Respostas										
Grupo	**Muito valorizado**		**Geralmente valorizado**		**Não tenho certeza**		**Geralmente não é valorizado**		**Não valorizado de forma alguma**	
	%	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**	**n**
1. Público (N = 209)	8.13	17	44.02	92	9,09	19	28,71	60	10,05	21
2. Governo (N = 207)	1,93	4	17h39	36	14,01	29	36,71	76	29,95	62
3. Membros da profissão jurídica (N = 208)	12,02	25	43,75	91	12,02	25	23,08	48	9,13	19
4. Partes (N = 208)	14,42	30	56,25	117	16,35	34	11,06	23	1,92	4
5. Funcionários do tribunal (N = 206)	16,50	34	49,03	101	14,08	29	14,08	29	6,31	13
6. Mídia (N = 207)	3,38	7	18,84	39	10,63	22	36,23	75	30,92	64
7. Colegas juízes no tribunal (N = 208)	15,87	33	53,37	111	18,75	39	10,10	21	1,92	4
8. Juízes seniores que não fazem parte do tribunal (N = 200)	9,00	18	34,00	68	32,50	65	14,00	28	10,50	21

Fonte: Autores do relatório.

No Q42. Foi indagado *até que ponto você se sente valorizado pelos seguintes grupos?* Q42.1- Público (n = 209), 44,02% responderam que se sentem geralmente valorizados e 28,71% geralmente não valorizados; Q42.2- Governo (n = 207), 36,71% responderam que se sentem geralmente não valorizados e 29,95% que se sentem não valorizados pelo governo de forma alguma; Q42. 3 - Membros da profissão jurídica (n = 208), 43,75% dos entrevistados disseram se sentir valorizados em geral e 23,08% não valorizados em geral; Na Q42.4 - (n = 208), 56,25% disseram se sentirem valorizados em geral pelas partes e 16,35% responderam que não tinham certeza; na Q42. 5 Funcionários do tribunal (n = 206), 49,03% disseram que eram geralmente valorizados, 16,50% muito valorizados e 14,08% disseram que não tinham certeza e geralmente não eram valorizados; para Q42. 6 - Mídia (n = 207), 36,26% dos entrevistados disseram que geralmente não se sentem valorizados e

30,92% que não se sentem valorizados de forma alguma. Na questão Q42.7 – Desembargadores ou Juízes em Grau Recursal (n = 208), 53,37% dos respondentes afirmaram que geralmente se sentem valorizam, 18,75% não têm certeza e 15,87% que se sentem muito valorizados. Para Q42.8 – Juízes seniores que não fazem parte dos tribunais respectivos (n = 200), 34,00% disseram se sentir geralmente valorizados e 32,50% não tinham certeza.

SEÇÃO 3.8: DEMOGRAFIA DOS ENTREVISTADOS

A partir da Questão 43, as questões tratavam da caracterização demográfica dos respondentes e eram opcionais. Esta Seção buscava analisar se as atitudes pessoais, a idade, a origem ou o género desempenham um papel na formação das opiniões dos entrevistados. Entre os 203 respondentes que chegaram até esse momento do questionário 92,12% (n= 187) concordaram em "continuar" o questionário, enquanto os demais preferiam "pular" esta parte. A Tabela 20 resume as características pessoais de todos os entrevistados que optaram por responder esta parte da pesquisa.

Tabela 20

Gênero, idade e características educacionais dos entrevistados

Pessoal Características	%	n
Q43. Gênero (N = 193)		
Masculino	56,99	110
Feminino	43,01	83
Outro	0,00	0
Q44. Primeira pessoa na sua história familiar a se formar em Direito (N= 193)		
Sim	45,60	Sim
Não	54,40	Não
Q45. Idade grupo (N = 193)		
Abaixo de 35	3,63	7
35-39	9,33	18
40-44	23,32	45
45-49	18,65	36
50-54	17,10	33
55-59	15,03	29
60-62	5,70	11
63-65	2,59	5
66-67	1,04	2
68-69	1,55	3
70 ou mais	2,07	4
Q46. Sobre educação (N = 193)		
Universidade – Fiz parte da primeira geração da minha família a frequentar a universidade	29,53	57
Universidade – Não fiz parte da primeira geração da minha família a Frequentar a universidade	69,95	135
Outro	0,52	1

Fonte: Autores do relatório.

