DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 4

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, DIOGO DE CASTRO FERREIRA,
MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA, KLEVER PAULO LEAL FILPO

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 4

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Arthur Bezerra de Souza Junior, Diogo de Castro Ferreira, Marcelo Pereira de Almeida, Klever Paulo Leal Filpo (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D582

Dimensões jurídicas dos direitos humanos / Arthur Bezerra de Souza Junior, Diogo de Castro Ferreira, Marcelo Pereira de Almeida e Klever Paulo Leal Filpo (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 4; 616 p.

ISBN 978-65-87489-49-0

1. Direitos humanos. 2. Direitos civis. 3. Política e direitos civis. I. Souza Junior, Arthur Bezerra de (org.). II. Ferreira, Diogo de Castro (org.). III. Almeida, Marcelo Pereira de (org.). IV. Filpo, Klever Paulo Leal (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS **15**

A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ANÁLISE FRENTE A CASOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL 17
Katrin Daniela Arrais de Assis
Matheus Wolowski

UM BREVE OLHAR SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA 32
Marcelo Pinto Chaves
Ana Cláudia Sant'anna
Adriana Vinha Nunes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INSTITUTO MAL COMPREENDIDO 49
Marcelo Pereira de Almeida
Marcelo Pinto Chaves
Maurício Gomes Magno

VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DO DIREITO NORTE-AMERICANO PARA MAIOR OBTENÇÃO DE ACORDOS NO NOSSO DIREITO PROCESSUAL CIVIL 64
Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor

PROCESSO PENAL E DIREITOS HUMANOS: NOTAS INICIAIS SOBRE SISTEMAS QUE UTILIZAM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM JULGAMENTOS 83
Daniela Kojiio Nobre

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO ALICERCE DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O ADVENTO DO JUIZ DE GARANTIAS 93
Leonardo Bocchi Costa

O FENÔMENO DO NEOPROCESSUALISMO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.....104
Tatiana de Gusmão Vieira
Diego Gonçalves Santos de Matos

UMA INTRODUÇÃO AO TEMA DA COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI 13.964/19 116
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

O PEDIDO DE DESAFORAMENTO DOS RÉUS NO CASO DA BOATE KISS E O DIREITO HUMANO DE SER JULGADO PÚBLICO E IMPARCIALMENTE.....130
Wendel Barboza Rocha
Thirso Del Corso Neto

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....147
Robson Luiz Silva

O GARANTISMO E A (IN)POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL NO CONTEXTO DA COVID-19.....159
Eduardo Resende Rapkivcz
Jaime Leônidas Miranda Alves

UM ESTUDO SOBRE A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS PRODUZIDAS POR PARTICULARES NO PROCESSO PENAL.....176
Alessandro Marcello Gurjão Padilha
Raiza Madje Tavares da Silva

AGRAVO DE INSTRUMENTO: CONSTRUÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA.....196
Jéssica Maria Frocel Holanda Sales

PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL: UM DIREITO QUE AGRADA A GREGOS E TROIANOS.....208
Isabela Cristina Silva De Araujo

A AUSÊNCIA DO PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....220
Edmilson Bruno Granjeiro de Oliveira
Ronaldo Cesar Cunha Bazi

O ÍNDICE DE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA ENVOLVENDO DIREITOS HUMANOS.....238
Anna Luiza Massarutti Cremonezi

O CONTROVERTIDO USO DA PSICOGRAFIA COMO PROVA PROCESSUAL257
Roberta Ceriolo Sophi
José Geraldo da Silva

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO PROCESSO PENAL - UMA NOVA PERSPECTIVA DE DANO.....277
Thiago Frederico Martins de Oliveira
Marcela Carvalho Caldeira
Ana Paula dos Santos Gomes Pimenta da Silva

PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO, LEGITIMIDADE PROCESSUAL E TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS.....293
Fabrício Veiga Costa
Graciane Rafisa Saliba

POSSIBILIDADE DO IMPLEMENTO DAS AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE DIREITOS SUCESSÓRIOS NO BRASIL: APONTAMENTOS ACERCA DA MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....312
Maria Clara Santos da Mata Silveira
Samantha Caroline Ferreira Moreira

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO AO PROCESSO JUSTO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO: ENTRE A CELERIDADE PROCESSUAL E A DESIGUALDADE DIGITAL, O TRATAMENTO MARGINAL DOS EXCLUÍDOS DIGITALMENTE.....331
Luciane Mara Correa Gomes

ANÁLISE COMPARATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....344
Luana Silva de Mello
Thiago Braga Dantas

A QUARTA ONDA RENOVATÓRIA DO PROCESSO COMO REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO HUMANO DO ACESSO À JUSTIÇA: A VULNERABILIDADE DIGITAL DIANTE DA VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO DECORRENTE DA PANDEMIA DO COVID-19..... 362
Janaina Costa de Souza
Thiago Braga Dantas

MEDIDAS CAUTELARES IRRESTRITAS: A FISHING EXPEDITION COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE LAWFARE POLÍTICO..... 382
Rodrigo Machado Gonçalves
Raíssa Scheiner Corrêa e Santos
Antonio Eduardo Ramires Santoro

A NECESSIDADE DE REVISÃO CONTEXTUALIZADA DO ART. 25 DA LEI 12.016/2009 E O RECONHECIMENTO DE CAUSALIDADE EM AÇÃO MANDAMENTAL À LUZ DO CPC/2015..... 398
Márcio Lima Silva

GARANTISMO PENAL (IN)APLICADO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA FALTA DA INFORMAÇÃO E ASSISTÊNCIA CONSULAR AO ESTRANGEIRO PRESO NA FRONTEIRA AMAZÔNICA BRASILEIRA..... 413
Carlos Eduardo Teixeira de Lima
Jefferson Rodrigues de Quadros

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO PROCESSUAL E OS CONTORNOS DA JURISDIÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA..... 430
Márcia Vitor de Magalhães e Guerra

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO CENÁRIO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO..... 446
Thales Marques Marros

A RESSIGNIFICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CAMPO JURISDICIONAL BRASILEIRO..... 462
Danilo Scramin Alves
Vitória Caroline Brandão da Costa Siqueira

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS INTEGRANTES DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SÃO RESTRINGIDOS PELA LEI N.º 7.347/1985?.....474
Isabela Franco Arruda Brasil

A LEGITIMIDADE PARA MOVER AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA NOS DELITOS QUE ATENTEM CONTRA BENS JURÍDICOS COLETIVOS.....491
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

A CONFIANÇA NA BALANÇA: A ASSISTÊNCIA SIMPLES COMO MODALIDADE INTERVENTIVA QUE CONFRONTA OS IDEÁRIOS DEMOCRÁTICOS.....504
Juliano Soares Rangel

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SUA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....521
Helena Kret Brunet Coelho

TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL: AUTORITARISMO NOS TRIBUNAIS PERPETUADO PELA FLEXIBILIZAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 538
Sofia Vilhena Teixeira

OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI 9.099/95 NO ÂMBITO CIVIL.....556
Jéssica Cintrão do Nascimento
Naira Neila Batista de Oliveira Norte

A CONFIANÇA NA BALANÇA: A ASSISTÊNCIA SIMPLES COMO MODALIDADE INTERVENTIVA QUE CONFRONTA OS IDEÁRIOS DEMOCRÁTICOS.....573
Juliano Soares Rangel

RESUMOS.....591

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NCPC/2015 E O IMPACTO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA.....593
Robson Luiz Silva

O MITO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....599
Maria Clara Gomes da Cruz Fernandes

O DESCARTE (IN)VOLUNTÁRIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE.....604
Maria Carolina Martins Varella

FATORES QUE FOMENTAM A IMPOSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....608
Danilo Scramin Alves

NATUREZA JURÍDICA DA MORATÓRIA LEGAL PREVISTA NO ARTIGO 916 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....611
Dáfani Pantoja Reategui Santos

CONSELHO DO CAED-Jus

Adriano Rosa	*(Universidade Santa Úrsula, Brasil)*
Alexandre Bahia	*(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)*
Alfredo Freitas	*(Ambra College, Estados Unidos)*
Antonio Santoro	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Arthur Bezerra de Souza Junior	*(Universidade Nove de Julho, Brasil)*
Bruno Zanotti	*(PCES, Brasil)*
Claudia Nunes	*(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*
Daniel Giotti de Paula	*(PFN, Brasil)*
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Denise Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Edgar Contreras	*(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)*
Eduardo Val	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Felipe Asensi	*(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Fernando Bentes	*(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)*
Glaucia Ribeiro	*(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)*
Gunter Frankenberg	*(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)*
João Mendes	*(Universidade de Coimbra, Portugal)*

Jose Buzanello	*(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Klever Filpo	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Luciana Souza	*(Faculdade Milton Campos, Brasil)*
Marcello Mello	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Nikolas Rose	*(King's College London, Reino Unido)*
Oton Vasconcelos	*(Universidade de Pernambuco, Brasil)*
Paula Arévalo Mutiz	*(Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)*
Pedro Ivo Sousa	*(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)*
Santiago Polop	*(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)*
Siddharta Legale	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Saul Tourinho Leal	*(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)*
Sergio Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Susanna Pozzolo	*(Università degli Studi di Brescia, Itália)*
Thiago Pereira	*(Centro Universitário Lassale, Brasil)*
Tiago Gagliano	*(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)*
Walkyria Chagas da Silva Santos	*(Universidade de Brasília, Brasil)*

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ANÁLISE FRENTE A CASOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

Katrin Daniela Arrais de Assis
Matheus Wolowski

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo está na verificação se há ou não limite para o poder criativo e normativo dos tribunais superiores quanto a um eventual desrespeito às normas constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro. O principal motivo da existência dessa pesquisa é o estudo da importância do equilíbrio entre os Poderes da União e quais os possíveis conflitos que o ativismo judicial pode vir a gerar entre a instituição: quais os benefícios e prejuízos de um judiciário que institui normas, levando em consideração que há uma disposição processual específica quanto a impossibilidade do juiz se eximir de julgar ante a lacunas legais prevista no artigo 140 do CPC[1].

A simples ação de um ministro ou tribunal pode resultar em uma série de processos político decisório. Pode-se tomar, por exemplo, a atuação recente do Supremo Tribunal Federal em temas de grande relevo social, como a sinalização para uma possível criminalização da

1 Artigo 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

homofobia, gerando uma série de embates sociais, dilemas constitucionais frente ao que seria uma função atípica da instituição, assim como questões relacionadas a legalização do aborto, eutanásia, legalização de drogas entre outros assuntos.

A atenção da sociedade se desviou completamente do poder Legislativo para o poder Judiciário, um exemplo claro desse fenômeno, ocorreu no julgamento das pesquisas com células-tronco embrionárias pelo Supremo Tribunal Federal, as sessões tiveram maior visibilidade e debate público do que o processo legislativo para a elaboração da referida lei.

A presente pesquisa se utilizará do método dedutivo, partindo de uma análise teórica quanto aos princípios e dispositivos legais, delimitando-se a atuação dos tribunais superiores em situações que caberia ao poder legislativo, eventualmente decidir. Ao final, busca-se extrair conclusões propositivas para atenuar efeitos, eventualmente negativos, do ativismo judicial e ressaltar possíveis efeitos positivos.

1 CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

Para Luiz Roberto Barroso o ativismo é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". O ativismo judicial legitimamente exercido pode extrair o máximo das potencialidades do texto Constitucional, inclusive criando regras específicas de condutas perante enunciados vagos (BARROSO, 2011, p.92).

Para Luiz Flavio Gomes (2009) não deve ser considerado ativismo quando a Constituição prevê um determinado direito e o judiciário atua para que esse direito seja garantido. Para o autor o ativismo ocorre quando o juiz inventa um novo direito ou provoca através de sua decisão uma inovação no ordenamento jurídico. Além disso, acredita existir duas espécies de ativismo: o revelador, que é aquele em que o juiz irá criar uma regra, com fundamento constitucional ou na interpretação de uma norma lacunosa sobre um determinado tema. Já o ativismo inovador o juiz simplesmente cria a regra independente de uma base nos princípios constitucionais.

Ronald Dworkin (2001, p 451) um dos grandes críticos do ativismo judicial afirma que:

> Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

É importante ressaltar a conceituação clássica conferida ao termo no âmbito da ciência do direito, no qual o ativismo significa que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica (FERREIRA, 1986, p.194).

Em um primeiro momento, frente a infinidades de definições nas doutrinas, leva-se a crer que o ativismo não é um fenômeno simples de ser definido, é notável a dificuldade dos autores em identifica-lo, pois, uma interpretação peculiar por parte de um juiz ou tribunal, não significa que o mesmo é um juiz ou um tribunal ativista, afinal a mesma lei pode dar margem para uma série de interpretações acerca de um mesmo assunto. Portanto, diferenciar a hermenêutica jurídica do ativismo judicial é essencial para se construir um conceito do mesmo.

Conforme o autor Luiz Flávio Gomes (2009), a expressão foi citada pela primeira vez em 1947, em uma reportagem sobre a Suprema Corte, o historiador Arthur Schlesinger definiu como ativismo judicial a atitude do juiz de interpretar a Constituição de forma a garantir direitos que já estão nela previstos, como, por exemplo, direitos sociais.

Para Luiz Roberto Barroso (2009, p. 07) o ativismo teve início nas decisões progressistas a partir da década de 50 quando:

> A Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu-se jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education,

> 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).

A doutrina "iguais, mas separados", "equal but separate" desenvolvida pela Suprema Corte foi revogada em 1954, no Caso Brown vs. Board of Education, uma das mais importantes em favor dos direitos fundamentais da história da Suprema Corte dos Estados Unidos. A decisão reconheceu a inconstitucionalidade da separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas.

No Brasil, o fenômeno do Ativismo se inicia após a Constituição de 1988, com a redemocratização, momento em que nasce a cláusula da inafastabilidade da jurisdição frente aos direitos individuais e sociais do cidadão, surgindo, portanto, a judicialização desses direitos. O judiciário passou a ser demandado para fazer valer os direitos expressos no diploma Constitucional, demandas estas referentes à matérias como saúde, cultura, educação e meio ambiente, frente a tais pedidos, as decisões dos magistrados passaram a intervir na atuação dos demais poderes, determinando o cumprimento de disposições constitucionais referentes aos mais variados temas (TEDESCO, 2014).

Diversos casos de Ativismo judicial no Brasil se relacionavam com a responsabilidade do Estado para definir e executar as ações na área da saúde no Brasil, nas figuras de cada uma das pessoas políticas que integram a federação; é essa a conclusão que se extrai dos dispositivos dos artigos 196[2] e 197[3] da Constituição Federal, ressaltando-se que o fornecimento de medicamentos, por exemplo, que integra o âmbito individual do direito à saúde. Entretanto, o ministro Luís Roberto Barroso

2 Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

3 Artigo 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

apresentou o voto-vista no RE566471 e 657718 (28/09/2016). Para ele "o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde", avaliou, ao entender que a justiça só deve interferir em situações extremas.

Nos últimos anos, chegaram ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, diversos embates entre à Constituição, à Competência dos Poderes, à realidade política, para um veredito. Tais decisões por envolverem temas polêmicos, principalmente em assuntos políticos que definiriam o futuro do país alçaram as manchetes dos jornais, deixando o poder Jurídico e mais especificamente o Ativismo Judicial em evidência, no entanto, mediante tamanha exposição não significa que o fenômeno é recente, mas sim, que a população vem assumindo uma postura mais atuante e interessada frente aos temas de grande relevo social. Todas as situações elencadas acima, demonstram a quase invisível fronteira entre política e as decisões jurídicas na atualidade.

O Brasil se destaca quando o assunto é ativismo judicial, pois, a realidade política do país alcançou a Suprema Corte e tomaram conta da mídia em geral. O que chama atenção é que os assuntos abordados não envolvem a questão jurídica das decisões, mas as repercussões gravitam em torno das questões que afetam a economia, a política e outras matérias. Todo o fervor dos debates, recebe ainda mais forças graças á transmissão instantânea de julgamentos pela Televisão em um canal específico, pois, no Brasil, os julgamentos são realizados sob as lentes das câmeras e consequentemente perante os olhares de toda a população, não a portas fechadas como nas supremas cortes de quase todos os outros países do mundo. Ainda assim, grande parte dos doutrinadores consideram que tal visibilidade proporciona mais benefícios do que malefícios uma vez que proporciona transparência, e contribui para o controle social do país.

2 DIFERENÇA ENTRE HERMENÊUTICA JURÍDICA X ATIVISMO JUDICIAL E O ENFRAQUECIMENTO DA CORRENTE DO CIVIL LAW

Para Ana Cláudia Gabriele (2018) hermenêutica jurídica pode ser considerada como uma ciência que, ao utilizar-se de métodos na in-

terpretação dos textos legais, conduz à aplicação da melhor forma de direito, não se restringindo à rigidez textual do legislador. Esta interpretação por parte do juiz, deve estar vinculada às necessidades sociais interligadas a flexibilidade de interpretação, o que será evidenciado quando da análise do Artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim preconiza: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Quando o juiz está diante de uma lacuna legal, ou obscuridade na lei, ou ainda mesmo diante de leis claras e princípios objetivos um tribunal decide fundamentadamente de forma contrária a todos eles, como em alguns casos da jurisprudência pátria que será abordado adiante, a hermenêutica terá suas fronteiras ultrapassadas dando assim lugar ao Ativismo Judicial.

O artigo 140 do Código de Processo Civil não permite que o juiz se esquive de emitir um posicionamento a respeito do tema que lhe é trazido para análise, nesta senda, ainda que a lei apresente incompletudes, o juiz precisará proferir uma decisão. O Ativismo, portanto, torna o juiz protagonista, uma vez que o Legislativo ao não atuar sobre determinado assunto ou quando atua de forma imprecisa, deixa um vácuo, não cumpre com suas atribuições. Dessa forma, todo poder que não é exercido em sua completude abre espaço para que outro o exerça, já que as demandas processuais, necessitam do posicionamento judicial.

O Brasil é filiado à escola do *Civil Law*, originária do Direito Romano, que tem por característica principal a priorização do positivismo concretizado por um processo legislativo. A norma jurídica se torna em um comando geral que visa englobar o maior número possível de situações futuras. Seu principal direcionamento está em outorgar à lei como uma fonte imediata do ordenamento jurídico. Dessa forma, as demandas judiciais, em tese, devem ser resolvidas por meio do enquadramento do caso a norma constante da lei. Entretanto, será evidenciado no presente trabalho que esse tipo de filiação tem sido relativizada pelos mecanismos do sistema de Common Law.

A partir do momento, que o Supremo intervém de maneira manifesta em diversas áreas do Sistema Jurídico brasileiro, passa-se a gerar um desconforto aos que buscam a justiça para terem seus litígios

resolvidos, pois quando os princípios e o viés da estrita legalidade são deixados de lado em decisões importantes da Suprema Corte, perde-se notavelmente a segurança jurídica em diversos temas que alicerçam a República Federativa. O sentimento que se tem é o de emaranhado jurídico.

O sistema positivista adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro – Civil Law vem sendo superado através das práticas do ativismo judicial, por este direito pós-positivista denominado Common Law, em que, mesmo em casos nos quais se observa a existência de normas claras ou princípios já consagrados no diploma pátrio, o judiciário produz suas decisões baseando-se no empirismo, alterando através de suas interpretações aquilo que já foi disciplinado e/ou decidido anteriormente.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ATIVISMO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM A CORRUPÇÃO NO BRASIL

Neste tópico, será apresentado mediante casos práticos quais foram as principais decisões consideradas ativistas envolvendo política e corrupção no país.

Importante ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a obrigatoriedade de a situação constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral, somente assim, munida de tal requisito, além da presença dos demais requisitos de admissibilidade, tal questão poderia ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As peculiaridades do Instituto da Repercussão Geral exigem uma fluidez de informações sobre as matérias que virão a ser julgadas, além dos feitos que serão sobrestados e da coordenação das decisões para o alcance de uma efetividade plena e da uniformização jurisprudencial. O bom andamento dessa sistematização é essencial para a padronização das decisões no âmbito da Suprema Corte e nos demais órgãos Judiciais, garantindo a racionalidade dos ofícios e a segurança jurídica das decisões.

Para iniciar a análise dos casos práticos, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal ordenou uma drástica alteração na forma de contratação do serviço público nacional. Julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 12[4], colocando fim a prática de nepotismo no Poder Judiciário e acabou alcançando através da súmula Vinculante nº 13[5] os demais poderes, Legislativo e Executivo. Além de proibir a contratação, de cônjuges, companheiros e parentes, não aprovados em concursos públicos em cargos de livre nomeação, também proibiu a contratação cruzada, que ocorre quando um servidor contrata os parentes do outro.

Apesar de não possuir legislação contrária, a decisão também não possuía norma específica sobre o referido tema, portanto o posicionamento do Supremo foi visto como ativista. A decisão dos Ministros, por unanimidade, pautou-se nos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no artigo 37 da Constituição brasileira.

Neste exemplo, faz-se clara a omissão do poder legislativo e a obrigação do Judiciário em dar o seu veredito. Ao pautar-se em princípios, ainda que esteja exercendo de certa forma uma função atípica, trás para suas decisões uma segurança de que tal posicionamento não deverá ser alterado mediante novas provocações. A busca por segurança jurídica pautada em princípios seria a chave de um ativismo judicial bem-sucedido.

Um outro caso, onde aplicou-se de forma direta a Constituição frente a situações não expressamente contempladas em seu texto, mediante a falta de posicionamento do legislador ordinário esquivando-se

4 Ementa: ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução no 07, de 18.10.05, do conselho nacional de justiça. ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do poder judiciário".

5 Súmula vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

de seu papel principal na criação dos dispositivos legais, foi o julgamento dos casos de fidelidade partidária. O Supremo Tribunal Federal, invocando o princípio democrático, decidiu que a Vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político e não ao candidato propriamente eleito. Mediante tal decisão, criou-se uma nova hipótese de perda de mandato[6], somando as que se encontram previstas no texto constitucional de forma expressa.

Outra decisão importante foi a referente a ADPF 144 em 2010, tal ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros fundamentada no artigo 14, § 9º da Constituição Federal[7], que autoriza que lei complementar estabeleça casos de inelegibilidade de candidatos a cargos públicos.

Em diversos Estados a Justiça Eleitoral estava recusando registros de candidatos que haviam sidos condenados em processos administrativos e/ou criminais, não importando o trânsito em julgado desses processos. No entanto, tal entendimento não foi apoiado pelo Tribunal Superior Eleitoral, confrontando assim com a Associação dos Magistrados Brasileiros.

Ao chegar o recurso no Supremo Tribunal Federal, a Corte o julgou improcedente, fundamentando a decisão no argumento de que ao referido tema está previsto na Constituição à reserva de lei complementar, e que desrespeitaria a divisão dos poderes tais decisões judiciais frente à omissão de uma lei que determinasse quais seriam as hipóteses de inelegibilidade. Os ministros também entenderam que se o pedido

6 A edição da Resolução 22.610/2007 do TSE teve como base decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança (MSs) 26602, 26603 e 26604, ocasião em que foi decidido que o mandato de deputado pertence ao partido e que a desfiliação partidária, ressalvadas as exceções, implica a perda do mandato.

7 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

fosse acolhido estaria violando o princípio da presunção da inocência ao não se aguardar o trânsito em julgado do processo.

O tema gerou um embate nas academias jurídicas e um apelo forte por parte população, no sentido de não se permitir o registro de candidaturas de candidatos que estivessem sendo processados, sendo que grande parte dos envolvidos faziam parte dos escândalos de corrupção constantemente noticiados na mídia. Os julgadores, portanto, vinham se posicionando de maneiras diversas mediante uma ausência de Lei Complementar que regulasse o tema. Cada juiz acabava decidindo conforme o seu entendimento, e muitos, notadamente, levavam em conta a pressão popular e a necessidade da punição dos indiciados de maneira exemplar e célere. Caberia á Corte Suprema emitir um parecer uniformizando o entendimento e optou por não invadir a competência do Poder Legislativo.

Por último, no ano de 2016, na decisão proferida no Habeas Corpus 126.292, o princípio da presunção de inocência, sofreu alterações, gerando muitos debates nas academias do país. Isso ocorreu devido a alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal que desde 2009 considerava o réu culpado apenas após o trânsito em julgado. No entanto, após decisão do referido Habeas Corpus o réu passou a ser considerado culpado a partir da condenação em 2º instância, sendo possível a execução da pena provisoriamente. A partir de tal decisão os Tribunais passaram a determinar o cumprimento da pena após a decisão na segunda instância.

No entanto, o tema não se encontra pacificado, inclusive, durante análise do Habeas Corpus 142.173 o Ministro Gilmar Mendes afirmou que com o julgamento do HC 126.292/SP, "Não se legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que seja permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória."

Frente a tal posicionamento, outras decisões acabaram sendo proferidas no mesmo sentido gerando uma incerteza muito grande, ferindo assim, a Segurança Jurídica dos jurisdicionados.

Um julgamento nesta mesma esteira, que gerou uma grande expectativa na população, por se tratar especialmente de um caso de

corrupção e envolver um ex-presidente do País foi o julgamento dos Habeas Corpus 152.752. A maioria dos Ministros optou por seguir o relator em seus respectivos votos. Ficou decidido, portanto, a ausência de ilegalidade na decisão anterior e determinou o início do cumprimento da pena após a condenação do ex-presidente em segunda instância. A decisão, apesar de estar seguindo um precedente do mesmo tribunal foi vista com certa aversão por diversos juristas que entendiam que naquele momento poderia ser revisto tal entendimento, classificando tal situação como um exemplo de ativismo judicial na clara intenção de apaziguar os ânimos da população.

4 O PROBLEMA DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E DA PRESSÃO SOCIAL SOBRE OS MEMBROS DA SUPREMA CORTE

Para Luiz Fernando Barroso (2016, p. 292) o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, que seria uma atitude retraída do juiz frente a temas que julga lacunosos no ordenamento jurídico. Conforme ressaltado anteriormente, existe a previsão do Artigo 140 do Código de Processo Civil em que se afirma que o juiz não pode se eximir de decidir a respeito de uma determinada demanda ao alegar que há lacuna ou obscuridade na Lei.

Aos críticos do Ativismo Judicial, fica o questionamento: se o mesmo é tão prejudicial para a democracia e a separação dos poderes como se classificaria a autocontenção?

Pois uma decisão tida como ativista, frente a uma lacuna legislativa, é necessária, devendo, é claro, ser baseada em entendimento científico/doutrinário, princípios constitucionais e informações genuínas, não basta apenas preencher lacunas, é preciso preenchê-las com embasamento jurídico capaz de proporcionar a segurança jurídica que o tema em análise requer.

É importante ressaltar que os direitos e as garantias fundamentais não devem ser tratados como simples enunciados constitucionais, que não dispõe de qualquer força normativa, não se pode limitá-los a projetos que um dia poderão ser concretizados forçando uma dependência exclusiva do poder público, em especial o poder legislativo (SARLET, 2002).

No cenário político e social brasileiro, as grandes questões da atualidade estão sendo resolvidas apenas ao chegarem no Supremo Tribunal Federal. Isto acaba por prover o ativismo da Suprema Corte a cada vez que é deslocado para a mesma o papel decisivo frente a tais cenários principalmente na política brasileira (NASCIMENTO, 2010).

O Ministro Dias Tofolli atual presidente do Supremo Tribunal Federal ao ser questionado pelas duras críticas sofridas durante o período do julgamento dos Habeas Corpus polêmicos que envolvem o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva afirmou "Quem vem para o STF, quem se torna ministro do STF, está absolutamente... Todos aqui têm couro suficiente para aguentar qualquer tipo de crítica e de pressão" (SCHUQUEL, 2019).

Os ataques aos Ministros através das redes sociais foram intensificados de tal forma, que foi necessária abertura de um inquérito para apurar supostas Fake News, ofensas e ameaças. A abertura do inquérito em si foi considerada ativista e inconstitucional, pois não teve provocação de outro órgão além de que, para a relatoria também não foi realizado sorteio, sendo entregue diretamente ao Ministro Alexandre de Moraes.

Decisões como essa, são as grandes responsáveis pelas críticas dirigidas a Suprema Corte. A cobrança por justiça e pela resolução de conflitos de interesses é realizada por toda a sociedade, que ainda que muitas das vezes não detenham o conhecimento jurídico necessário, pressionam os julgadores baseados em sua própria ideia de justiça.

Apesar da importância para a democracia, a veemência da voz das ruas não deve afetar a Justiça. Ainda que existam inúmeros pontos favoráveis à popularização da justiça, a posição do judiciário deve manter-se técnica.

O Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Marco Aurélio Bellizze disse em 2012 em uma entrevista para o Anuário da Justiça, que o STF para ter suas decisões como legítimas, não precisam necessariamente estar de acordo com a opinião pública para ele "mais importante é o interesse público. A opinião pública tem sede de vingança social".

5 CONCLUSÃO

Os incontáveis casos de corrupção e a sensação de impunidade que se alastraram pelo país nos últimos cinco anos revoltaram de tal maneira a população, que os cidadãos passaram a apontar o poder judiciário como principal responsável por não punir de maneira célere e exemplar os responsáveis por inúmeros desvios e abusos noticiados diariamente na mídia.

Essa pressão de certa forma foi positiva no sentido das revoluções políticas e sociais que provocou inclusive uma mudança de mentalidade nos Cidadãos brasileiros. É importante salientar que apesar do entendimento de que o judiciário deve preocupar-se com o bem-estar social, o mesmo não deve ficar prisioneiro de tais anseios populares, pois o populismo é ruim em qualquer âmbito e em qualquer poder, mas pode destruir imediatamente um país quando se instala na mais alta Corte Judiciária do País.

Ainda que o anseio pelo extermínio da corrupção e da punição por seus responsáveis seja latente em todos os cidadãos de bem, as decisões judiciais devem se pautar na preservação dos direitos fundamentais, da jurisprudência pautada nas normas jurídicas, a vedação da decisão surpresa e acima de tudo presar pela segurança jurídica que é a base do Estado Democrático de Direito.

O principal aspecto negativo do ativismo judicial, é que ele evidencia as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo brasileiro. A sempre adiada reforma política seria essencial para estimular vocações e aproximar a sociedade da classe política. As decisões ativistas foram importantes para preenchimentos de lacunas, mas devem ser utilizadas como exceções. Não existe a possibilidade de democracia sem um Congresso atuante, coerente e dotado de credibilidade. A importância do Judiciário como intérprete maior das Leis e da Constituição não deve extinguir a do governo exercido pela maioria, da política e do importantíssimo papel do Poder Legislativo.

É inegável, que a interpretação das leis se modifica conforme o momento histórico, mas os Tribunais devem sopesar as repercussões das decisões, respeitar os princípios e o viés jurídico, econômico e so-

cial, além de que, precisam verificar se estão alinhados às técnicas jurídicas, requisitos estes, indispensáveis para manutenção da democracia alicerçada na separação de poderes.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo.** Revista de Direto do Estado. Salvador, v. 21, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCE imagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 07 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <> Acesso em: 09 Ago. 2019.

BRASIL. **Lei de introdução às normas do Direito brasileiro.** "Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela redação da Lei nº 12.376, de 2010". Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei /del4657 compilado .htm >. Acesso em: 01 Ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 01 Ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.194.

SCHUQUEL, Tayná. **Toffoli diz que STF tem "couro suficiente" para aguentar pressões.** Disponível em: < https://www.metropoles.com/brasil/justiça /toffoli-diz-que-stf-tem-couro-suficiente-para-aguentar-pressoes >2019, Metrópoles. Acesso em: 07 Out. 2019.

GABRIELE, Ana Cláudia. **A hermenêutica jurídica e sua aplicabilidade**. Jus Brasil, Disponível em: <https://acgabriele.jusbrasil.com.br/artigos/393181365/a-hermeneutica-juridica-e-sua-aplicabilidade> Acesso em: 01 Ago. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12921. Acesso em: 31 jul. 2019.

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. **Ativismo judicial e a efetividade das normas constitucionais.** Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/juliananascimento.pdf. > Acesso em: 12 Ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. (2002). **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view /2433/1659 >. Acesso em: 12 Ago. 2019.

TEDESCO, Aline Lazzaron. **Ativismo, hermenêutica e humanização da atividade judicial**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: < http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos /edicao058/Aline_Tedesco .html > Acesso em: 31 jul. 2019.

UM BREVE OLHAR SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Marcelo Pinto Chaves
Ana Cláudia Sant'anna
Adriana Vinha Nunes

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a pesquisa e a análise do acesso à Justiça, trazendo um novo olhar sobre o tema, o conceito no decorrer do tempo, com ênfase na sua evolução no país. Procurou-se apresentar, em enfoque especial para as situações contemporâneas, os principais obstáculos que impedem o efetivo acesso à Justiça, como o custo do processo, a questão do demandismo exagerado, com uma abordagem das ondas renovatórias propostas pelo pioneiro trabalho de Mauro Cappelleti e Bryant Garth, porém, trazendo os contornos atuais dentro do sistema processual brasileiro.

O Judiciário vem enfrentando crise, onde o próprio sendo de justiça está desacreditado pela sua exagerada morosidade, trazendo a sensação de impunidade e conduz à burla das leis, a violência, o descumprimento das obrigações e o demandismo desenfreado que faz aumentar a quantidade de litígios, produzindo uma maior lentidão em um círculo viciado, onde não se enxerga solução a curto prazo.

Serão objeto do presente ensaio, os obstáculos que impactam no acesso à justiça, com destaque para o momento atual, considerando os movimentos de reforma do Judiciário que vem sendo implementado.

2. ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA

A vida em sociedade cria inúmeras relações sociais e por vezes, jurídicas, que podem gerar conflitos de interesses. Sobre o tema, temos o trabalho inovador de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulado como "Projeto de Florença", coordenado em 1978 como a primeira pesquisa aprofundada que analisou as situações que envolvem o acesso à Justiça apresentando as denominadas "ondas renovatórias do acesso à Justiça".

Abordando tal pesquisa, os principais obstáculos e soluções resumidamente se definem como sendo a primeira onda renovatória sendo responsável por soluções referentes à assistência judiciária; a segunda, atinte à representação jurídica dos interesses coletivos e a terceira aprofundando os temas anteriores, conhecida como "enfoque de acesso à justiça".

A primeira onda renovatória se preocupou com a ampliação de acesso ao judiciário, por aqueles que economicamente desfavorecido, concedendo a assistência judiciária aos pobres, por meio de contorno das barreiras econômicas.

O aspecto econômico é visto por Cappelletti e Garth, como um grande opositor ao acesso à justiça, uma vez que a falta de recursos impede que o jurisdicionado chegue ao Judiciário ou até mantenha seu processo, frente aos recursos que são necessários para sua manutenção, em quase todas as esferas jurisdicionais.

Nas lições doutrinárias, a primeira onda teve seu início nos países ocidentais, direcionando-se para prestação de dos serviços jurídicos aos pobres, já que o alto valor dos honorários advocatícios, as dispendiosas custas processuais, bem como uma deficiência de informação sobre as normas jurídicas inviabiliza o acesso à justiça.

Um sistema processual cheio formalismo, a burocracia do trâmite forense e os valores cobrados pelo acesso a este serviço sempre foi uma barreira, que por deveras, afeta de uma forma mais contundente os indivíduos economicamente necessitados. O auxílio de um procurador é essencial para a instauração adequada da demanda. Segundo Cappelletti e Garth "na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez

mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa".

O escopo desse sistema é ofertar o mesmo tipo de representação com as habilidades jurídicas de um advogado particular, onde somente se desloca o endereçamento dos honorários para serem pagos pelo Estado. Porém, se observou que há falha neste sistema, pois, na obra citada, "Acesso à Justiça", há dificuldades para este modelo, já que como mesmo assentam os autores, "não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos". Acrescenta que o judicare vislumbra o carente como sujeito de direitos, indivíduo que é, mas não uma maior amplitude no rol de direitos garantidos, sendo muitas vezes restritos às causas de família ou criminal

O segundo sistema mencionado por Cappelleti é o "modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos, tendo sua origem no Programa de serviços Jurídicos do Office of Economic Oppotunity, de 1965 - a vanguarda de uma "guerra contra a pobreza", onde a luta é pelos necessitados vistos com o enfoque de classe.

Assim, escritórios localizados na comunidade ou vizinhança eram encarregados de fazer o serviço de assistência jurídica, para atender com enfoque nas demandas de classe, no esforço de deixar as pessoas mais conscientes de seus direitos, por meio de casos-teste, lobby e tentativas de reformas legislativas.

Porém, havia a desvantagem no atendimento individual ser preterido em relação aos casos-teste de maior repercussão, além de que poderia impedir que os indivíduos buscassem outras tentativas de solução de seus problemas. Da mesma forma, era incongruente que os escritórios de vizinhança serem financiados pelo governo ao mesmo tempo em que combatiam várias políticas estatais.

No Brasil, a primeira onda renovatória do acesso à justiça foi tratada com a entrada em vigor da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. A antiga Lei nº 1.060/50, estabelecia normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, trazendo até a figura do advogado dativo, que tem lugar onde não há o atendimento da Defensoria Pública.

Hoje, as garantias desta lei estão estampadas no novo Código de Processo Civil nos arts. 98 a 102. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º., LXXIV, determina que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", refletindo essa preocupação. Da mesma forma, o art. 134 da carta política reafirma a relevância da Defensoria Pública, com objetivo de prestar a assistência judicial gratuita aos necessitados.