Na Q43. *Gênero* (n= 193), 56,99% responderam homem, 43,01% mulher e ninguém respondeu "outros". Na Q44. *Primeira pessoa na sua história familiar formada em Direito* (n= 193), 45,60% dos entrevistados disseram que "sim" e 54,40% disseram que "não". Q45. *Na faixa etária de 35 a 39 anos* (n = 193), o percentual foi de 9,33%; *na faixa etária de 40 a 44 anos,* o percentual foi de 23,32%; na faixa etária de 45 a 49 anos, o percentual foi de 18,65%; na faixa etária de 50 a 54 anos o percentual foi de 17,10%; e na faixa etária de 55 a 59 anos o percentual foi de 15,03%. *Na Q46.* Com relação à educação (n = 193), 29,53% dos entrevistados relataram que fazem parte da primeira geração de suas respectivas famílias a frequentar a universidade, e 69,95% dos entrevistados relataram que não fazem parte da primeira geração da família a frequentar a universidade

SEÇÃO 3.9: PESQUISA KESSLER 10

Continuando com as questões opcionais, as perguntas a partir da Questão 47, baseavam-se em medidas de stress e são conhecidas como a pesquisa Kessler 10 ou Escala de Sofrimento/Estresse Psicológico de Kessler de 10 itens. Trata-se de um questionário padronizado usado em todo o mundo e tais perguntas visavam identificar como o entrevistado estava se sentindo nos últimos 30 dias, em relação ao período aplicado durante a pesquisa. Os entrevistados foram convidados a selecionar uma resposta para cada pergunta que melhor representasse seu estado.

A Escala Kessler (K10) consiste em um questionário composto por 10 itens, projetado para avaliar o nível geral de sofrimento psicológico. As questões abordam sintomas de ansiedade e depressão experimentados por um indivíduo ao longo de um período de quatro semanas. As pontuações possíveis variam de 10 a 50, e uma pontuação total entre 10 e 15 indica um nível reduzido de sofrimento psicológico, enquanto pontuações de 16 a 21 indicam níveis moderados. Já pontuações entre 22 e 29 sinalizam um nível elevado de sofrimento psicológico, e pontuações de 30 a 50 indicam um nível muito elevado de sofrimento psicológico (Kessler, Barker, Colpe, Epstein, Gfoerer, & Hiripi,1996). A Tabela 21 mostra os resultados paras as Questões 47 a 56, que compõem os 10 itens da Escala em epígrafe, com respostas variando em cinco níveis, de "nenhuma vez" a "o tempo todo", sendo o primeiro com uma pontuação equivalente a "1" e o último com uma pontuação equivalente a "5".

Tabela 21

Respostas para cada item sobre a Escala de Sofrimento Psicológico de Kessler (K10)

K10 item	Nenhuma vez		Um pouco do tempo		Algumas vezes		A maior parte do tempo		Todo o tempo	
	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n
Q47. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu cansado sem uma boa razão? (N = 193)	16,06	31	15,54	30	34,20	66	27,46	53	6,74	13
Q48. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu nervoso? (N = 193)	10,88	21	27,98	54	43,52	84	13,99	27	3,63	7

Q49 . Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão nervoso que nada conseguia acalmá-lo? (N = 193)	64,77	125	19,69	38	11,40	22	4,15	8	0,00	0
Q50. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu sem esperança? (N = 193)	38,34	74	30,05	58	22,80	44	7,77	15	1,04	2
Q51. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu inquieto ou agitados? (N = 192)	18,23	35	38,54	74	28,65	55	11,98	23	2,60	5
Q52. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão inquieto que não conseguia ficar parado? (N = 191)	60,73	116	21,99	42	13,09	25	4,19	8	0,00	0
Q53. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu deprimido? (N = 192)	48,44	93	30,21	58	16,15	31	4,17	8	1,04	2
Q54. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você sentiu que tudo era um esforço? (N = 192)	31,25	60	38,02	73	17,71	34	10,42	20	2,60	5
Q55. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu tão triste que nada conseguia animá-lo? (N = 192)	69,27	133	18,23	35	9,90	19	2,60	5	0,00	0
Q56. Durante os últimos 30 dias, com que frequência você se sentiu inútil? (N = 192)	69,79	134	18,23	35	9,90	19	2,08	4	0,00	0

Fonte: Autores do relatório.