A instituição trabalha em superar os obstáculos relacionados à efetividade e ao acesso da tutela jurisdicional, desde a implantação da Lei Complementar de nº. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Com base no artigo 4º da supracitada lei, tem-se que uma das funções da Defensoria Pública é de prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus (redação conferida pela Lei Complementar nº. 132, 2009).

A preocupação em garantir àqueles desprovidos de recursos financeiros a possibilidade de ajuizarem uma ação e litigarem em situação de igualdade deve ser vista a ponto de dar meios eficazes para proporcionar reais chances de êxito, numa paridade de armas para igualar os litigantes, suprindo as desigualdades econômicas, como uma universalização do acesso à justiça, ou a frase tão propagada, "Justiça para todos".

Modernamente vemos que com o agravamento das crises econômicas, estes serviços enfrentaram de início a falta de estrutura. Hoje, por serem mantidos pelos Estados e União, sofrem com a falta de destinação de recursos suficientes em seus orçamentos, para fazer frente a enorme procura pelos indivíduos.

Cada vez mais pessoas precisam da assistência jurídica prestada por estes órgãos, o que torna o escasso quadro de defensores e servidores insuficiente para prestar o auxílio adequado. De outra partida, temos que a facilitação de acesso com a prestação do auxílio dos advogados públicos e até mesmo desta assistência prestada por meio dos diversos escritórios modelos das universidades, provocou uma mudança de visão no acesso à justiça de ontem e o de hoje.

No passar do tempo, sendo experimentada a confiança nos órgãos de assistência jurídica e com a "descoberta" pela sociedade, de direitos que não eram devidamente tutelados, como o Direito do Consumidor, vimos surgir o que se chama de demandismo exagerado.

A facilitação do deferimento de gratuidade de justiça dentro dos processos, recurso utilizado por muitos advogados particulares para atender àquelas pessoas que não conseguem ser assistidas pelos órgãos públicos de assistência judiciária, pelas limitações físicas e orçamentárias, foi uma forma uma faca de dois gumes, já que muito se tem visto serem ajuizadas ações, por vezes temerárias, fomentando a famigerada indústria do dano moral.

Em uma visão contemporânea, o acesso à justiça deve ser prestado aos juridicamente pobres, mas hoje este é visto pela Escola Econômica do Direito, como um acesso por ações conscientes e não pedidos frívolos, sem embasamento em lesões reais, numa tentativa de sorte para buscar um resultado que possa trazer uma condenação financeira eventual.

Nestes casos, a facilidade de se ter um advogado que somente cobra por êxito e a isenção no pagamento das custas em eventual improcedência, tem estimulado estas ações aventureiras, pois não se tem um mecanismo de coibir tal atitude.

Da mesma forma, deve haver uma observação mais aprofundada pelos juízes, no exame dos pedidos de gratuidade de justiça, dos elementos que possam aferir a real miserabilidade jurídica frente àquele processo, minimizando este efeito devastador acima apontado.

A segunda onda renovatória enfrentou o a questão da representação dos interesses difusos, que são os coletivos ou de grupos. O Processo Civil tradicional sempre foi visto como uma relação entre duas partes, na busca de solução de interesses individuais. O sistema não estava estruturado para recebimento de demandas que envolvessem interesses difusos, que trouxessem para seara do Judiciário, processos envolvendo direitos de grupos ou da coletividade.

Decerto que era necessária a mudança para acolher a visão crescente da tutela dos interesses difusos, na medida que a preocupação com este tema passou a frequentar a sociedade, merecendo destaque o crescente movimento que lhe deu origem.

No trabalho de Mauro Cappelletti e Garth, temos a descrição do surgimento das ações que fomentaram a onda da proteção dos interesses coletivos, onde é posto que o principal método seria o da ação governamental, onde instituições como o Ministério Público e Agências Reguladoras seriam legitimados para proteção e defesa desses direitos. Porém, a pressão política e a falta de qualificação técnica específica em áreas além da jurídica, tornam este meio sem a eficiência desejada.

Pioneiramente os EUA efetuaram importante tentativa de remediar estes problemas com a criação do "advogado público", onde tal profissional tem a finalidade de representar os interesses em questão. Mas outras tentativas também foram verificadas, como na Suécia com a criação do Ombudsman do Consumidor, se espraiando para outros países, onde tal profissional tenta impedir práticas inadequadas de propaganda e atua em favor dos consumidores, como classe. A técnica do Procurador Geral Privado permite que indivíduos possam intentar determinadas ações em defesa dos interesses públicos.

No Brasil vimos este movimento com a criação da Ação Popular e da Ação Civil Pública, reguladas nas Leis 4.717/65 e 7.347/85, respectivamente, além do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que, conjuntamente, formaram o microssistema processual de tutela dos interesses de massa, podendo ser citados como instrumentos dessa fase do processo civil.

A defendida atuação coletiva se pauta pela legitimação extraordinária (um legitimado extraordinário atua em nome dos titulares do direito transindividual discutido), além de contar com a natureza jurídica da sentença proferida em tais ações, que podem se apresentar com efeitos erga omnes. Para tanto, foi necessária a criação de normas próprias de um processo de massa, de modo a operar uma verdadeira "insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico".

De acordo com Antônio Herman V. Benjamin, as normas do processo civil tradicional que não se adequariam ao processo de massa seriam aquelas ligadas ao: a) o princípio dispositivo, que "enseja ao autor a definição da lide, como desejar", ou, dito melhor, entregando "a sorte do processo, em certos aspectos, à vontade dos litigantes"; b) o princípio da demanda, significando que a invocação

da tutela jurisdicional é um direito de cunho individual, dependendo no resguardo dos interesses em conflito da própria e exclusiva iniciativa (livre) do sujeito--titular, vedada, salvo casos extremados, à atuação ex officio do juiz; c) o princípio da isonomia (paridade processual), segundo o qual, na fórmula constitucional clássica, as partes são consideradas iguais perante o Juiz, não podendo autor e réu terem tratamento desigual; d) a regra do nul ne plaide par procureur, pela qual a ninguém é lícito, normalmente, postular em seu próprio nome direito alheio, ressalvadas, a conta-gotas, algumas exceções de legitimação anômala; e, por último, e) o princípio da autoridade limitada da coisa julgada, determinando que a decisão judicial, como regra, só atinge as partes processualmente representadas, não afetando terceiros, estranhos ao processo.

Importante destaque que para incentivo a este tipo de demanda temos a regulação a respeito das despesas com o processo, em caso de improcedência, pois se no polo ativo só haverá condenação ao pagamento de honorários, custas e despesas processuais se for reconhecida a má-fé, nos termos do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, o que contorna os obstáculos econômicos do acesso à justiça e abre caminhos para a democracia participativa.

A terceira onda renovatória persegue a reorganização do Poder Judiciário, viabilizando novas formas de acesso à justiça. Denominada de "o enfoque do acesso à justiça", nos traz uma concepção mais ampla com escopo de instituir técnicas processuais mais eficazes para efetivação da tutela jurisdicional plena.

Na definição do Prof. Fabrício Bastos, na obra Processo Coletivo, a terceira onda "propunha um novo enfoque sobre acesso à justiça a partir de três dimensões: a primeira abrange as ondas anteriores; a segunda, propõe um amplo e moderno programa de reforma nos sistemas processuais a partir de três diretrizes: a) criação/ampliação de equivalentes jurisdicionais/substitutivos jurisdicionais; b) ampliação das tutelas jurisdicionais diferenciadas; c) reformas pontuais para tornar o sistema processual mais eficiente. A terceira dimensão decorre da necessária releitura do acesso à justiça com um maior enfoque na adoção do sistema multiportas, desjudicialização, modelo comparticipativo de

processo e a necessidade da construção da ação mais adequada para o caso concreto.

Esta terceira grande onda, a qual ainda estamos desenvolvendo, é marcada pela INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, já tão estudada por Cândido Rangel Dinamarco (obra citada), quando define: "Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial". A busca de uma maior efetividade com o aperfeiçoamento do serviço público de distribuição da jurisdição se alinha com o artigo 37, caput, da Constituição Federal.

O poder público deve criar mecanismos que tornem o processo célere e eficaz, sem se afastar da segurança jurídica. Porém, a busca de uma maior inclusão de acesso à justiça é vista não só de forma quantitativa, mas também por um prisma qualitativo, para que se tenha uma decisão JUSTA, EM TEMPO ADEQUADO A CADA DEMANDA E EFETIVA, pois não basta garantir o acesso ao judiciário, sem a qualidade de uma decisão que se reconheça como capaz de traduzir ao jurisdicionado a sensação de aplicação da melhor solução ao caso posto em exame. O que se pode constatar é que o aperfeiçoamento do Poder Judiciário tem sido perseguido por vários segmentos da área jurídica.

Podem ser citados como exemplo dessa terceira onda, a busca pela duração razoável do processo, o aperfeiçoamento das leis processuais, o que se viu como grande agente, a entrada em vigor do novo CPC, a reforma do Judiciário, os meios alternativos composição dos litígios e a instituição de juizados especiais.

Na visão desta terceira onda renovatória, a figura dos Juizados Especiais foi criada inicialmente pela Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984 e, mais recentemente, por meio das Leis 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001, não apenas para desafogar o judiciário, mas também para abrir portas para o acesso à justiça nos casos de menor complexidade, onde pessoas sem condições de serem representadas por advogados particulares, podem ter acesso diretamente, se a causa versar até 20 (vinte) salários, consoante ao artigo 98 do Texto Constitucional de 1988.

Esta lei retrata os princípios dos juizados, sendo eles: a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade", deixando os processos mais acessíveis a todos. O acesso à justiça se torna mais difícil para as classes menos favorecidas que esbarram em um Poder Judiciário burocrático, onde o conhecimento sobre seu funcionamento e normas está distante da maioria. Desta forma, é necessário buscar novas formas de acesso aos mecanismos jurídicos de modo a constituir progressos perseguidos nesta terceira onda como preconizam Mauro Cappelletti e Bryan Garth, onde a reforma deve incluir a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, bem como todos os demais operadores do Direito.

Neste caminho de reforma processual, também deve ser dar atenção aos meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação, mediação e arbitragem extrajudicial, que são utilizados para mediar a lide de forma célere.

Encontramos o procedimento da arbitragem prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que consiste numa técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, e que decidirão com base nesta convenção, tendo a decisão eficácia de sentença judicial. Já a conciliação é um outro meio alternativo de solução de conflitos que dá maior flexibilidade e oportunidade das partes fazerem a autocomposição, com uso de técnicas psicológicas através de um mediador.

O incentivo econômico proposto por exemplo, no art. 90, § 3º do CPC, para que a solução pela transação ocorra antes da sentença, também tem sido um expediente para que a tramitação do processo, se não puder ser evitado, seja pelo menos, abreviado.

Mas a terceira onda renovatória do acesso à justiça, por sua vez, é ampla e tem proposto uma nova leitura do papel do magistrado na condução do processo, com o objetivo de incentivar a sua proatividade para contornar os obstáculos burocráticos e formalidades que impeçam sua prestação jurisdicional efetiva, onde estes condutores possam abandonar a tradicional postura de mero receptor de manifestações, para serem criativos e inovadores na condução da marcha processual.

Recentemente, como reflexo da terceira onda, vemos a preocupação crescente com a reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n° 45, de dezembro de 2004, que se voltou para o aumento da transparência e da eficiência bem como à realização do princípio da segurança jurídica. Isso importa dizer que se houver e retomada da segurança na instituição da Justiça, hoje já tão abalada, será mais um incentivo ao acesso à justiça.

O trabalho de Mauro Cappelletti já chamava atenção para a especialização de instituições e procedimentos judiciais que ocorreu de início com os já mencionados Juizados Especiais, que ao longo do tempo, foram sendo criados para os diversos temas, primeiramente com o de pequenas causas, até os de violência doméstica, infância e juventude e idosos.

Porém, a especialização é benéfica a ponto de não só termos os mencionados Juizados, mas procuramos fazê-la no âmbito de varas especializadas por matérias, onde se poderá buscar uma expertise de juízes e atuadores do Direito, em assuntos onde se requeira um aprofundamento em conhecimentos específicos, como as Varas Empresariais, Execuções Fiscais, vindo até mesmo alguns Tribunais do país optarem pela especialização dos órgãos julgadores em 2º grau.

Da mesma forma, os serviços auxiliares criados em alguns Tribunais contribuem para o acesso pleno à justiça, pois este são da mesma forma, importantes para o desenvolvimento do processo. Temos como alguns exemplos, no Tribunal de Justiça do RJ, o setor denominado DIPEJ (Divisão de Perícias Judiciais), o Cadastro de Administradores Judiciais, bem como núcleo para realização de exames de DNA do Programa de DNA vinculado à Coordenadoria Geral de Programas Institucionais da Defensoria Pública do RJ.

Como mais uma contribuição para esta onda está o grande movimento de uniformização das decisões judiciais. Nada mais é de injusto e que traz insegurança para quem pretende acesso ao sistema de justiça, do que a pulverização de entendimentos sobre a mesma questão, pelos diversos juízos do país. A segurança jurídica é uma das principais conquistas a ser perseguida pela reforma processual, proporcionando a estabilidade das decisões e que sejam mais justas e igualitárias.

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 926, impõe aos Tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência. Da mesma forma, determinou a observância, por juízes e Tribunais, de decisões, enunciados e orientações dispostos no art. 927.

Os precedentes vinculativos racionalizam as demandas, principalmente as de massa, em causas repetidas que assolam os tribunais pelo grande número de causas com situações idênticas, abrindo assim as portas do Judiciário para uma maior quantidade de indivíduos. Neste contexto, o trabalho proposto por Kim Economides, pesquisador e professor do Departamento de Direito da Universidade de Exeter na Inglaterra e que trabalhou com o professor Mauro Cappelletti, principal mestre de direito comparado da Itália, no famoso Projeto de Acesso à Justiça de Florença, já inaugura uma quarta onda de acesso à justiça.

Este estudo denominado "Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? denominado quarta onda, foi além das ondas anteriores, para inserir não só os cidadãos, mas também os operadores do Direito, que devem buscar uma melhor preparação para o trabalho, com nova visão sobre o exercício do Direito, para enfrentamento das questões atuais.

Esta quarta onda renovatória visa trazer mostrar aos estudantes e profissionais do Direito a problemática existentes no meio social, com uma visão global e das necessidades cotidianas onde é necessário se pensar de maneira inovadora para fornecer soluções jurídicos eficazes a resolver não só os litígios mas as relações humanas que estão por trás de cada um.

Economides afirma que o problema talvez não esteja somente no acesso dos cidadãos à justiça, e sim naqueles que o pleiteiam. Logo, esta nova perspectiva analítica considera que a essência do problema não se limita apenas ao acesso dos cidadãos à justiça, mas, inclui também o acesso dos próprios advogados. Diante deste pressuposto, a presença dos operadores do direito é de indiscutível relevância (ECONOMIDES, 1999, p.62).

Pelo autor, a quarta onda, traduzida como a formação jurídica-acadêmica, "expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a res-

ponsabilidade profissional como para o ensino jurídico" (ECONOMIDES, 1999, p. 71). As discussões acerca do tema envolvem a responsabilização das instituições profissionais e das faculdades de Direito na redefinição de padrões de formação, tendo como fim equipar os futuros juristas para a compreensão das necessidades do público, "não apenas inculcando conhecimento, em termos do ensino do método e do ofício legal, mas comunicando algo do valor e do potencial da lei em termos de seu poder de transformar as relações sociais e melhorar a condição humana" (ECONOMIDES, 1999, p. 71)14. Por fim, cumpre asseverar que ainda há obstáculos a serem vencidos neste caminho.

3. PRINCIPAIS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA ATUALMENTE

Existem diversas dificuldades relacionadas com o efetivo acesso à justiça, sendo que as mais relevantes são o custo alto para tramitação pelo valor das custas e despesas, a longa duração do processo; a falta de informação das pessoas acerca do direito que lhe cabe e a descrença na própria justiça.

O maior obstáculo de acesso à justiça numa ótica atual, consiste no alto custo financeiro do processo. Aqueles que podem pagar pelos advogados particulares tem como barreira deste acesso o valor cobrado pelas custas processuais e as diversas despesas com o processo, ante o elevado custo deste serviço. Como modelo de estudo foi analisada a tabela de custas do Tribunal de Justiça do RJ, onde pode ser extrair como exemplo para ajuizamento de uma ação declaratória de débito cumulada com indenizatória, onde se persiga um valor pelo dano moral de R$ 10.000,00, muito frequente em dias atuais.[8]

8 Cálculos feitos pelo modelo de custas do site do Tribunal de Justiça do RJ (www.tjrj.jus.br).

1102-3	Atos dos Escrivães	R$602,02	A Recolher
2001-6	CAARJ / IAB	R$60,20	A Recolher
1669-0012095-2	Atos dos Distribuidores	R$111,00	A Recolher
2705-2	Distribuidores (Aviso TJ Nº 22/2013)	R$2,22	A Recolher
6246-0088009-4	FETJ	R$22,20	A Recolher
2101-4	Taxa Judiciária	R$283,29	A Recolher
6898-0000208-9	FUNPERJ	R$35,65	A Recolher
6898-0000215-1	FUNDPERJ	R$35,65	A Recolher
2212-9	Diversos	R$83,94	A Recolher
6246-0088011-6	Mediação/Conciliação	R$37,82	A Recolher
	VALOR DEVIDO	R$1.273,99	

Analisando os valores acima expostos, resta claro o dispêndio para o ajuizamento inicial, somando-se a esta cifra, as demais despesas para todo o resto de tramitação do processo.

Nos demais Tribunais do país, o valor das custas assume contornos díspares, o que torna a questão ainda mais tormentosa para as partes e profissionais do Direito, mas todos não são de baixo valor, o que reflete diretamente no acesso à justiça. Tanto é assim, que em 9 de maio de 2019 o CNJ baixou a Portaria nº 71, instituindo Grupo de Trabalho para diagnosticar, avaliar e propor ao Conselho Nacional de Justiça políticas judiciárias e propostas de melhoria aos regimes de custas, taxas e despesas judiciais. As tarefas do grupo serão promover debates sobre as legislações de regência, fazer diagnósticos sobre a temática de acesso à justiça e sua relação com as custas judiciais e elaborar estudos com indicação de possibilidades de melhorias do sistema de acesso à justiça relacionadas a procedimentos de cobrança das custas, taxas e despesas judiciais. Desta forma, vemos a importância deste ponto no tema em debate, o que pode ser claramente posicionado como importante obstáculo até o momento.

O acesso à justiça no mundo contemporâneo passou nos tempos de ontem pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas hoje perseguimos este acesso através de ações conscientes, onde se busca ter em juízo somente aquela causa que não conseguir ser solucionada por outras formas, ou até, que tenha sido proposta como uma atitude fruto de "aventuras jurídicas" perpetradas por operadores do direito.

Tudo na busca de uma diminuição do quantitativo de feitos em trâmite, que por sua vez, impactam na duração razoável do processo, já que não se pode distribuir em tempo razoável, uma justiça assoberbada de processos, onde os recursos humanos e físicos são sempre escassos par fazer frente ao acervo. Assim, a duração razoável do processo é um dos corolários do acesso racional à justiça pois onde se tem duração razoável se tem justiça acessível.

A dificuldade de assistência nos serviços judiciários gratuitos já foi mencionada anteriormente, mas merece uma maior digressão pois o atendimento nas Defensorias Públicas e demais serviços de assistência judiciária criados nas faculdades de Direito pelos escritórios modelos, apesar de ser um grande avanço, como visto na primeira onda renovatória, está longe de ser efetivo e integral.

A crescente massa de informação e direitos conquistados nos últimos tempos fez crescer o número de pessoas que buscam este tipo de assistência. Além do mais, as crises financeiras que assolam nosso país, tornam cada vez mais difícil a contratação de profissional particular, fazendo com que estes órgãos de atuação fiquem assoberbados. De outra partida, a falta de destinação de recursos para aparelhar e manter as Defensorias e demais órgãos de assistência aos necessitados, traduz que tal obstáculo ainda se faz presente. Podemos citar que em âmbito federal, a Defensoria Pública da União, tão somente foi organizada a partir de 1994 pela Lei Complementar 80/1994.

Como é cediço, a linguagem é a forma de manifestação para formalização dos atos jurídicos e os termos jurídicos são uma barreira para os leigos, que precisam "traduzir" as expressões usadas pela justiça. No mundo jurídico é comum o uso de expressões em latim, bem como um vocabulário com linguagem mais densa e rebuscada, formando o que se apelidou de "juridiquês", que é definido por doutrinadores, como Arrudão (2007), como o uso de um português arrevesado, palavrório cheio de raciocínio labiríntico e expressões pedantes, ou seja, que se expressa exibindo conhecimento que realmente não possui a necessidade de tornar a linguagem jurídica.

Por tal comunicação dificultar a acessibilidade, há movimento crescente no meio jurídico para simplificação da linguagem jurídica,

onde deve haver um equilíbrio entre simplicidade e precisão. Assim, termos técnicos devem ser mantidos, pois representam o saber específico da ciência jurídica, mas as expressões rebuscadas e o uso escorreito da linguagem deve ser perseguido em todos os termos e peças para que o processo se torne mais rápido e compreensível.

Registrado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro como um dos princípios que informam o acesso à justiça, operosidade significa que "as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça".

Portanto, a dimensão da atuação ética das partes, juízes, advogados e auxiliares deve pautar todas as manifestações. Não é por outro motivo que o subprincípio da colaboração ou cooperação foi inserto no novo Código de Processo Civil.

Nos tempos atuais muito se tem buscado, com auxílio do CNJ, a informatização dos Tribunais para que informações sejam prestadas aos cidadãos a fim de conscientizá-los de seus direitos e de uma melhor distribuição da atividade jurisdicional. Diversos projetos foram implementados neste sentido, como a adoção do PJe (processo judicial eletrônico) entre outros.

4. CONCLUSÃO

Na visão deste trabalho fica claro que o progresso da sociedade está intimamente ligado ao acesso à justiça que cada povo tem viabilizado para seus cidadãos. Ocorre que o acesso à justiça não está apenas em uma forma de acessar o Judiciário e suas instituições, mas se os direitos fundamentais previstos estão sendo efetivados. Vivemos um período onde o tempo é dinheiro e em tudo se busca celeridade. A função jurisdicional vai muito além da atuação dos juízes. Começa bem antes, na formação das leis e normas. O descrédito nas instituições e na Justiça traz impactos econômicos nocivos e prejudiciais ao desenvolvimento do país pois impede que novos investidores nacionais e estrangeiros venham para somar forças e capital.

Não se ter uma facilitação de acesso e quando este se dá, ter um emperramento da máquina judicial, onde a morosidade corrói a efetiva solução da lide, traduz que devemos buscar antes do uso da via judicial, outras formas de solução dos conflitos jurídicos. Da mesma forma, a distribuição de uma justiça banal, sem qualidade nas decisões que são proferidas ressalta no meio social a sensação de injustiça e impunidade, propiciando que se abra brecha para comportamentos ilícitos. Por isso, cada parte que compõe a engrenagem judiciária deve estar ciente das suas obrigações e responsabilidades, a fim de se ter uma efetiva atuação do Poder Judiciário na materialização dos direitos.

Um dos maiores impactantes no tema é o tempo de tramitação dos processos, onde deve haver ponderação entre o respeito ao devido processo legal e o tempo razoável de duração do processo, para que a prestação jurisdicional seja adequada a cada situação trazida. O acesso à justiça é tema de grande repercussão no mundo jurídico, pois quando não se busca facilitá-lo, estamos nos distanciado dos preceitos atinentes a verdadeira concepção de um Estado Democrático de Direito. Vimos as ondas renovatórias como movimento de trabalho pelo acesso da forma mais ampla, porém as projeções estão inacabadas, onde novas ondas surgirão para complementação das anteriores. Torna-se claro que a intenção dos movimentos de acesso à justiça é trazer o aparato processual para ser acessível a todos, atendendo aos preceitos constitucionais da República Federativa do Brasil.

Todavia, o que se verifica é que para se implementar de forma ampla o acesso à Justiça, temos que identificar e superar os obstáculos antigos e novos, com visão sistêmica, uma vez que tal está relacionado com o exercício da cidadania. Neste contexto de argumentações, todos aqueles que participam de alguma forma da distribuição da Justiça tem que estar consciente de seu papel neste cenário atual, onde a prestação jurisdicional não pode ser tratada por padrões distanciados dos valores atuais perseguidos como a efetividade, celeridade, eficiência e ética.

Por fim, como alerta final, ficam as notas já lançadas por Cappelletti e Garth, sobre o perigo da adoção dos procedimentos de modernização abandonarem as garantias fundamentais, subvertendo os fundamentos de um procedimento justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. NOVO CONTENCIOSO CÍVEL NO CPC 2015. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Volume único. 4ª ed. – São Paulo – Saraiva Educação – 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – 4ª Ed. Ver e atual – São Paulo – Atlas – 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. ACESSO À JUSTIÇA. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1998.

CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. ACESSO À JUSTIÇA: JUIZAODS ESPECIAIS CÍVEIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UMA NOVA SISTEMATIZAÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

_____. ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL EM HOMENAGEM A PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, 1ª Ed, Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. Editora Malheiros. 15ª edição. 2013.

ECONOMIDES, Kim. LENDO AS ONDAS DO "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia *versus* metodologia? Disponível em: <://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>.

MARINONI, Luiz Guilherme. TEORIA GERAL DO PROCESSO. Editora Revista dos Tribunais, *vol. 1, 2006*.

RODRIGUES. Horácio Wanderlei. ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO. São Paulo. Editora Acadêmica. 1994.

TESHEINER, José Maria Rosa / THAMAY, Rennan Faria Kruger. TEORIA GERAL DO PROCESSO: EM CONFORMIDADE COM O NOVO CPC. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INSTITUTO MAL COMPREENDIDO

Marcelo Pereira de Almeida
Marcelo Pinto Chaves
Maurício Gomes Magno

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é de não só apresentar algumas notas sobre os embargos de declaração, suas hipóteses de cabimento e prazo para oposição, como também e, principalmente, provocar o leitor acerca do debate em relação à extensão de aplicabilidade do aludido instituto, notadamente diante da nova sistemática processual introduzida pelo código de processo civil de 2015.

Nossa Magna Carta completou recentemente 30 anos de existência, sendo a terceira mais longeva de nossa história (a Constituição Política do Império do Brasil vigeu por 65 anos, e a primeira Constituição da República do Brasil vigorou até 1930), inaugurando nova ordem política e jurídica, representada na expressão Estado Democrático de Direito, como realização de valores, direitos e garantias, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República se encontra no topo do ordenamento jurídico não por uma questão de hierarquia, mas sim de valor (axiológica), irradiando regras a princípios a todo o ordenamento pátrio, realizando verdadeira constitucionalização do direito infraconstitucional.

O Código de Processo Civil 2015 é o primeiro diploma processual brasileiro promulgado em período democrático, uma vez que os

anteriores vieram à *lume* em regimes de exceção (1939 e 1973). De tal sorte que os institutos constantes do *novel* processual devem ser interpretados dentro dessa nova sistemática.

Há notícias de que os embargos de declaração vêm desde as ordenações Filipinas. Contudo, não retroagiremos a priscas eras por duas razões: (i) não cairmos na pretensão de que as normas e valores do presente já existem em embrião no passado distante, sem que se realize pesquisa aprofundada acerca da história do tempo, ou seja, dar ao passado versão atual; e (ii) a percepção de que o significado das palavras se altera ao longo da histór. Assim, o trabalho terá como ponto de partida o ab-rogado código de processo civil até os dias de hoje.

O tema escolhido para o presente artigo traduz não só a inquietação dos articulistas como também a da doutrina e dos operadores diuturnos do Direito, notadamente quanto a sua extensão e abrangência. Nesse diapasão, o debate acerca do instituto não pode se resumir a temas em que pouco ou nada acrescentam à sua melhor interpretação, mas sim desafiar-nos a uma discussão acerca de pontos de divergência. Seria possível a utilização dos embargos de declaração para sanar erro de julgamento? Os embargos de declaração são oponíveis contra pronunciamento judicial sem conteúdo decisório?

Convidamos o leitor a refletir conosco acerca do assunto, sem a pretensão de que se filie as nossas ideias ou mesmo de esgotarmos o tema. O objetivo das ideias que aqui trazemos é a de favorecer o aprofundamento dos estudos e instigar os debates.

2. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO "BUZAID"

A redação originária do código de Buzaid previa que o prazo para a oposição dos embargos de declaração sofria de uma dicotomia injustificada uma vez que quando manejados contra decisão de primeiro grau seria de 48 horas ao passo que se opostos contra acórdão o prazo seria de 05 (cinco) dias. Acrescente-se que na aludida época, os embargos de declaração tinham o condão de suspender o lapso temporal para interposição de outro recurso, tendo perdurado até o advento da Lei 8.950/94.

Como sabido, a suspensão do prazo diverge da interrupção, uma vez que no primeiro caso o prazo para a prática do ato será devolvido ao interessado pelo quanto faltava para seu término e quando há interrupção, o prazo é computado por inteiro.

Cabe dizer que com o advento da Lei 8.950/94, que modificou de forma substancial o instituto dos embargos de declaração, o prazo foi unificado para ambas as hipóteses, ou seja cinco dias para sua oposição, salientando-se, ainda, que uma vez opostos o mesmo tinha o condão de interromper e não mais suspender o prazo para interposição de outro recurso.

A referida lei cuidou criou recurso e modificou vários artigos do diploma processual de 1973, que tratavam sobre a matéria, tendo dado nova redação as normas que versavam sobre os embargos de declaração imprimindo maior cientificidade. Unificando o prazo de oposição quer fosse manejado contra decisão de primeiro ou segundo grau de jurisdição, até porque essa dicotomia de prazo não se justificava, como também previu a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos.

De sorte que, as normas que tiveram sua redação modificada foram os artigos, abaixo citado, já com a nova redação que lhes foi dada pela Lei 8.950/94.

> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:
>
> I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
>
> II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.
>
> Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso, não estando sujeitos a preparo.
>
> Art. 537. O juiz julgará os embargos em cinco dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto.

> Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.
>
> Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Como se percebe, a referida norma corrigiu um equívoco injustificável existente na versão originária do Código ab-rogado que era a diferença de prazo para seu manejo. Urge consignar que a diferença de prazo para sua oposição encontrava sérias críticas na doutrina da época.

Outro benefício trazido pela Lei 8.950/94 foi a previsão da interrupção do prazo para interposição de outros recursos ao invés da suspenção da contagem do prazo, acabando com o tormento dos advogados no cálculo na contagem da devolução dos dias faltantes para interposição de outro recurso porventura cabível.

3. A IRRADIAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO

A Constituição de 1988, promulgada em 05 de outubro, inaugurou a redemocratização do país, com uma nova ordem política e jurídica, representada na expressão Estado Democrático de Direito - também chamado de Estado de Direito Constitucional - na qual o modelo de Estado Social de Direito supera o de Estado Liberal.

Este novo modelo de Estado, fundado na dignidade da pessoa humana, dirige a forma de governo ao cumprimento dos objetivos expostos na Constituição em prol da redução das desigualdades e do bem comum.

O norte de garantia de bem-estar e desenvolvimento do indivíduo é traduzido em um modelo de Estado que consolida os direitos fundamentais de primeira (liberdades negativas), segunda (liberdades positi-

vas), terceira (direitos difusos e coletivos), quarta (direito à participação nas decisões políticas ou respeito às diferenças), quinta (direito à paz), sexta (direito de buscar a felicidade) e sétima (direito à probidade e à boa administração pública) dimensões (OLIVEIRA).

Neste cenário sobressai um modelo constitucional de processo – trata-se de um sistema de limitação de poder, imposto pelo próprio Estado de Direito para a preservação de seus valores democráticos e que, como todo sistema, possui um conjunto de elementos que se inter-relacionam, de maneira explicita ou implícita.

O Direito Processual Constitucional, em linhas gerais, diz respeito às regras processuais expressas na Constituição da República e que norteiam a instrumentalização do Direito Processual. Ou seja, são as regras impostas pela Constituição da República quanto ao manejo do Direito Processual, com vistas à obtenção de determinado objetivo concreto, tendo por instrumento o processo.

Desta forma, o processo se apresenta como uma eficaz forma de realizar o direito, sendo, portanto, imprescindível que se realize uma nova leitura do princípio do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional.

Da Exposição de Motivos do CPC/2015 constam explicitamente cinco objetivos que orientaram o trabalho da Comissão de Juristas: "***1)*** *estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;* ***2)*** *criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;* ***3)*** *simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;* ***4)*** *dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,* ***5)*** *finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão."* (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, Senado Federal, 2010).

É oportuno salientar que no caminho até ser sancionada, a Lei nº 13.105/2015, que teve início com o Projeto de Lei do Senado de nº 166/2010 (PLS n. 166/10), tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010 (PL n. 8046/10), e contou com cinco anos de audiências públicas, o que permitiu fórum de discussões em modelo reconhecidamente inovador, plural e democrático.

Saliente-se que o código de processo civil de 2015 proclama em seu artigo 1º que "*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*".

Acrescente-se que os primeiros artigos do código de processo civil de 2015 pontuam normas fundamentais que se irradiam do texto constitucional, embora tal elenco não seja exaustivo (FPPC, enunciado 369).

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p.53) explicita a opção política do direito brasileiro, que realiza previsão expressa de uma série de princípios do processo, ainda que, no caso concreto, tenham incidência conjunta. Trata-se de garantia para que o intérprete ou aplicador não reduza a amplitude, sob pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade.

Assim, os institutos processuais estão permeados pelos princípios, razão pela qual entendemos que os embargos de declaração merecem (re) leitura dentro da sistemática introduzida pelo *novel* processual.

4. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Realizada breve incursão dos embargos de declaração no CPC de 1973, bem como nos princípios norteadores da nova sistemática processual, passaremos a análise do referido instituto no âmbito do atual código. Os embargos de declaração no CPC de 2015 tem previsão legal nos artigos 1.022 a 1.026, do vigente Código.

Como é cediço, os Embargos de Declaração são cabíveis quando ocorrer obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão. Ocorre que com a edição do novo diploma processual foram criadas outras hipóteses de cabimento do aludido recurso como é o caso de decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento em casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Em apertada análise, cabe embargos de declaração, quando a decisão afrontar a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, devendo o magistrado especificar quais as razões que o levaram a decidir de forma diversa, e mais porque não é aplicável o precedente invocado.

Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 216, pag. 216, nos diz que os em-

bargos de declaração também têm a obrigatoriedade de dialogar com a decisão embargada. De sorte que, o juiz ou mesmo o tribunal quando for afastar seu precedente deve expressamente se manifestar a respeito, em observância, inclusive do que está estabelecido no art. 926, do CPC.

Assim, se o tribunal ao julgar determinado caso sem dialogar com o precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, seja para aplicá-lo ao caso, seja para realizar a distinção, não terá cumprido o dever de auto referência. Há, então, uma omissão a ser suprida por embargos de declaração.

4.1 Hipóteses de cabimento e principais inovações

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 1.022, do atual Código e não divergem muito do ab-rogado diploma de ritos, tendo por "inovação" o inciso III do referido artigo que trouxe a figura do erro material como uma das causas para sua oposição. As aspas foram colocadas de forma provocativa, pois cabe indagar se o erro material de fato constitui ou não numa inovação? A resposta a toda evidência se faz negativa, uma vez que o erro material sempre pode ser alegado sem nenhum requisito formal por qualquer das partes, podendo, inclusive, ser corrigido de ofício pelo magistrado, sendo forçoso reconhecer que se trata de pseudo inovação do atual sistema.

Inovação digna de nota é a constante no parágrafo único, incisos I e II, esclarecendo que a decisão também será tida como omissa quando não se manifestar sobre tese firmada em casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento. O inciso II, nos diz que também considerar-se-á omissa a decisão não fundamentada, citando por exemplo, as condutas previstas no art. 489, §1º.do CPC.

O atual código rompendo com o silêncio legislativo previu de forma expressa a possibilidade de aplicação dos chamados efeitos modificativos ou infringentes determinando que caso haja a possibilidade de ocorrência de dito fenômeno o embargado deve ser intimado para apresentação de contrarrazões. Isto está estipulado no art. 1023, § 2º.do CPC, mas para que isso ocorra necessário se faz que ao suprir

uma omissão ou contradição, o juiz ou o tribunal tenha que adotar medida diversa da anteriormente tomada.

A guisa se exemplo podemos citar o seguinte caso: imaginemos que o juiz ao prolatar a sentença tenha se omitido com relação ao pleito de decretação da decadência e ao final julgou procedente o pleito aduzido na inicial. O réu em sede de declaratórios alega a omissão quanto a este capítulo e o juiz ao aprecia-lo verifica que de fato ocorreu a decadência. Neste caso, estará autorizado a aplicar efeitos modificativos ou infringentes e, via de consequência alterar o julgado, mas sempre oportunizando o contraditório.

Rompendo com o silencio quanto a aplicação de fungibilidade recursal que existia no código de 73 o diploma processual vigente prevê de forma expressa sua possibilidade no artigo 1.024, § 3º quando diz que o órgão julgador poderá conhecer dos declaratórios como agravo interno se entender que este é o recurso cabível. Neste caso, determinará a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, a fim de amoldá-las às exigências previstas no art. 1021, §1º. Esta fungibilidade também se vê no caso de recurso especial prevista no art. 1032 do CPC.