Para cada respondente, as pontuações de cada pergunta foram somadas para criar uma pontuação total K10. Em toda a amostra, a pontuação média do K10 foi de 20,12 (DP = 7,23, variação = 10-50). Um resumo das respostas a cada item está descrito na Tabela 21.

Tabela 22

Dispersão entre os grupos, segundo pontuação da Escala de Kessler

Nível de sofrimento psicológico	Frequência	Percentual	Mediana	Tendência	Media	Desvio padrão
Baixo (de 10 a 15 pontos)	54	28,27%	13	15	12,78	1,74

Moderado (de 16 a 21 pontos)	75	39,27%	18	20	18,36	1,56
Alto (de 22 a 29 pontos)	41	21,47%	25	24	25,12	2,04
Elevado (de 30 a 50 pontos)	21	10,99%	36	33	35,52	3,67
Respostas completas	N = 191	100,00%	19	20	20,12	7,23

Fonte: Autores do relatório.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO

4.1 O USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como pode ser visto na maioria das respostas apresentadas, o uso da tecnologia em geral é bem aceito e está consolidado em alguns aspectos do Judiciário brasileiro, a exemplo da utilização de processos virtuais em larga escala e a aceitação das audiências virtuais pela quase totalidade dos respondentes.

Por outro lado, embora o desenvolvimento e utilização de ferramentas utilizando inteligência artificial seja uma tendência crescente - eis que pelo menos metade dos tribunais brasileiros já possuem projetos ou programas de Inteligência Artificial em desenvolvimento ou já implantados[537] -, ainda há dúvidas e inseguranças quanto ao seu uso, como costuma acontecer com novidades tecnológicas de forma geral. A grande maioria dos juízes, como demonstram as tabelas acima, não acredita que suas funções serão desempenhadas por robôs ou algoritmos nas próximas três décadas. Ademais, parece ser uma percepção consolidada entre os juízes pesquisados que há treinamento insuficiente, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, para o uso de ferramentas tecnológicas em geral, o que é essencial para a adoção de qualquer nova tecnologia[538].

4.2 PERCEPÇÕES DOS JUÍZES SOBRE SEU PAPEL E A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA

Constatou-se que a percepção da maioria dos juízes sobre a influência da tecnologia é positiva e é vista como uma alternativa para promover melhorias na atividade judicial e para a prestação jurisdicional. É possível concluir, ainda, que a maioria dos entrevistados acredita que a tecnologia pode ser mais bem utilizada e que os processos judiciais ainda podem ser mais bem adaptados e melhorados para a utilização da tecnologia.

4.3 PERCEPÇÕES DOS JUÍZES SOBRE AS MUDANÇAS NO JUDICIÁRIO

Como supramencionado, é possível concluir das respostas ofertadas pelos juízes entrevistados que suas principais preocupações para o futuro estão relacionadas com possíveis

[537] SALOMÃO, Luiz Felipe (coord.). **Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário - CIAPJ/FGV. 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.
[538] SOUSA, Marcos de Moraes; GUIMARAES, Tomas de Aquino. The adoption of innovations in Brazilian labour courts from the perspective of judges and court managers. **Revista de Administração** (São Paulo), v. 52, p. 103-113, 2017.

ameaças à independência judicial, estrutura, orçamento e à atividade judicante em si não relacionadas ao uso da tecnologia.

Ainda em consonância com o que já se constatou acima, uma das conclusões possíveis das respostas ofertadas é que a implementação da tecnologia no judiciário é vista de forma positiva e como uma possível ferramenta de auxílio para avanços na prestação jurisdicional, não se tratando de uma preocupação relevante.

4.4. O BEM-ESTAR E A SAÚDE MENTAL DOS MAGISTRADOS NO BRASIL

A partir das respostas obtidas pelo questionário, é possível inferir que a atividade jurisdicional exige trabalho emocional e que muitos juízes têm que lidar, em seu cotidiano, com o cansaço, a agitação, a depressão e outros aspectos relacionados a indicativos de saúde mental deficiente ou empobrecida. Em relação ao item Q47, 68,4% dos entrevistados declararam que se sentiram cansados, sem um bom motivo, nos últimos 30 dias, em uma escala que variou de "algumas vezes" a "sempre". Excluídos aqueles que declararam que não se sentiram cansados de modo algum (16,06%) ou muito pouco (15,54%), 6,74% 6,74% dos entrevistados declararam um nível de cansaço absolutamente elevado, indicando que o nível de cansaço era "todo o tempo ".