Interessante também o é a norma inserta no parágrafo 4º do mesmo artigo que prevê caso haja modificação na decisão embargada a possibilidade de o embargado aditar as razões do recurso porventura interposto nos limites da modificação ocorrida, podendo fazê-lo no prazo de quinze dias. Estas a nosso sentir constituem as alterações em relação ao código passado que merecem ser destacadas.

Como sabemos existia quando da vigência do Código de Buzaid a jurisprudência defensiva do colendo Superior Tribunal de Justiça que após foi adotada pelos Tribunais de Justiça do país no sentido de reputar intempestivo o recurso interposto antes da publicação. De sorte que, era comum os advogados reiterarem as razões recursais quando havia oposição de declaratórios e a parte contrária já tinha interposto seu apelo.

O atual diploma processual vedou de forma expressa a prática da chamada jurisprudência defensiva ao inserir o artigo 218, §4º, ao dispor que será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Assim, visando dar efetividade a este dispositivo legal previu a possibilidade de aditamento das razões recursais quando provido os embargos de declaração.

4.2 Requisito para prequestionamento junto às cortes superiores

Como sabido os recursos excepcionais, isto é, o recurso especial e o extraordinário, para serem admitidos no tribunal de origem, além dos requisitos genéricos de admissibilidade, possuem outros próprios, tal qual a exigência de que a questão impugnada tenha sido previamente questionada.

Caso isto não tenha ocorrido admite-se a oposição de embargos de declaração visando suprir esta necessidade, o que se convencionou chamar embargos de declaração préquestionadores, sendo certo que quando opostos para suprir omissão impeditiva da configuração de um prequestionamento, esses embargos não poderão ser tidos como protelatórios consoante entendimento consolidado no verbete sumular número 98 do Colendo Superior Tribunal de Justiça em que "*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório*".

In casu nem poderia ser de outro modo, uma vez que para que os recursos excepcionais sejam admitidos no tribunal de origem mister se faz que a decisão guerreada tenha sido enfrentada, sob pena de inadmissibilidade recursal. Assim, necessário se faz a oposição de declaratórios para obrigar o tribunal enfrentar a questão objeto do recurso. Seria até um contrassenso impor multa ao embargante ao argumento de que os embargos neste caso seriam protelatórios, deixando o recorrente sem nenhuma opção para suprir o requisito de admissibilidade.

Pensamos que nesta hipótese estaria configurado o *venire contra factum proprium* perpetrado pelo Estado/Juiz, pois deixou de apreciar questão que deveria ter se manifestado, a parte opõe embargos de declaração para obriga-lo a fazer e, ainda, se apenado com multa por prática protelatória seria desarrazoado a toda evidência.

4.3 Ampla embargabilidade

Os embargos de declaração é um recurso de fundamentação vinculada. Importa dizer que sua ambiência deve estar adstrita nas hipóteses de cabimento: contradição, obscuridade, omissão e erro material. Mas, seriam apenas essas as razões que autorizariam a oposição dos embargos? Procuraremos neste tópico, além de provocar o leitor, responder esta intrincada indagação.

O artigo 1.001 do atual código de processo civil, reproduzindo norma já existente no anterior, aduz que contra despachos não cabe nenhum recurso.

Doutrinadores há que sustentam a possibilidade de oposição dos declaratórios para sanar possível contradição, não vinculando sua possibilidade ao prejuízo que porventura pudesse trazer à parte, mas asseverando que todo pronunciamento judicial deve ser claro e preciso, não comportando que nele haja omissão, contradição ou obscuridade que impeça alcançar-se o real objetivo do comando judicial, pouco importando a natureza jurídica do referido pronunciamento.

Pensamos que há pequena confusão feita por alguns com relação a ampla embargalidade. Admitir-se que eventualmente os despachos pudessem sofrer a oposição de embargos de declaração para que se possa compreender o que de fato o magistrado quer, não significa dizer que se a decisão não contiver nenhum dos vícios previstos no artigo 1022 do CPC poderia ser atacada por meio dos aclaratórios, vez que, como dito, trata-se de recurso de fundamentação vinculada.

Nem tanto ao mar nem tanto a terra já é dito há muito pela sabedoria popular. Entendemos que os embargos de declaração poderiam ser opostos para sanar vicio que violem a ordem pública, ou seja, aqueles que o magistrado pode conhecer de oficio ou ainda, nulidades absolutas ou flagrantemente teratológicas, mas, jamais para corrigir *error in judicando* qualquer, tal qual equívoco de julgamento na má apreciação da prova.

Defendemos a possibilidade de oposição de declaratórios nestas hipóteses com intuito de contemplar princípios Constitucionais, bem como os norteadores do Direito Processual Civil, como o da economia processual e da duração razoável do processo.

Podemos à guisa de exemplo citar uma hipótese que a nosso sentir deveria ser possível a correção do vício por meio dos declaratórios. Imaginem a seguinte questão: A moveu em face de B demanda que visava compelir o réu a prestar certa obrigação cumulada com reparação por dano moral. O juiz ao final julga procedente em parte o pedido condenando o demandado a prestar a obrigação e improcedente o pleito indenizatório. Apenas o réu recorre ocorrendo, por obvio, o trânsito em julgado com reação ao capitulo da sentença que julgou improcedente a indenização. O autor, equivocadamente, em suas contrarrazões requer a reforma do julgado para ver o réu condenado a indeniza-lo. O tribunal, nua leitura açodada, pensando tratar-se de apelação autônoma ou mesmo de apelo na modalidade adesiva, dá "provimento às contrarrazões ", determinando que o réu indenize o autor com determinada quantia. Não admitir a oposição de embargos declaratórios para sanar tamanha aberração impondo ao demandado corrigir a presente nulidade no Superior Tribunal de Justiça constituiria um desprezível apelo a literalidade da lei que violaria o ordenamento jurídico em seus princípios basilares.

Impende consignar, ainda, que o STJ entende que é cabível a oposição de embargos de declaração para atacar decisões *extra* ou *ultra petita*, conforme se verifica, a título de exemplo, pelo julgado nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 756.885 - RJ (2005/0075774-2) da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros e nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 726.446 - PE (2005/0026359-2).

4.4 Embargos de Declaração em sede dos Juizados Especiais

Conforme acima explicitado a Lei 8.950/94, alterou o artigo 538, do Código de Processo Civil de 1973, para dizer que os embargos de declaração interromperiam o prazo para interposição de outros recursos, haja vista que anteriormente o prazo era de suspensão.

Pois bem, nos Juizados Especiais Cíveis criados pela Lei 9.099/95, constava no primitivo artigo 50, que a oposição dos declaratórios contra sentença suspenderia o prazo para interposição do recurso inominado.

Importa dizer que no âmbito dos juizados especiais havia uma dicotomia injustificada no caso de oposição dos aclaratórios, pois se manejados contra sentença suspenderia o prazo para recurso, ao passo que se opostos em face de decisão de turma recursal teria o condão de interromper o prazo.

O Código atual, corrigindo essa excrecência nas Disposições Finais e Transitórias, em seu art. 1.065, dispôs que o artigo 50 da Lei nº 9.099/95 passaria a vigorar com a seguinte redação*: "Art. 50. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso*".

Assim, desde a entrada em vigor do novo diploma processual civil, não se vê mais essa injustificada separação de efeitos na oposição dos declaratórios, pois agora o prazo será interrompido quer seja se oposto contra sentença ou conta decisão de Turma Recursal.

5. CONCLUSÃO

Como vimos os embargos de declaração podem ser havidos como meio de aprimoramento da prestação jurisdicional, pois tem por escopo estancar omissões, obscuridades ou contradições internas, consoante dicção do art. 1.022, I e II, do CPC, já que o inciso II, como dito ao longo deste artigo era mesmo desnecessário uma vez que o erro material sempre pode ser alegado por simples petição, podendo, inclusive, ser corrigido de ofício pelo magistrado.

O recurso de embargos de declaração é tido pela doutrina como de fundamentação vinculada, ou seja, seu manejo esta intrinsecamente preso as hipóteses de cabimento previstas em lei. Por tal razão, é que se diz que os declaratórios não têm, a princípio, o condão de reformar o julgado, o que só pode ocorrer de forma excepcional quando ao sanar uma omissão ou mesmo contradição o magistrado tiver inexoravelmente que mudar a conclusão do seu julgado, é o que a doutrina batizou pelo nome de embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes.

Embora sejam os declaratórios um recurso de fundamentação vinculada, hipóteses há em que pode ocorrer a oposição de declaratórios, tendo por exemplo as questões de ordem pública, quando a decisão se

mostra teratológica ou, ainda, quando a mesmo for ultra ou extra petita, conforme já decidiu o STJ, mas jamais vulgarizar o instituto a ponto de admiti-lo para corrigir erro de julgamento, como a má apreciação da prova, uma vez que o presente recurso não se presta para isso.

Admitir o contrário além de violar o diploma processual pátrio, violaríamos em ultima *ratio* o princípio da unirrecorribilidade, pois para isso existe recurso próprio no ordenamento.

As reflexões aqui expostas não possuem a pretensão de esgotar a matéria, mas sim chamar ao debate tema que não tem merecido a atenção devida pela doutrina pátria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS**. São Paulo, Malheiros. 2007. 7ª edição.

ALVIM, Arruda; **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOL. 1, PARTE GERAL.** 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **NOVO CONTENCIOSO CÍVEL NO CPC/2015.** 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Angélica Arruda (Coordenadora) e outros; **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella; **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva jur: 2017.

_____. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO**. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2017 (livro eletrônico).

BONDIOLI. Guilherme Aidar. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS**. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 13ª edição, vol. 3, EDITORA JusPODIVM.

_____. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO**. 17ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES. Luís Eduardo Simardi. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: EFEITOS INFRINGENTES, PREQUESTIONAMENTO E OUTROS ASPECTOS POLÊMICOS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FUX, Luiz (coordenador); **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – DIREITO EM EXPECTATIVA**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense - Gen, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2017, p. 1091.

MEDINA, José Miguel Garcia. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1531.

THEODORO JR., Humberto. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I, 58ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro, Forense, 2017.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 1ª ed., Campinas: Servanda, 2016.

VIEIRA, Antônio Vicente. **A INEXISTÊNCIA DE EFEITO MODIFICATIVO DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: a desnecessidade de concessão de vista à parte contrária**. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8363. Acesso em 12.06.2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora) e outros. Primeiros **COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO POR ARTIGO**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DO DIREITO NORTE-AMERICANO PARA MAIOR OBTENÇÃO DE ACORDOS NO NOSSO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor

1. INTRODUÇÃO

A população em novembro de 2019, nos Estados Unidos (COUNTRYMETERS..., 2019) da América correspondia a aproximadamente a 332.555.257 habitantes, enquanto que a população do Brasil (A POPULAÇÃO..., 2019), naquela oportunidade, totalizava em média 210.728.704 indivíduos. Apesar dos EUA ter uma densidade populacional maior que o Brasil, seu sistema judicial apresenta um número bem menor de processos em andamento (CAMBI; PITTA; 2015, p. 425-444), o que acaba contribuindo para uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Dos 78,7 milhões de processos em tramitação no nosso país, temos na Justiça Federal 10.085.536 processos, que correspondem ao percentual de 12,8% do total dos casos pendentes no nosso Poder Judiciário. Na nossa Justiça Estadual o índice de conciliação na fase de conhecimento é de 16,7% e na fase de execução é de 6%, o que representa uma média 11,5% de sentenças homologatórias de acordo. Este índice é ainda menor da Justiça Federal brasileira, onde o índice de acordo é de, aproximadamente, 7,3%, confor-

me dados da Justiça em Números do CNJ de 2019 (JUSTIÇA..., 2019, p. 143).

A título comparativo, na Justiça Federal norte-americana há cerca de 1,5 milhão de processos no ano de 2019 (FEDERAL..., 2019). Sabe-se que o fato de haver menos processos na justiça federal dos EUA é uma decorrência lógica do número expressivo de conflitos que se resolvem por meio de acordo, ou seja, apenas 2% dos processos da justiça federal vão a julgamento, ou seja, quase 98% das controvérsias são resolvidas por acordo. Frise-se que na Justiça Estadual americana esse índice é um pouco menor de, aproximadamente, 96%[9].

Diante disso, percebe-se que nos EUA o tempo médio da propositura da ação até seu julgamento dura cerca de 9 meses (FEDERAL..., 2019), diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o tempo médio da propositura da ação de conhecimento até a sentença de primeiro grau é, aproximadamente, de 2 anos e 2 meses. Diante desses dados, buscando implementar de fato o direito à duração razoável do processo e à eficiência, questiona-se no Brasil poderíamos empregar as técnicas do direito norte-americano, a fim de fomentar um maior número de acordos obtidos no direito pátrio.

Nessa senda, passaremos a examinar as questões, que consideramos mais relevantes, para obtenção dos acordos no direito norte-americano: a onerosidade processual; o pragmatismo dos interessados, suscitado pela análise econômica do direito; o convencimento das partes, estimulado pela técnica da *discovery* e pela força dos precedentes.

A partir dessa análise, apreciaremos a viabilidade de importação dessas técnicas para a resolução consensual das controvérsias do direito brasileiro, uma vez que com a implementação do Código Civil de 2015 tivemos algumas mudanças significativas, dentre elas a majoração

9 Sobre esta temática, ver: SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004. In: WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Corrobora a essa estatística HAZARD; LEUBSDORF; BASSETT. Civil Procedure (6. ed. 2011), p. 429, que sustenta que em 2009 apenas 2% das *claims* iam a julgamento. *In*: BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês.* Revista de Processo, vol. 245/2015, jul. 2015, p. 445-472.

dos honorários advocatícios, tornando custosa a recorribilidade judicial infundada; a novidade da ação antecipada de provas, sem o requisito de urgência – artigo 381, II e III -, podendo servir como a técnica da *discovery* do direito norte-americano, ação esta que em conjunto com o fortalecimento da teoria dos precedentes, artigo 926 e 927 do CPC, passou a permitir que as partes avaliem de forma mais clara suas chances em juízo.

Isso, sem considerar, a positivação, pelo Código de 2015, das normas fundamentais do processo civil, as quais determinaram que sempre que possível a solução dos conflitos se dará de forma consensual, artigo 3º, §2º, assim como ratificou, nos artigos 5º e 6º, que todos os participantes do processo deverão observar a boa-fé e cooperar entre si, majorando, ainda, o valor da multa por litigância de má-fé prevista no artigo 81 do CPC.

1. ÍNDICE DE ACORDOS NO DIREITO PROCESSUAL NORTE-AMERICANO

Diferentemente do Brasil, os Estados Unidos não possuem um órgão que realiza de modo oficial as estatísticas unificadas da sua justiça federal e estadual (CASAGRANDE, 2019), como a Justiça em Números elaborada pelo nosso Conselho Nacional de Justiça.

Nada obstante, na Justiça Federal (*Federal Courts*) americana a *US COURTS* compendia de forma organizada, confiável e eficiente, os dados desta justiça (FEDERAL..., 2019). O fato de não haver estatísticas oficiais da justiça estadual (*State Courts*) dos EUA é consequência do alto grau de autonomia federativa que as jurisdições estatais detêm[10]. Ou seja, nos EUA, juntamente com o modelo federal coexistem cinquenta modelos estaduais de justiça, tornando extremamente trabalhoso a análise conjunta das diferentes justiças dos estados americanos.

10 Cf.: GODOY, Arnoldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 08. Assim como, SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano.* Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro – São Paulo: Landy Editora, 2006, *p. 95- 98*. Nada obstante, é possível encontrar alguns dados das justiças dos estados no site: <https://www.ncsc.org/>.

Mesmo com este pluralismo organizacional, vimos que os autores americanos demonstram o alto índice de acordos do seu país. Assim como, Shavell, Hazard, Leubsdorf e Bassett que sustentam que nos Estados Unidos as resoluções por acordo ocorrem em mais de 95% dos casos controvertidos, o autor Daniel John Meador (apud GODOY, 2014, p. 2) corrobora com tais estatísticas apresentadas, aduzindo que no âmbito cível, apenas, um décimo dos casos são efetivamente apreciados pelos tribunais, ocorrendo na maioria das vezes o *settlement* – acordo – entre as partes. Paralelamente, no direito penal, a desistência da promotoria e *plea bargaing* – delação premiada – acabam reduzindo 90% dos casos criminais que são encaminhados à julgamento.

Importante ressaltar, que há outras estatísticas que preveem que 70% dos processos americanos são solucionados por acordo (BORNE, 2003 apud WOLKART, 2019). Mesmo que conseguíssemos demonstrar que esse é o dado correto, ainda assim, quando comparado com o Brasil, onde esse índice é em média de 11%, comprova a excelência das soluções autocompositivas para os conflitos norte-americanos e o problema da litigiosidade enraizado no nosso ordenamento.

A partir desses índices, constata-se que a maioria dos conflitos norte-americanos são resolvidos adequadamente por soluções consensuais, de modo que com base nesta análise comparativa do direito pátrio com o direito dos EUA, podemos nos beneficiar dos avanços conquistados e implementados neste ordenamento, assim como nos precaver de possíveis fracassos legislativos (CASTRO JUNIOR, 2019).

2. FATORES QUE CONTRIBUEM PARA OBTENÇÃO DE ACORDOS

Conforme aduzido anteriormente, o direito processual civil federal norte-americano não é único, uma vez que cada estado pode desenvolver as suas próprias regras. Porém, em 1938 com a pressão da *American Bar Association* – Ordem dos Advogados nos Estados Unidos – foi delegado pelo Congresso poder à Suprema Corte, a fim de que esta aprovasse a *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), ou seja, o Código de Processo Civil Federal dos Estados Unidos.

Nesse sentido, uma comissão de juízes, advogados e doutrinadores elaboraram o estatuto federal de normas processuais civis, que passaram a servir, inclusive, de referência para os regimentos procedimentais estaduais. David Clark (apud GODOY, 2014, p. 16) alerta que dois terços dos estados norte-americanos adotaram o modelo federal de 1938 para orientar seus processos estaduais.

Desse modo, nos limitaremos a estudar no presente trabalho o Direito Processual Civil Federal dos EUA, o qual elenca, na primeira regra, os propósitos desse diploma legal (RULES..., 2019), destacando-se a necessidade da prestação jurisdicional ser justa e rápida.

Todavia, para que seja atingido na sua excelência, sem dúvidas, é necessário libertar o Judiciário de ações que são mais apropriadas aos métodos adequados de resolução de conflitos (MARC), mantendo a decisão adjudicada apenas para os processos que, de fato, a exigem. Diante disso, fazendo uma retrospectiva do direito processual federal civil norte-americano, observa-se que em meados de 1970 as cortes federais americanas, antecipando a ineficiência do judiciário, passaram a conduzir os seus processos de forma individualizada, com base no *Judicial Case Management*.

Paralelamente a esse movimento da década de 70, o professor de Harvard, Frank Sander (1979), já antevendo a insuficiência das cortes americanas frente a grande quantidade de demandas ajuizadas, lançava o conceito do Tribunal Multiportas, ou seja, um modelo multifacetado de resolução de conflitos.

Posteriormente, em 1990, em razão da necessidade concreta de aumentar a produtividade do judiciário e reduzir o tempo de duração de suas demandas, tal projeto ganhou ainda mais relevância, razão pela qual foi implementada a *Civil Justice Reform Act* (GAJARDONI, 2016, p. 43-63). Esta reforma[11] consistia, em síntese, i) reestruturar os órgãos da administração pública americana, de modo a dirimir o número de

11 Em que pese tais evoluções terem marcado o sistema judicial norte-americano, no presente artigo não iremos aprofundá-las, apenas as elencamos à título de informação, para entendermos que além dos fatores listados – onerosidade processual, pragmatismo dos interessados, convencimento das partes - que contribuem para obtenção de um número significativo de acordos no direito norte-americano, estes não são os únicos.

demandas em que o Estado era acionado no Judiciário; ii) instituir o órgão *Federal Judicial Center*, a fim de que este fomentasse e direcionasse as boas práticas de gestão de processos no âmbito da justiça federal; iii) alteração da FRCP, a fim de inserir expressamente o *Case Manegement* e o *Court Management*.

Tanto o *Case* quanto o *Court Management* trazem como características gerais uma maior participação do juiz na demanda, onde o magistrado de fato irá gerir o conflito, realizando uma verdadeira triagem dos casos concretos aos métodos adequados de resolução de conflitos, elaborando planos e cronogramas específicos para cada caso (regra de nº 16 da FRCP).

2.1. ONEROSIDADE PROCESSUAL

O processo no direito americano é altamente dispendioso para as partes (CAMBI; PITTA, 2015, pp. 425-444), fazendo com que os interessados, na ausência de evidências de sucesso do deslinde da ação, optam por resolver a controvérsia por meio de um acordo, que não demande altos gastos como o desenvolvimento de um processo judicial.

Nada obstante, vale ressaltar que nos EUA não há pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, ou seja, o vencido ao final da ação não tem de ressarcir o vencedor. Assim como, não há compensação dos honorários pelo vencido, é o que Cappelletti e Garth (1998, p. 6) chamam *de sistema de americano*, também conhecido por *American Rule*, em que uma parte não deve ser responsável pelas despesas legais de seu oponente.

O autor John Leubsdorf (1984, p. 14-17) afirma que um dos motivos para nos EUA não haver esta cobrança de honorários sucumbenciais, diz respeito ao desejo dos advogados não se submeterem aos limites legislativos que definem o valor dos honorários advocatícios devidos, condizente com a liberdade individual, princípio tão propagado no país.

A parte que intenta procurar o sistema judicial americano sabe de antemão quanto gastará (COSTA NETO, 2011, p. 54). Mesmo assim, nos EUA a onerosidade processual é um fator relevante na análise dos custos e dos benefícios em continuar com uma ação, de modo que os

interessados na maioria dos casos acabam optando por resolver o seu conflito por meio de um acordo (HAZARD; LEUBSDORF; BASSETT, 2011, p. 429*)*.

Cumpre frisar que nos EUA não há justiça gratuita (STERMAN, 2017, p. 84-85), fato que não é concebido lá como um cerceamento do acesso à justiça, sendo, apenas, um pensamento inserido em um sistema prático baseado na apreciação do "custo-benefício" do direito envolvido. Ademais, a inexistência da gratuidade de justiça nos EUA é equacionada, de certo modo, pela possibilidade de assistência judiciária e pela representação jurídica para os interesses 'difusos' (MARQUES; BONIFÁCIO; ARAUJO, 2018).

Diferentemente, as regras do artigo 85 do nosso CPC de 2015 demonstram que o cenário brasileiro é completamente distinto. Há expressamente a regra de que na sentença haverá a condenação do vencido para arcar com os honorários do advogado do vencedor estipulado pelo juiz. Rememorando que não apenas a sentença, mas também a reconvenção, o cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), a execução (resistida ou não) e os recursos interpostos, conforme artigo 85, §1º do CPC. Isto é, ainda que o Código de 2015 tenha mantido o valor dos honorários advocatícios no percentual máximo de 20%, a forma em que ele é calculado foi modificada, a fim de permitir que haja majoração nas instâncias recursais, evitando, portanto, propositura de recursos com objetivos meramente protelatórios.

O Brasil segue, portanto, o princípio da responsabilidade objetiva do vencido (MARQUES; BONIFÁCIO; ARAUJO, 2018), ou seja, o vencido é duplamente penalizado, de modo que a regra dos honorários sucumbenciais funciona como um inibidor da litigância oportunista e infundada.

Nada obstante, no direito pátrio ainda há incentivos quanto ao ajuizamento de ações judiciais (WOLKART, 2019), por exemplo, a não condenação de honorários e custas em certos procedimentos (como mandado de segurança ou ações em juizados especiais), a falta de rigidez na concessão da gratuidade de justiça, as isenções de custas judiciais para maior litigante[12] do judiciário, qual seja, a Fazenda

12 Observa-se que 73% dos processos de execução tratam de execuções fiscais (JUSTIÇA..., 2019, p. 126).

Pública[13]. Tais regras acabam, por vezes, impulsionando o interessado a ajuizar uma ação, em vez de propor uma solução consensual do conflito, mesmo esta se mostrando como o método mais adequado, uma vez que ao ingressar no Judiciário, o demandante não terá grandes prejuízos.

Apesar disso parecer que o sistema de justiça brasileira é menos custoso às partes, sabe-se que um dos fatores que mais aumenta os custos da demanda perante o Judiciário é a demora até a resolução definitiva do processo. Isso porque a morosidade do processo somada com os efeitos da inflação, resulta-se em alto custo econômico aos demandantes, que pode levar um litigante desfavorecido economicamente a concordar com um acordo.

Nessa senda, Cappelletti e Garth (1998, p.6) aduzem que tanto o alto custo do Sistema Americano, onde os honorários advocatícios cobrados são altíssimos, como o sistema brasileiro que impõe ao vencido o ônus da sucumbência representam onerosidade processual às partes demandantes.

Sendo assim, a análise prévia dos advogados quanto à relação custo-benefício de se ajuizar uma ação revela-se conduta imprescindível, especialmente após as regras inovadores do CPC/2015. Realizar cálculos estimativos acerca da probabilidade de sucesso ou derrota judicial mostram-se necessários e tendem a funcionar como formas inibidoras ou incentivadoras da decisão do requerente em litigar ou não, de modo que a parte só vai desejar entrar com uma ação, se esta demanda apresentar solidez ou robustez.

Esta análise econômica do direito, realizada de forma recorrente nos Estados Unidos, não era um costume no direito brasileiro, talvez pelo fato do interessado no Brasil não possuir conhecimento das provas do seu adversário, ou não conseguir estimar de maneira objetiva o resultado da sua demanda, uma vez que não havia um respeito dos tribunais a teoria dos precedentes vinculantes, de modo que esta análise custo-benefício nem sempre era factível. Todavia, este cenário mudou, conforme passaremos a examinar no próximo tópico.

13 Mesmo que o Código de 2015, no §3º do artigo 85, tenha estipulado critérios objetivos para os valores de honorários devidos pela Fazenda Pública, esse parâmetro ainda é bem menor comparado com os particulares vencidos (WOLKART, 2019).

2.2. PRAGMATISMO DOS INTERESSADOS

O pragmatismo jurídico, diferentemente do realismo jurídico norte-americano do início do século XX, não se confunde com a simples concepção de que o direito era o que os juízes diziam que era (POSNER, 2010, p. 65-66). Na verdade, o pragmatismo jurídico compartilha da visão realista do direito, mas não se reduz a ela.

Desse modo, o pragmatismo tende a reunir algumas características que o diferencia de outros métodos de aplicação do direito, em geral, individualiza-se por tentar abdicar do formalismo abstrato, do conceitualismo e do fundacionismo (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 119), buscando a maior efetividade dos conceitos jurídicos, com objetivo de dar máxima concretude aos direitos fundamentais, sem deixar de considerar as consequências e o contexto dessas escolhas jurídicas.

Ademais, salienta-se que este método se utiliza da racionalidade, no sentido, de que os indivíduos fazem escolhas racionais, seguindo suas prioridades e, considerando, a probabilidade de alcançar proveitos com as suas decisões. Seguindo esta lógica, conclui-se que o pragmatismo jurídico muito se utiliza da análise econômica do direito e, consequentemente, dos incentivos e estímulos a comportamentos proporcionados por esta ferramenta.

O pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito já vem sendo estudada nos Estados Unidos desde muito tempo (TIMM; TRINDADE; MACHADO, 2019, p. 441/469, de modo que o direito americano vem sendo aplicado, a partir de uma abordagem inovadora advinda da economia, que permite ampliar a investigação dos problemas jurídicos para "além da realidade abstrata da norma" (RIBEIRO; KLEIN, 2011), dando maior efetividade às decisões jurídicas.

Sem dúvidas, hoje, temos uma convergência entre o sistema da *common law* e o da *civil law* (ZANETI Jr., 2017, p. 111-320) o que vem favorecendo uma aplicação mais pragmática do direito brasileiro. Isso porque, sabe-se que, atualmente, o juiz não é mais um mero aplicador do direito, ele tem um papel criativo na sua aplicação, ou seja, ele interpreta e completa a norma jurídica para o caso concreto (MADUREIRA; ZANETI Jr., 2017, p. 85-125), a fim de dar uma maior efetividade a sua decisão.

Além disso, as normas fundamentais do direito processual civil do CPC/2015 positivaram a premissa de que as partes têm a garantia de obter uma solução integral do mérito, em tempo razoável, artigo 4º do CPC/2015, se preocupando com a atividade satisfativa e não meramente se atendo as formalidades do processo[14].

Ademais, a prestação jurisdicional desenvolvida no nosso modelo de processo cooperativo (DIDIER Jr., 2011, p. 213), no qual o juiz e as partes cooperam para melhor resolução da lide, vem sendo endossada por esta tendência pragmática do processo civil brasileiro, a qual propõe a construção de um processo mais adequado ao caso concreto. À título de exemplo, hoje, temos a cláusula geral que permite a realização de negócios jurídicos processuais (artigo 190 CPC/2015), o calendário processual (artigo 191 CPC/2015), ideias oriundas dessa contratualização do processo que surgem como forma de gestão processual mais célere e efetiva para o tratamento dos conflitos.

Outra característica relevante aduzida por Posner (2010, p. 47) quanto ao pragmatismo legal diz respeito à finalidade das partes aceitarem decisões passadas como uma qualidade e não um simples dever ético. Ou seja, os precedentes vinculantes revelam-se como ferramenta pragmática de qualidade e não apenas uma obediência ética, medida em que contribui para uma prestação jurisdicional de maior qualidade, com mais segurança, mais eficiente, objetiva e, por vezes, mais célere, uma vez que diante do exame dos precedentes, os interessados conseguem avaliar de forma mais objetiva as probabilidades de obtenção de uma decisão de mérito favorável a sua eventual demanda.

Portanto, a inauguração do modelo de precedentes vinculantes no Brasil, sobretudo, à luz do CPC de 2015 (artigo 926 e 927), torna possível a análise de custo e benefício pelos potenciais litigantes, já que estes detêm de maior previsibilidade para verificar suas reais chances de êxito de possível provimento jurisdicional favorável (FUX; BODART,2017, p. 421-432).

Nessa perspectiva, as mudanças implementadas pelo atual Código de Processo Civil parecem conduzir a uma análise mais pragmática e

14 Cf: artigo 317, 321, 1.007, §7º, 932, parágrafo único, dentre outros dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

econômica do direito, permitindo que o Brasil venha a adotar posturas mais semelhantes àquelas aplicadas no processo civil norte-americano.

2.3. CONVENCIMENTO DAS PARTES

A técnica dos precedentes é aprimorada com a técnica da *discovery*, porque de nada adiantaria saber como os tribunais decidem no caso concreto, se as partes possuíssem total desconhecimento quanto sua causa de pedir. Isto é, a análise dos precedentes pressupõe uma clareza quanto aos elementos fáticos da ação. E essa compreensão dos fatos ocorridos, muitas vezes, ocorre na própria fase da *discovery* em que as partes juntam todas as provas que possuem sobre o caso concreto, assim como produzem, nesse momento, outras provas que se mostrem pertinentes a resolução da controvérsia. Verificar as provas que a parte contrária detém, auxilia em muito o convencimento da parte que possui baixas chances de êxito, de resolver seu problema por meio de acordo ou até mesmo desistir da propositura de uma demanda judicial.

No sistema norte-americano, portanto, o processo judicial tem duas fases: uma anterior ao julgamento, chamado de *pretrial,* e outra fase de julgamento, conhecida como *trial.* Esta primeira fase que compreende o *discovery stage,* prevista na *Federal Rule 26,* estipula que os advogados realizem a maior parte dos procedimentos de produção de provas, revelando, obrigatoriamente, todas as provas e dados que possam contribuir para elucidação do caso (CAMBI; PITTA, 2015, p. 425 – 444).

Esta fase pré-julgamento, portanto, baseia-se na regra da absoluta boa-fé entre os demandantes, privilegiando a devida paridade de armas e a verdade dos fatos. Ou seja, com a *discovery* define-se o objeto do litígio, valorando a oportunidade de transigirem ou de se servirem de um dos outros meios para rápida resolução da controvérsia (TARUFFO, 2013, p. 19-22).

Embora o direito brasileiro não detenha uma fase pré-julgamento idêntica a esta, o procedimento de produção antecipada de prova, sem o requisito de urgência, apresentado no CPC de 2015, revela-se como uma ferramenta importante capaz de proporcionar o prévio conhecimento dos fatos pelas partes, aproximando da técnica da *discovery*.

Com isso, a ação de produção antecipada de provas, prevista no 381 do CPC/2015, não se limita à simples preservação da prova, servindo também para possibilitar às partes uma melhor apreciação de suas chances e riscos de ajuizar uma ação ou oferecer uma peça de resistência. Haja vista que "quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou de transigir" (YARSHELL, 2015).

Nesse sentido, sabe-se que o autor, por vezes, não consegue narrar na petição inicial todo o suporte fático da sua pretensão, de modo que se mostra imperiosa a produção de prova técnica complexa no decorrer do processo na fase de conhecimento. Todavia, é possível verificar que em situações como estas, em que o autor não determina claramente a causa de pedir, seria mais célere e até menos oneroso ao demandante, se este esclarecesse melhor os fatos anteriormente à propositura da pretensão judicial, por meio da produção probatória antecipada, evitando assim a improcedência de uma ação[15].

Além disso, é essencial a definição da matéria fática, uma vez que a sua inexatidão parece inviabilizar a "realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem" (NEVES, 2016), ou seja, enseja a falsa premissa nos interessados de que eventual ação judicial seria mais vantajosa do que a celebração de um acordo.

O autor consegue a partir da prova produzida anteriormente à demanda avaliar se tem chances de êxito, ou se seu pleito é totalmente infundado, já que esclarecido do suporte fático, consegue verificar melhor a chance de obtenção de decisão de procedência, ou se o ingresso

15 "Tomem-se por exemplo as demandas que envolvem o erro médico. O autor alega em sua inicial que o fato de ter esquecido uma tesoura dentro de seu corpo foi a causa de danos irreversíveis que suportou. Ao ser realizada a perícia médica, constata-se que, na verdade, a tesoura não lhe causou complicação médica nenhuma, mas que os remédios que lhe foram ministrados causaram o dano alegado. Por ser outro fato constitutivo do direito do autor, seu pedido será julgado improcedente, com desnecessário dispêndio de tempo e energia por parte do Poder Judiciário e dos litigantes. E o pior, em termos de economia processual, é que o autor certamente voltará a demandar (...)" (NEVES, 2008, p. 406).

da ação acarretaria, apenas, gastos para ele (como honorários de sucumbência, custas judiciais e despesas com advogado).

Em contrapartida, na perspectiva da parte ré, esta conhecendo bem os fatos e as provas que o autor detém (produzida na ação probatória autônoma) e, realizando a análise econômica do direito, consegue averiguar com maior precisão o que seria mais dispendioso a ela: i) contratar um advogado para impugnar a demanda, apresentando defesa fadada ao insucesso, acarretando gastos com custas judiciais, serviço advocatícios, honorários sucumbenciais, além de arcar, ao final, com a obrigação atualizada com os juros e correção monetária; ou ii) propor um acordo, dando fim ao conflito com menos esforços e, possivelmente, de maneira menos onerosa.

No entanto, caso a prova antecipada não tenha o condão de evitar uma ação judicial ou promover uma solução autocompositiva para o conflito, esta medida também se revelará benéfica para justificar a propositura de uma eventual ação judicial, tendo em vista que a demanda, após a produção de provas, será mais bem fundamentada, com provas mais robustas, dirimindo, assim, pretensões mal substanciadas, o que contribui para uma Justiça mais célere e eficiente.

Ademais, vale ressaltar que após o esclarecimento dos fatos, fruto da prova produzida, tendo uma das partes se convencido da razão da outra "cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente" (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 103). Isto é, a parte sabendo que sua ação ou impugnação seria infrutífera, uma vez que já fora elucidado o suporte fático, por meio da prova autônoma e, já se vislumbrou como os Tribunais resolvem aquela questão (e não havendo distinção nem superação do precedente), poderia se cogitar ser caso de aplicação a este demandante de multa por litigância de má-fé (artigo 80, I do CPC), além de poder enquadrar como ato contrário à boa-fé e ao dever das partes de não formularem pretensão ou de apresentarem defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento nos termos do artigo 77, inciso II, do CPC.

Claudio Penedo Madureira (2017, p. 226) avança ainda mais nessa questão, ressaltando que os advogados que permitissem que as partes, cientes de que sua pretensão é destituída de fundamentos, continuas-

sem auxiliando a demanda, estariam infringindo o Estatuto da Advocacia no artigo 34, incisos VI, XIV e XVII.

Nada obstante, quanto aos institutos sancionatórios o sistema brasileiro ainda tem muito que avançar, quando comparado com o direito norte-americano, uma vez que este sistema conta com táticas que induzem um comportamento probo e cooperativo para a condução do processo. Um exemplo claro disso é o *contempt of court,* que permite que o juiz norte-americano aplique sanções "para a parte que desobedecer a ordens judiciais ou deixar de colaborar para o bom andamento do processo" (CAMBI; PITTA, 2015).

CONCLUSÃO

A partir desse estudo comparado com o direito norte-americano foi possível verificar a excelência deste sistema judicial em resolver seus conflitos por meio de soluções autocompositivas. Assim como, constatou-se que no direito deles há técnicas e institutos que tendem a promover e contribuir para esse alto percentual de resolução consensual dos conflitos.