No item Q48, houve menos respostas extremadas para o mais e para o menos, ou seja, 10,88% dos entrevistados declararam que não se sentiram nervoso(a)s nos últimos 30 dias e 3,63% declararam que se sentiram nervoso(a)s durante todo o tempo, mas, entre os extremos, 85,49% se assumiram nervosos, desde o mínimo de tempo à maior parte do tempo. O item Q49 visava analisar, nos últimos 30 dias, a eventual frequência com que juízes se sentiram extremamente nervosos de modo que nada poderia acalmá-los. Trata-se de uma situação limite e as respostas espelham a sua excepcionalidade. Assim, 4,15% dos magistrados entrevistados declararam ter vivenciado este estado na maioria do tempo, nos últimos 30 dias. No item Q50 buscava-se compreender o nível de desesperança dos magistrados. Entre "algumas vezes" e "sempre", o percentual de respostas chegou a 31,61%.

O item Q51 visava compreender se os juízes, nos últimos 30 dias, se sentiram inquietos ou agitados. A maioria deles, 79,17%, se declarou desde um pouco à maioria do tempo agitados. 2,60% se compreendem agitados todo o tempo e, 18,23% de modo algum. A Q52 conectava-se com a questão anterior, mas tinha por objetivo compreender qual é ao percentual de juízes que, nos últimos 30 dias, se sentiram tão inquietos a ponto de não conseguirem ficar parados. Nenhum dos entrevistados categorizaram a sua experiência como "todo o tempo" e somente 4,19% deles(as) enquadraram a própria experiência em "a maioria do tempo". A Q53 teve como escopo tentar compreender se, nos últimos 30 dias, os magistrados se sentiram depressivos. 48,44% declararam que não se sentiram depressivos. Não obstante, os demais entrevistados, em níveis distintos, declararam ter sentido, nos últimos 30 dias, algum nível de depressão. "A maior parte do tempo" e "o tempo todo" representaram 5,21% deles.

Em Q54, buscou-se compreender, a partir da perspectiva do entrevistado, o nível de esforço requerido para que desempenhassem as suas funções. 31,25% responderam "nenhuma vez", ou seja, não declararam sentir que necessitam se esforçar para desempenhar as suas funções. Os demais, em níveis distintos, aquiesceram com a assertiva, reconhecendo ser necessário algum nível de esforço. Não é possível, a partir da questão, compreender a que tipo de esforço se referem, mas os dados sugerem que, dentre eles, encontra-se o trabalho emocional. Um total de 13,02% deles(as) declararam se esforçar na maioria do tempo ou todo o tempo. Por sua vez, a Q55 visava compreender o nível de tristeza aguda dos entrevistados, ou seja, *com que frequência você se sentiu tão triste que nada conseguia te animar?* Nos últimos 30 dias, não houve juízes que se sentiram assim durante todo o tempo, e apenas 2,60% deles declararam que se sentiram assim na maior parte do tempo.

A Q56, última questão atinente à saúde mental, visava compreender se os juízes se sentiram, nos últimos 30 dias, inúteis ou sem valor. 69,79% deles disseram que não se sentiram assim em nenhum momento dos últimos 30 dias. Nenhum deles declarou ter se sentido assim todo o tempo

durante o mesmo período. Não obstante, 30,21% deles afirmaram se sentir assim em algum nível, desde o mais elementar "um pouco de tempo" (18,23%) até "na maior parte do tempo " (2,08%). Tais respostas sugerem, no mínimo, que a saúde mental dos magistrados deve ser analisada cuidadosamente. Uma variável que está imediatamente envolvida nesses resultados é a gestão emocional. O nível de cansaço, de irritação, de stress e de agitação relaciona-se à gestão das emoções dos magistrados**.** Sob uma perspectiva sociológica, as emoções devem ser assumidas como "estratégias ou recursos que permitem aos oficiais de justiça realizar o seu trabalho; mas não necessariamente de forma [539]manipuladora, superficial ou instrumental". Alcançar objetivos profissionais e organizacionais exige esforço. Esse esforço muitas vezes passa despercebido pelos próprios profissionais, mas é cotidiano e pode exigir grandes investimentos cognitivos [540]e outros tipos de investimento.