Diante disso e tentando tornar mais exitosa a solução consensual dos litígios brasileiros, a fim de dar maior eficiência e credibilidade à prestação jurisdicional, buscou-se verificar se as estratégias americanas para o fomento de acordos, poderiam ser replicadas no nosso ordenamento. Mas ciente que a inserção dessas técnicas processuais estrangeiras, ainda que aparentemente benéficas no local onde foram implementadas, não vem com essa garantia de sucesso, tendo em vista as diferenças culturais e jurídicas existentes entre nosso país e os EUA.

Seguindo essa lógica, verifica-se que mesmo com a mudança de perspectiva do deslinde processual, promovida pelo CPC de 2015, a qual busca tornar a aplicação do direito mais próxima da teoria pragmática jurídica e, consequentemente, tentando dar um olhar mais econômico ao processo, o sistema judicial brasileiro ainda conta com incentivos à litigiosidade, como os baixos custos para ingressar no Judiciário brasileiro.

Nada obstante, constatou-se que há ferramentas no nosso ordenamento, semelhantes às do direito norte-americano, que poderiam contribuir para um maior número de resoluções consensuais de conflitos.

Todavia, examinou-se pragmaticamente as inovações trazidas no CPC/2015, o ônus do vencido em arcar com os honorários sucumbenciais ao final da demanda, a majoração dos honorários nas fases recursais, o fortalecimento da obediência aos precedentes judiciais, a ação antecipada de provas, sem o requisito de urgência, como uma aproximação da técnica da *discovery* norte-americana, o que permitiu concluir que tais mudanças podem contribuir muito para uma maior obtenção de acordos no nosso sistema judicial.

Contudo, sabe-se que encontrar o ponto de equilíbrio - entre o desestímulo da litigiosidade e a não restrição ao princípio do acesso à justiça - é o grande desafio dos aplicadores do direito. Por ora, parece que a efetiva fiscalização dos casos que mereçam a concessão da gratuidade de justiça, a isenção de custas, de honorários, não aplicação de penalidades pecuniárias se revelaria uma possível solução para este dilema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. Revista de Processo. São Paulo*; Vol. 191, 2011.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2013, p. 75-76.

BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact--pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, vol. 245/2015, jul. 2015, p. 445-472.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vítor Sias. *A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos.* Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 18, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coord. *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de processo. Ano 39, v.233, 2014.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no Processo Civil Norte-Americano e Efetividade da Justiça Brasileira.* Revista de Processo, Julho de 2015, vol. 245/2015, p. 425 – 444.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CASAGRANDE, Cassio. *Campeão de ações trabalhistas.* Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em 06 dez. 2019.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *A relevância do direito comparado e direito e desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/977/R163-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 21 nov. 2019.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Acesso à Justiça e Carência Econômica*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, USP, São Paulo, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo*, vol. 198, p. 213, ago./2011.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 20º Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2015.

Federal Judicial Caseload Statistics. Disponível em: <://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics>. Acesso em 16 nov. 2019.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito.* Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 421/432, Julho de 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. Revista de Processo Comparado*. Vol. 4/2016, jul – dez, 2016.

GODOY, Arnoldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos.* Barueri, SP: Manole, 2004.

Justiça em números do CNJ referente ao ano de 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 16 nov. 2019, p. 143-144.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2017.

MADUREIRA, C. P.; ZANETI JUNIOR, H. *Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil*. Revista de Processo, v. 272, p. 85-125, 2017.

MARQUES, Camila S. P.; BONIFÁCIO, Artur Cortez; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio. *Acesso à Justiça nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise econômica comparativa entre a American rule e os honorários sucumbenciais*. RVMD, Brasília, v. 12, nº 1, p. 117-141, jan.-jun., 2018.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, B. S. R. *Métodos ou tratamento adequados dos conflitos*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, v. 1, 2018.

MICHELE, Taruffo. *Processo Civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcia Pons, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único – 8º Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4. Ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

População do Brasil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em 16 nov. 2019.

População dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://countrymeters.info/pt/United_States_of_America_(USA)>. Acesso em 16 nov. 2019.

POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 65-66.

_____. *Economic Analysis of Law*. 9. Ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

Rules of Civil Procedure for the United States. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff._dec._1_2018_0.pdf>.Acesso em 19 nov. 2019.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro – São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 95- 98.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004.

STERMAN, Maria Silvia Gomes. *O duplo grau de jurisdição – uma reflexão*. In: Brasil e EUA: temas de direito. Coord.: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 84-85.

TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. MACHADO, Rafael Bicca. *O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de Law and Economics.* Revista de Processo, vol. 290/2019, p. 441/469, Abril de 2019.

ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI Jr., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

YARSHELL, F. L. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, F. L. et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2º Triagem. São Paulo – SP, Editora: Revista dos Tribunais, 2015.

WABIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PROCESSO PENAL E DIREITOS HUMANOS: NOTAS INICIAIS SOBRE SISTEMAS QUE UTILIZAM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM JULGAMENTOS

Daniela Kojiio Nobre

1. INTRODUÇÃO

Atualmente nos Estados Unidos, estão sendo utilizados sistemas de Inteligência Artificial (IA) em julgamentos. Porém, de acordo com as pesquisas recentes, a forma que é realizada a utilizada esta tecnologia estaria indo contra os princípios da garantia do estado de inocência e o devido processo legal penal pois se estaria tirando a personalidade da condenação e da pena. Situando este tema, é preciso entender alguns detalhes de funcionamento destes sistemas, especialmente no que tange o uso das redes neurais. Dentre os benefícios das redes neurais computacionais é possível citar: não linearidade, mapeamento de entrada-saída, adaptabilidade, resposta à evidências, informação contextual, tolerância a falhas e captura comportamentos complexos de forma hierárquica. Porém, a implementação de noções éticas nestes algoritmos não é tão simples assim. Especialmente no que tange o conceito de culpabilidade, do direito penal. Dito isto, este artigo abordará, através do método indutivo e técnica de análise bibliográfica, o enviesamento algoritmo norte americano COMPAS (VIERA, 2020), conceitos iniciais sobre inteligência artificial e redes neurais (LUGER,

2004) (HAYKIN, 2001), questões sobre funcionamento destes sistemas éticos artificiais (DOGAN et al, 2016), as formas de julgamento automatizado (ALMADA; DYMITRUK, 2020) e a possibilidade de inserção do termo culpabilidade nestes sistemas (GÜNTHER; 2020). Ao final, este artigo pretende responder às seguinte pergunta: É possível utilizar os sistemas de inteligência artificial nos julgamentos de maneira que não afete a presunção de inocência do réu?

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 COMPAS e o viés algorítmico

Viera (2020) aborda o algoritmo COMPAS (Perfil de Gerenciamento Corretivo de Infratores para Sanções Alternativas). Este algoritmo foi elaborado pela empresa Equivant e realiza avaliações de riscos sobre pessoas que voltam a praticar crimes, auxiliar nas informações de decisões e mitigar riscos futuros. Os relatórios gerados eram utilizados por juízes nos tribunais nos Estados Unidos, especialmente no que tange ao índice de reincidência de prisioneiros que gerava. Porém, a organização ProPublica, fazendo uma análise entre as pontuações de risco e as mais de 7 mil pessoas presas, concluiu que este algoritmo era racialmente enviesado. O score de avaliação de risco da empresa apontava as pessoas negras como de alto risco e as pessoas brancas como de baixo risco. Além desse enviesamento preconceituoso, foi constatado que estes dados eram viciados com informações de antecedentes criminais de outros presos, e que influenciavam negativamente a decisão dos juízes sobre a presunção de inocência dos réus. Para responder estas acusações, a empresa comunicou, através do seu relatório denominado "COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity", os seguintes critérios: abuso de substâncias, residência/estabilidade, ambiente social, educação, trabalho, lazer/recreação, isolamento social, atitudes criminosas entre outros. Em detalhes, os dados do questionário eram obtidos por meio de 137 perguntas que incluíam questões como: se o indivíduo participava de gangues, se possuía pais separados, se tinha amigos presos, se no bairro em que vivia era ne-

cessário portar arma, etc. Além da forma de obtenção de dados, o funcionamento do algoritmo COMPAS nao era divulgado, e isso dificulta em aos defensores do réu de recorrer da sentença.

O autor chama de viés algorítmico, que seria uma inclinação racista que o software pode ter. E especifica os momentos em que a inserção de discriminação podem ocorrer: na definição dos parâmetros do software, na coleta de dados e no tratamento destes dados sensíveis nos quesitos raça e gênero. Em sua análise, o autor sugere a utilização de um questionário menos invasivo, especialmente no que tange a abordagem de dados pessoais. Podendo ser viabilizado até mesmo a utilização de bancos de dados heterogêneos, para não ocorrer algum tipo de enviesamento e "alimentar" os dados algorítmicos de maneira mais imparcial possível. Para compreender como seria possível utilizar estes sistemas de maneira não enviesada, temos que adentrar em alguns conceitos computacionais.

2.2.1 Notas iniciais sobre sistemas computacionais que utilizam IA

O ramo da ciência da computação responsável por desenvolver mecanismos e dispositivos tecnológicos que se aproximem do raciocínio humano é chamado de Inteligência Artificial (IA). Neste sentido, é verificável que não se trata de critérios puramente lógicos para a solução de problemas, uma vez que o raciocínio humano não segue exclusivamente tais parâmetros. Neste trabalho será utilizado a designação IA pois é compreendido como um sistema computacional complexo que possui, além de autonomia e persistência, outros atributos não lógicos. De acordo com Luger (2004) estes sistemas não determinísticos utilizam, dentre outros tipos de softwares, redes neurais que simulam a tomada de decisão e acumulam experiência especialmente para cenários para os quais não foram programados. Haykin (2001) considera que o sistema determinístico é aquele em que um dado possui apenas uma resposta e que o sistema não determinístico é quando um dado pode se ter respostas diferentes. Estes métodos de abordagens dizem respeito a como a máquina responde; não dizem respeito ao meio de treinamento que ela teve para aprender a responder. Logo, não se deve confundir se um siste-

ma é determinístico ou não com o método que ele se utiliza para aprender. São momentos diferentes. O desenvolvimento de software possui múltiplas e concomitantes fases de treinamento. Os método de aprendizagem pode partir do pressuposto da existência de um professor ou não. Veja que, nos métodos de aprendizagem não supervisionada não se tem a figura do professor e requer que o próprio algoritmo de aprendizagem avalie os conceitos. Este método não é exclusividade destes sistemas computacionais. A ciência como um todo talvez seja o melhor exemplo de aprendizagem não supervisionada em seres humanos pois os cientistas não têm o benefício de um professor. Os cientistas propõem hipóteses para explicar observações; avaliam as suas hipóteses; usam critérios como simplicidade, generalidade e elegância; e testam hipóteses através de experimentos que eles mesmos concebem.

De acordo com Haykin (2001), a rede neural computacional pode ser analisada como uma distribuição paralela de processadores que armazena maciçamente conhecimento experimental com o fim de torná-lo disponível para uso. Pode ser comparada com o cérebro por dois aspectos: adquire conhecimento por um processo de aprendizagem e as forças de conexão entre os neurônios e são utilizadas para armazenamento do conhecimento adquirido. Esses processadores de informação uniformes podem receber contribuições didáticas da neurobiologia ao utilizarem nomenclaturas semelhantes. Assim, vamos considerar que as sinapses do cérebro humano se assemelham aos pulsos elétricos desses sistemas computacionais. Os pulsos elétricos, que duram alguns milésimos de segundos, aproximadamente a velocidade da luz, devem ser comunicados sem interrupção e de maneira rápida por todos os componentes do hardware. Este sinais, que contêm informações criptografadas, devem ser encaminhados de maneira íntegra e sem erros para os canais confiáveis de transmissão como os canais de longa distância conduzidos por fibra óptica. Por isso que para realizar o envio eficiente entre as redes neurais as redes elétricas precisam estar em bem alinhadas.

As unidades de processamento de informação da rede neural são programadas para produzir saídas adequadas para entradas que não estavam presentes durante o treinamento, num fenômeno chamado de aprendizagem. Desta forma, é possível observar que cada informação

possui um neurônio de entrada e que vai ser propagada pelas conexões até os neurônios de saída e só vai entrar no neurônio de saída correspondente. As definições "neurônio correspondente" - aquele que é considerado correto numa rede bem treinada - e que terá uma "resposta correta" - aquela que possui maior probabilidade - considerando um sistema não determinístico na rede neural, depende do treinamento que o software recebe. Note que os programadores é que são responsáveis por este treinamento. Nesse aspecto, é possível comparar com os testes de medicamentos, em que não existe uma garantia de que 100% dos seus resultados serão positivos, pois depende do parâmetro que vai ser utilizado. É possível dizer que o desenvolvimento de ligações da rede neural ocorre durante esses treinamentos, porém a plasticidade que caracteriza esta rede permite que este neurônio continue em pleno desenvolvimento para se adaptar ao ambiente. Logo, denota-se que estes sistemas possuem uma complexidade que permite que ocorra erros no seu funcionamento que muitas vezes não se consegue averiguar a origem.

2.2.2 Funcionamento dos sistemas éticos artificiais

Dogan, Ebru, et al (2016) acreditam que implementar questões morais na especificamente nos veículos autônomos, mas que para termos didáticos utilizaremos a nomenclatura Inteligência Artificial (IA) por ser mais ampla, e ineficaz. Estes autores defendem a necessidade de analisar esses sistemas éticos artificiais a partir de uma abordagem prática, e não apenas discutindo princípios. Este tipo de análise, especialmente desassociada de princípios, não é uma tarefa simples, basta verificar a seguinte pergunta: "como um IA decide se vai bater num cachorro ou num ciclista, se este veiculo não sabe que a vida humana possui maior valor que a vida do cachorro?". Estes sistemas éticos artificiais possuem planos de ações definidos por sua arquitetura interna. Este sistema é caracterizado por equipamentos com sensores, radares, lasers e câmeras com uma visão de 360 graus. Eles percebem, planejam e controlam os algoritmos dos veículos para que eles se movam num ambiente complexo. Logo, eles interpretam informações de maneira diferente dos humanos e, por não conseguir antecipar todos os

cenários, ele pode atuar de maneira imperfeita e incerta. A arquitetura destes sistemas possuem 3 níveis decrescentes de decisão: a primeira, chamada de nível estratégico, possui uma visão vertical e determina objetivos, crenças e planos. A segunda, chamada de nível intermediário/tático, supervisiona o sistema. E a terceira, chamada de nível operacional, possui uma visão horizontal e analisa as ações realizadas. Além da quantidade e qualidade dos dados que são obtidos, este plano de ações possui duas fontes de incerteza: o código de programação caracterizado pelo alto grau de confidencialidade; e a tomada de decisão baseada em termos probabilísticos. Assim, para definir quais tipos de dilemas éticos devem ser inseridos, esta pesquisa sugere uma abordagem utilitarista afim de propiciar maior aceitação pelos usuários. O pensamento utilitarista pressupõe que a proteção das pessoas nas ruas deve considerar questões como idade, responsabilidade e vulnerabilidade dos usuários dos carros e pedestres. Especialmente quando se tem cenários em que podem ocorrer acidentes, são consideradas hipóteses de "auto sacrifício" do próprio sistema.

Ainda, assumir que as decisões dos IA serão seguras e com total aceitação pelo seu usuário não é válido. O usuário final pode achar que o ganho e segurança em seu contexto não é suficiente para cobrir o mérito individual de dirigir o carro pois as decisões humanas geralmente misturam emoções e outras motivações. Estes autores concluem, entre outros aspectos, que os softwares precisam ser capazes de aplicar diferentes grupos de princípios em diferentes casos. E os usuários finais precisam aceitar os planos de ação destes sistemas. Mas a aplicação destes sistemas éticos artificiais podem variar dependendo da maneira que são realizados os julgamentos automatizados.

2.2.3 Formas de julgamentos automatizados

Para verificar de que forma pode ocorrer este enviesamento algorítmico, é necessário observar que a utilização destes sistemas em julgamentos automatizados pode ocorrer de duas formas. Almada et Dymitruk (2020) vão esclarecer que existem formas de julgamento baseada em decisões totalmente automatizadas e formas de julgamento baseada em decisões parcialmente automatizada. Este modelo parcial-

mente automatizado possui outros dois submodelos. O primeiro toma o modelo de julgamento como um auxílio, ou seja, este submodelo é designado para auxiliar o juiz, como se fosse um assistente provendo uma sugestão nas sentenças ou decisões interlocutórias. Logo, este modelo leva em consideração a forma em que o juiz opera e oferece sugestões que podem ser posteriormente verificadas pelo olhar humano. O segundo submodelo toma o julgador como um adversário, ou seja, o seu suporte ocorre apenas depois do atuação do juiz e na forma de crítica. Confronta os argumentos humanos e suas conclusões. Invariavelmente, é possível que o sistema aponte algumas fraquezas das decisões humanas, aponta evidências que foram omitidas e apresenta diferentes referências legislativas e jurisprudenciais e pode até desafiar o modelo humano de decisão. Nestes dois submodelos, a decisão é conduzida por um humano e desenvolvida pelo sistema automatizado. Ao contrário da primeira, em que o humano verifica a decisão da máquina, neste caso e a máquina que verifica a decisão do humano. É possível constatar que o segundo submodelo, devido ao seu caráter crítico, melhora a qualidade das decisões pois diminui o risco de reduzir decisões simplesmente copiadas e coladas de outros modelos. Em cada um destes submodelos, a intervenção automatizada pode ser feita toda de uma vez só ou pode ser feita em cada etapa de julgamento. Inclusive, como são submodelos que não se excluem, eles podem ser aplicados juntos.

Um obstáculo para analisar a quantidade e qualidade destes algoritmos é que sistemas autônomos são opacos para os seus observadores. Existem basicamente três barreiras: (i) um sigilo intencional dos atores que controlam os algoritmos, utilizando leis de propriedade intelectual (ii) a habilidade para codificar e desenvolver modelos matemáticos, utilizados na programação de IA e, por último, (iii) o grandes conjuntos de dados (big data) que estes sistemas utilizam. Logo, a dinâmica entre esse fatores dificulta o trabalho daqueles que querem colocar métricas avaliativas, ou até mesmo entender como o sistema funciona e verificar seu desempenho.

2.3 Inserção do critério culpabilidade

GUNTHER (2017) trabalha a questão do livre arbítrio, tanto do réu quanto do juiz, em que não apenas o delinquente é incapaz de evitar

seu comportamento, como também o é o juiz ou a juíza que sobre ele deveria opinar. Neste exemplo, este autor considera que um julgamento não seria fruto de uma decisão livre, e não por estar apenas limitada pela lei e, consequentemente, passível de responsabilização; pelo contrário, derivaria de um complexo de processos causais, que não poderiam ser imputados ao julgador. Ou seja, em modelos de decisão automatizada, até mesmo a responsabilidade do juiz pode ser questionada.