O ambiente profissional é normativo, ou seja, é possível prescrever a conduta dos profissionais porque há regras implícitas e explícitas, formais e informais, que regem o ambiente profissional judicial[541]. Muitas dessas normas podem ser encontradas nos textos que visam orientar a atividade dos profissionais do direito. No que diz respeito ao Poder Judiciário, podem ser invocados o Código de Bangalore e o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, e, ainda, o Código de Ética da Magistratura e a Lei Orgânica da Magistratura, ambos brasileiros. Não obstante, é preponderante o entendimento de que o juiz deve enfrentar e superar, sozinho, os desafios de ser juiz.. Esse esforço faz parte daquilo que Blix e Wettergren alcunharam de "Teflon Culture"[542] ("Cultura do Teflon").

No cerne dessa cultura de autodisciplina[543], os profissionais *lato sensu,* devem trabalhar duro, horas a fio, sem reclamar ou serem autocomplacentes. Os juízes, na perspectiva da *teflon culture*, sentem-se obrigados a demonstrar, sempre, confiança e autonomia[544]. A exibição de tristeza, cansaço, fraqueza etc. tende a ser interpretada como ausência de algo fundamentalmente necessário, que alguns têm e outros não, e que desqualifica aqueles que não o possuem a integrarem o grupo de juízes[545].

Nesse contexto, o juiz, percebido como integrante de um grupo seleto e poderoso, é impulsionado a moldar a sua subjetividade profissional de acordo com o quadro emotivo-cognitivo e as regras de sentir comuns ao grupo. A *teflon culture* hipertrofia a autodisciplina e a exibição/*performance* da autonomia e da confiança e a atrofia de quaisquer exibições de tristeza, cansaço, vulnerabilidade etc. que serão assimilados como desqualificadores para o exercício da magistratura porque associados à falta de profissionalismo**.** "*A professional, it is posited, should be able to keep emotional distance to others´ emotions and to those of one´s own*[546]".

---

[539] ROACH ANLEU, S.; MACK, K. Uma perspectiva sociológica sobre trabalho emocional e julgamento. *Série Sociojurídica Oñati,* v. 5, p. 831-851, 2019. p. 836. Disponível em https://ssrn.com/abstract=3331025 . Acesso em: 03 abr. 2021.

[540] "*Por exemplo, algumas estratégias de regulação emocional exigem mais esforço do que outras. É necessário um esforço especial para substituir uma motivação hedónica por uma utilitarista; da mesma forma, pode ser difícil controlar as expressões faciais. Tal gasto de esforço consome recursos cognitivos, deixando a pessoa com menos recursos para realizar outras tarefas*". MARONEY, TA Regulação Emocional e Comportamento Judicial. *Revisão de Direito da Califórnia,* Faculdade de Direito da Universidade Vanderbilt, v. 1.481-1.552, 2011. p. 1.507. Disponível em http://ssrn.com/abstract id=1785616 . Acesso em: 31 jul. 2018.

[541] "*It is possible to excavate the feeling rules – explicit/formal and implicit/informal – in the norms governing the performance of judicial work and associated activities*". Ibidem, p. 839.

[542] "*Working hard, working long hours, and not complaining or being self complacent are part of a self-disciplining culture that we have labelled 'teflon culture'. Under the influence of this culture, legal professional is expected to deal with hardships in their work and with hardships associated with horrific cases, as if the emotional aspects of these hardships would just bounce off one´s professional (teflon) shield*". Ibidem, p. 72.

[543] A teflon culture não opera do mesmo modo em distintos ambientes profissionais. Blix e Wettergren, em A Professional Emotion in Court: A Sociological Perspective, focaram a sua atenção no grupo de juízes e promotores e concluíram que "*the teflon culture, according to the participants [of their research], permeated both the courts and the prosecution offices, but played out somewhat differently in the two contexts*". Ibidem, p. 72.

[544] "*While is not possible to always be in top shape, the continuous evaluations during training and the importance of displaying confidence and autonomy turn the 'human' features of feeling tired, sad, vulnerable, a so on into weakness, and thus into something associated with not being 'professional'. A professional, it is posited, should be able to keep emotional distance to others' emotions and to those of one´s own*". Ibidem, p. 72.

[545] "*Participants in our study commonly brought up the fact that working in courts, one becomes exposed to great human misery and gruesome pictures; "it´s something you need to be able to deal with". They suggested that some individuals were born with the ability to manage it, while others were not: either you were a non-stick person, or you were not fit for this line of work*". Ibidem, p. 72.

[546] BERGMAN BLIX, S.; WETTERGREN, Å. *Professional Emotions in Court* – A sociological Perspective. Abingdon: Routledge, 2018. p. 72.

Com base nas pesquisas indicadas e nos achados desta investigação, o tema da saúde mental dos juízes deverá ser mais bem explorado em pesquisas futuras por meio de investigações de índole qualitativa.

Foi, ainda, construído um cabedal potente de pesquisas correlacionais e experimentais relacionadas ao impacto das emoções no dia a dia dos juízes, a partir dos quais é possível sugerir inferências causais fortes sobre o impacto direto e indireto das emoções na apreciação das provas, julgamento, tomada de decisão etc. No entanto, estudos correlacionais, como este, enfrentam desafios marcantes, dentre os quais a circunstância de que medidas que dependem de autorrelatos dos participantes é vulnerável a um potencial falta de consciência, falta de vontade de ser franco ou incompreensão da assertiva ou de um conceito contido nela.

CONCLUSÕES

Os resultados da pesquisa evidenciam que, embora o uso da tecnologia, especialmente no contexto da inteligência artificial, esteja em ascensão no judiciário brasileiro, a resistência percebida entre os juízes, somada à falta de treinamento adequado, sugere que a plena integração dessas ferramentas ainda é um desafio. A percepção predominante entre os juízes é de que a tecnologia tem potencial positivo para aprimorar a atividade judicante e a prestação jurisdicional. Contudo, também se destacou a noção significativa de que a utilização da tecnologia pode ser otimizada, apontando para a necessidade de ajustes e melhorias nos processos judiciais para uma integração mais eficiente. Constatou-se que as principais preocupações dos respondentes dizem respeito, majoritariamente, às possíveis ameaças à independência judicial, não estando relacionadas necessariamente ao uso da tecnologia.

Finalmente, é digno de nota que os resultados da Escala de Kessler 10 revelam que os juízes enfrentam, também, alguns desafios emocionais, com destaque para o cansaço generalizado. Restou evidenciado que há necessidade de uma abordagem cuidadosa da saúde mental dos juízes, considerando a influência de uma cultura profissional que valoriza a autodisciplina e desencoraja a expressão de emoções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bethlehem, J. G. (2009). *Applied survey methods: a statistical perspective*. New Jersey, EUA: John Wiley & Sons, (Wiley series in survey methodology).

Groves, Robert M.; Fowler Jr., Floyd J.; Couper, Mick P.; Lepkowski, James M.; Singer, Eleanor & Tourangeau, Roger. (2004). *Survey methodology*. John Wiley & Sons, Inc.

Kessler, R. C., Barker, P. R., Colpe, L. J., Epstein, J. F., Gfoerer, J. C., & Hiripi, E. (1996). *Kessler psychological distress scale (K10).* Boston, MA: Harvard Medical School. https://www.carepatron.com/files/kessler-psychological-distress-scale-k10.pdf

Lynn, P., Beerten, R., Laiho, J., & Martin, J. (2002). Towards standardisation of survey outcome categories and response rate calculations. Research in Official Statistics, 5(1), 61–84.

MARONEY, T. A. Emotional Regulation and Judicial Behavior. *California Law Review,* Vanderbilt University Law School, v. 99, p. 1.481-1.552, 2011. p. 1.507.

ROACH ANLEU, S.; MACK, K. A sociological perspective on Emotion Work and Judging. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 9, n. 5, p. 831-851, 2019. p. 836. Disponível em https://ssrn.com/abstract=3331025.

Saris, Willem E. & Gallhofer, Irmtraud. (2014). *Design, evaluation, and analysis of questionnaires for survey research* (Second Edition). John Wiley & Sons, Inc.

SALOMÃO, Luiz Felipe (coord.). Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do po-der judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; Centro de Inovação, Admi-nistração e Pesquisa do Judiciário - CIAPJ/FGV. 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

SOUSA, Marcos de Moraes; GUIMARAES, Tomas de Aquino. The adoption of innovations in Brazilian labour courts from the perspective of judges and court managers. **Revista de Administração** (São Paulo), v. 52, p. 103-113, 2017.