Dificilmente se encontra na literatura penal um conceito consistente de culpabilidade que não esteja acompanhado de exceções. A noção de culpabilidade penal, em sentido amplo, pressupõe a intencionalidade do agente, que pode ser dolosa ou culposa. Assumindo este ponto, esta noção não compreende uma conclusão definitiva imune a qualquer objeção. Por isso, a culpabilidade e passível de uma exceção a ponha em cheque. No direito penal alemão, também existem as controvérsias acerca do dolo eventual e a culpa consciente – assim como o recklessness e negligence no common law – porém, neste artigo, será trabalhado a delimitação negativa do conceito de culpabilidade, que tem como uma de suas bases, as circunstâncias que influenciam a formação da vontade individualmente reprovável.

No plano do conceito jurídico-penal, este conceito é envolto por definições negativas, como no seguinte modelo: um autor age culpavelmente quando determinadas circunstâncias excepcionais não estão presentes. Especificamente, o autor discrimina algumas destas circunstâncias que serao comentadas a seguir. A incapacidade – causada por falta de maturidade ou por enfermidade – de compreender a ilicitude do ato praticado ou de agir conforme um correto discernimento a esse respeito. A falta de consciência de ilicitude, provocada por um erro inevitável. A presença, no momento do fato, de determinadas circunstâncias que tornam inexigível um comportamento em observância ao direito, ou que ao menos tornam compreensível a lesão de determinado bem jurídico (caso, respectivamente, do chamado "estado de necessidade exculpante" e do excesso na chamada "legítima defesa"). E, por fim, a genérica inexigibilidade de conduta diversa (vista, por exemplo, em casos de colisão de deveres no âmbito dos crimes omissivos). Note que estas circunstâncias não constituem um rol taxativo e nem possuem uma validade transcen-

dental em qualquer lugar ou tempo. Ou seja, elas variam dependendo do ponto de vista cultural ou histórico. Esta definição jurídica negativa, faz com que seja utilizada na técnica dos legisladores penais alemães, e também utilizada pelos precedentes da common law, que consiste na utilização do modelo de regra exceção, que funciona com um procedimento de exceções e refutações. A culpabilidade penal seria o que resta, quando não houvesse exceções legais.

A culpabilidade penal, para ser imputada ao agente, precisa passar por um filtro de exceções legais. Assim, Herbert L. A. Hart definiu a responsabilização no direito. Ou seja, a responsabilização parte da *atribuição passível de refutação.* Em síntese, um agente é culpável sempre que não puder refutar, com base em exceções à regra, a responsabilidade que *prima facie* que lhe foi atribuída. Assim, se tem uma ideia de direito penal do fato, em que a responsabilidade é atribuída individualmente ao agente de acordo com a sua culpabilidade. (GÜNTHER; 2020). Esse filtro de exceções legais, para serem transmitidas aos sistemas éticos artificiais invariavelmente passam por dilemas éticos e morais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste trabalho, é possível realizar uma crítica a estes modelos de julgamento automatizado, inclusive considerando o submodelo que visa apenas auxiliar o juiz. Numa democracia em que se aplica o princípio da legalidade estrita, a adoção de "juízes robôs" só será legítima se for possível que "advogados robôs", propondo uma troca de papéis onde sistemas automatizados possam compreender questões internas ao julgamento. Logo, a automatização de decisões impactam não somente o funcionamento do sistema legal como um todo, deixando mais rápido e barato, mas reduz a relação e interação humana no processo.

Observa-se que é muito difícil verificar se os algoritmos são preconceituosos uma vez que estes sistemas, além de possuírem a capacidade de autoaprendizagem, possuem alguns elementos que deixam fazem com que estes sistemas sejam obscuros - tais como um sigilo intencional dos atores, a complexidade dos modelos matemáticos utilizados, os grandes conjuntos de dados que estes sistemas utilizam.

Diante desta apresentação, ao adentrar ao elemento culpabilidade, que diz respeito ao seu núcleo essencial que considera a reprovabilidade individual na formação da vontade, ainda assim e desafiador colocar em termos objetivos. Se houvesse de forma prática um conceito jurídico que definisse: "o agente é culpado quando…" seria melhor compreendido pelos sistemas que utilizam IA, ou seja, ainda é difícil inserir o critério de culpabilidade nestes sistemas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Marco; DYMITRUK, Maria. Privacy and Data Protection Constraints to Automated Decision-Making in the Judiciary. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340594815_Privacy_and_Data_Protection_Constraints_to_Automated_Decision-Making_in_the_Judiciary#pf2. Acesso em: 21 maio 2020.

Dogan, Ebru, et al. "Ethics in the Design of Automated Vehicles: The AVEthics project." EDIA@ ECAI. 2016.

HAYKIN, Simon S. Redes neurais: princípios e prática. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. xvii, 900 p

GUNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. Rev. direito GV, São Paulo , v. 13, n. 3, p. 1052-1077, Dec. 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808=24322017000301052-&lng=en&nrm-iso>. access on 26 May 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201741.

VIEIRA, Leonardo Marques. A PROBLEMÁTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DOS VIESES ALGORÍTMICOS: CASO COMPAS. Disponível em: http://lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020. LUGER, George F. Inteligência artificial. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004. xvi, 774 p

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO ALICERCE DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O ADVENTO DO JUIZ DE GARANTIAS

Leonardo Bocchi Costa

INTRODUÇÃO

O princípio da imparcialidade é considerado um dos pilares da atividade jurisdicional brasileira, tendo seu valor ainda mais elevado quando se trata da jurisdição criminal, quando o direito à liberdade do sujeito passivo processual está em jogo. A presente pesquisa abordará o sistema penal garantista adotado pela Constituição Federal de 1988 e as decorrências axiológicas de tal acolhimento, tendo em vista que o garantismo tem relações diretas com o sistema acusatório e este, com o princípio da imparcialidade.

O contato do julgador criminal com os elementos informativos colhidos durante a investigação preliminar será analisado à luz da teoria da dissonância cognitiva, buscando comprovar a influência gerada pelos potenciais elementos probatórios gerados pela acusação sobre a concepção do julgador sobre o caso analisado judicialmente. Nesse mesmo sentido, a valoração dada pelo julgador às provas apresentadas pela defesa do acusado será abordada, tendo em vista a logística da persecução penal, em que primeiro são colhidos os elementos informativos e, somente após a instauração da ação penal, será oportunizada a defesa técnica ao acusado.

Por fim, o advento do juiz de garantias trazido pela aprovação do Pacote Anticrime pelo Congresso Nacional será discutido, buscando demonstrar a importância da separação entre o juiz de garantias e o juiz processual, a fim de que se mantenha imaculada a imparcialidade do julgador, visando a se garantir um julgamento justo e sem disparidades entre a atuação das partes para o convencimento do juiz.

1 GARANTISMO PENAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo eminentes mudanças nos valores essenciais adotados pelo Estado brasileiro, que, à época, vinha de recente rompimento com uma ordem vigente autoritária e que violava deliberadamente os direitos individuais dos seus cidadãos. Buscando representar uma mudança jurídica sólida no sentido da promoção e do protagonismo dos direitos fundamentais na ordem jurídica pátria, Carta Magna estatuiu, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito em que se instala a República Federativa do Brasil. Ainda por cima, no mesmo artigo, em seu inciso III, positiva o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (BRASIL, 1988).

Ao elevar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, a Carta Magna busca nitidamente trazer protagonismo aos direitos fundamentais, tendo em vista que tais direitos constituem "uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões" (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151). De tal modo, o princípio da dignidade da pessoa humana estender-se-á a todas as searas jurídicas pátrias, por meio da promoção aos direitos fundamentais, que deverão ser devidamente observados pelo Estado (eficácia vertical) e pelos próprios indivíduos (eficácia horizontal).

O sistema penal a ser estabelecido pelo Estado brasileiro deve ser, portanto, compatível com as finalidades do Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana. Visando à maior compreensão acerca do sistema penal delineado pela Constituição Fe-

deral de 1988, faz-se indispensável a abordagem de alguns dispositivos que se encontram no artigo 5º da Carta Maior, que podem ser compreendidos como o alicerce do sistema penal brasileiro. O inciso LVII prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988), positivando no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Ao mesmo tempo, o inciso XLV garante que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (BRASIL, 1988), explicitando no texto constitucional o princípio da responsabilidade pessoal ou também conhecido como princípio da intranscendência.

Sem prejuízo, a Constituição Federal, em seu inciso XXXIX do artigo 5º, prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988), positivando no texto constitucional o princípio da legalidade. E, por fim, no inciso LV do artigo 5º, a Carta Magna garante que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consagrando, de tal maneira, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os princípios constitucionais ligados ao exercício do Direito Penal indiciam, por si só, a delineação de um sistema humanizado, compatível com as finalidades da Carta Magna e, a sua característica mais importante, garantista. O Garantismo Penal diz respeito a um modelo normativo de direito que obedece à estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, "voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo" (NUCCI, 2014, p. 358).

Além dos princípios expressamente positivados pela Constituição, outros valores são previstos implicitamente pela própria Carta Magna e nas disposições infraconstitucionais, buscando confirmar o caráter garantista do sistema penal brasileiro. Como exemplo de um princípio garantismo previsto implicitamente na Constituição Federal, en-

contra-se o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

O sistema acusatório é caracterizado, entre outros aspectos, pela separação entre as funções de acusar e julgar, retirando do magistrado as funções persecutórias e, em consequência, resguardando-lhe a imparcialidade, que constitui nota fundamental do processo e, frise-se, característica fundamental do sistema acusatório (RANGEL, 2015, p. 59). Ao atribuir privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, em seu artigo 129, I, a Constituição Federal separa as funções de acusar e julgar, adotando formalmente o sistema processual penal acusatório.

O sistema acusatório encontra suas origens na Grécia e em Roma, restando tal sistema instalado com fundamento na acusação oficial, apesar de se permitir, excepcionalmente, a iniciativa da vítima. No Direito moderno, o sistema acusatório estabelece uma relação processual que preza pela igualdade entre o autor e o réu, restando o julgador sobreposto às partes, como órgão imparcial de aplicação da lei (MIRABETE, 2000, p. 40).

De tal maneira, percebe-se que, no sistema acusatório, ocorre a separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento, vigendo a igualdade entre o juiz, a defesa e a acusação. Quanto aos atos processuais, tem-se a adoção dos princípios da publicidade, da oralidade e a incidência obrigatória do contraditório. Na sistemática em comento, a proposição da ação penal pública ocorrerá *ex officio,* deixando de ser proposta, todavia, pelo juiz, uma vez que tal função será exercida obrigatoriamente pelo Ministério Público, e nunca pelo julgador (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 6).

Entende-se que o ponto crucial para a identificação de um sistema processual é o reconhecimento de seu núcleo e não de seus elementos acessórios, sendo aquele o responsável pela caracterização de um sistema como acusatório ou inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 134). Quanto ao núcleo axiológico para a caracterização do sistema acusatório, alguns autores entendem que o sistema em comento se caracteriza por gerar um processo de partes, "em que o autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal" (LIMA,

2019. p. 42), elegendo a separação das funções processuais como elemento essencial do sistema acusatório.

Não obstante, pode-se compreender como elemento constitutivo do sistema sob análise a questão concernente à gestão das provas no processo, sendo o sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo, nos termos do qual a gestão da prova encontra-se nas mãos das partes (juiz-espectador) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 134).

2 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO DECORRÊNCIA DA PRÓPRIA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

O princípio da imparcialidade é tido pela doutrina processualista como um dos valores essenciais da atividade jurisdicional. Apesar de tal conteúdo axiológico não se encontrar previsto expressamente pela Constitucional Federal, defende-se que sua defesa seja uma das facetas do princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF) e consequência lógica da adoção da própria natureza jurídica do processo, que é considerado uma forma de heterocomposição "por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, justamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz" (CAVALCANTI, 2016).

Nesse sentido, não se pode admitir um juízo parcial. Se o Estado chamou para si a tarefa de dar a cada um o que é seu, "essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do juiz" (TOURINHO FILHO, 2012, p. 63). A imparcialidade não se confunde com a mera ausência pelo juiz de condição de parte na relação jurídica processual, o que Werner Goldschmidt definirá como "partialidad" (GOLDSCHMIDT, 1950), mas diz respeito, além disso, à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva, com um olhar alheio aos interesses das partes na causa (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 187).

O fato de o julgador não habitar nenhum dos polos na relação jurídica processual é mero pressuposto para que a imparcialidade seja garantida, tendo em vista que só se pode confiar na imparcialidade de quem

não é parte (GOLDSCHMIDT, 1950). A imparcialidade diz respeito, com efeito, a um estado pessoal anímico do juiz, à ausência de pré-juízos acerca de determinado assunto de que é conhecedor e que venha a influir em sua convicção no caso concreto (CAVALCANTI, 2016).

3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO REGRA DE EXCLUSÃO DE COMPETÊNCIA NO OPROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A Lei 13.964/2019 trouxe consigo grandes inovações no que diz respeito à atividade jurisdicional criminal brasileira, com várias alterações de cunho claramente garantista, com a promoção do sistema acusatório. As reformas no Código de Processo Penal trouxeram, antes de tudo, uma previsão expressa da adoção do sistema processual penal acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro, positivado no artigo 3º-A do CPP (BRASIL, 1941). Além disso, a reforma legislativa trouxe consigo a figura do juiz de garantias, dividindo a função jurisdicional na persecução penal em dois momentos: a fase investigativa e a processual. O juiz que praticar qualquer ato processual durante a fase de investigação ficará impedido de atuar na fase processual, nos termos do artigo 3º-D do mesmo diploma legal.

O chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) positivou, além disso, a tese adotada há muito tempo na doutrina acerca da atuação do julgador durante a fase de investigação, pela qual, em respeito à separação de funções do sistema acusatório (CAVALCANTI, 2016), o julgador deve atuar apenas "como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do indiciado" (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 151). Nesse sentido, qualquer atuação de ofício pelo juiz, seja para a decretação de medidas cautelares ou a determinação de diligências investigativas, deve ser compreendida como ilegítima (PACELLI, 2014, p. 891) e violadora do sistema acusatório estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Em clara guinada do legislador ao sistema acusatório, o Código de Processo Penal brasileiro passa a prever, em seu artigo 3º-B, que o juiz das garantias é o 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. Somando tal disposição à norma prevista pelo artigo 3º-A, segundo a qual é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, percebe-se que resta absolutamente prejudicada a atuação *ex officio* pelo julgador em prejuízo do réu na fase de investigação, devendo haver atuação jurisdicional somente para o controle da legalidade da investigação e para garantir o respeito aos direitos fundamentais do indiciado.

3.1 SOBRE A IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL

A novidade trazida pela previsão da figura do juiz de garantias é o impedimento de atuação durante a fase processual ao julgador que de alguma forma teve contato com a investigação preliminar, praticando atos processuais que lhe competiam. Tal previsão de impedimento é essencial para que se garanta um juízo imparcial durante a fase processual e, consequentemente, um julgamento justo. Isso porque a finalidade da inovação ora abordada é a garantia de que o julgador não se contamine com o que foi apurado na fase de colheita de informações, a fim de que se mantenha a imparcialidade do julgador e que ocorra posterior julgamento apenas dos elementos que se encontram nos autos do processo (RANGEL, 2015, p. 62).

A contaminação do julgador pelos elementos informativos colhidos durante a fase investigativa prejudica decisivamente a imparcialidade que se espera de um juiz, uma vez que, ao ter contato com provas produzidas exclusivamente pela acusação (já que a investigação defensiva é pouco disseminada no Direito brasileiro), o julgador será apresentado, na maioria das vezes, a elementos que terão como finalidade o desabono da imagem do indiciado, tendo em vista que a acusação buscará demonstrar o envolvimento do indiciado com o crime a ser julgado. Claramente há exceções à regra abordada, quando o próprio responsável pela acusação (Ministério Público ou o ofendido) solicita o arquivamento da investigação por falta de elementos probatórios que indiquem a materialidade do crime ou o envolvimento do indiciado com o delito etc.

Como a fase pré-processual da persecução penal não é atingida pelo princípio do contraditório, a defesa do réu e a possibilidade de demonstração de sua inocência restam prejudicadas, fato que gerará o contato do julgador apenas com os elementos que eventualmente incriminem o indiciado, mas não com os fatos que gerarão a dedução de sua inocência. Ao ser apresentado à pior face do indiciado, o julgador poderá chegar a pré-julgamentos que o levarão a considerar o indiciado culpado pelo crime antes da apreciação dos elementos probatórios apresentados pela defesa. É nesse sentido que entra em cena a teoria da dissonância cognitiva.

A teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida pelo psicólogo Leon Festinger, parte do pressuposto de que cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo, por meio de relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Com efeito, o indivíduo condiciona a busca por novas informações à obtenção de informações que confirmem seu ponto de vista pré-concebido, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, vale dizer, informações dissonantes que, ao serem refutadas, atuem com efeitos ratificadores sobre a hipótese pré-concebida (SCHÜNEMANN, 2012).

Essa teoria entra em contexto no Direito Processual Penal ao se buscar a abordagem acerca de situações em que ocorre pouca valoração das provas apresentadas pela defesa ao juiz em face da maior consideração pelo julgador dos elementos informativos juntados pela acusação. Para a comprovação acerca da aplicabilidade da teoria da dissonância cognitiva, o acadêmico Bernd Schünemann elaborou uma pesquisa de campo, submetendo diferentes julgadores ao mesmo caso, com a diferença de que alguns obteriam acesso aos elementos informativos do inquérito policial antes da audiência de instrução e outros não. Ao final da experiência, verificou-se que todos os julgadores que foram apresentados aos elementos informativos antes da audiência de instrução e julgamento condenaram o réu, ao passo que mais da metade dos julgadores que não tiveram acesso ao inquérito policial absolveram o imputado (SCHÜNEMANN, 2012).

A pesquisa de campo desenvolvida por Bernd Schünemann comprova o comprometimento da imparcialidade do julgador ao entrar em contato com os elementos informativos da investigação preliminar, de modo que se prejudica o princípio do contraditório quando o réu acaba por ser condenado, mesmo que indiretamente, por elementos colhidos durante a fase pré-processual, de modo que, mesmo após sua submissão ao contraditório, a impressão gerada pela informação colhida pela acusação não será alterada na psique do julgador, tendo em vista a dissonância cognitiva sofrida por ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se concluir, após o desenvolvimento do raciocínio trazido pelo presente estudo, que o contato do julgador com os elementos informativos colhidos pela acusação em sede de investigação preliminar prejudica decisivamente a imparcialidade que se espera de um juiz criminal, de modo a prejudicar os princípios do contraditório e da ampla defesa, que restam tolhidos pelas pré-concepções que acabam por envolver os julgadores que acessam os elementos informativos do inquérito policial.

A figura do juiz de garantias e o consequente impedimento de sua atuação durante a face processual da persecução penal apresentam-se como uma forma de equalizar a relação jurídica processual penal, de modo que se garanta a paridade de armas entre as partes, a fim de que a defesa não tenha seus elementos probatórios desvalorizados por conta das pré-concepções que eventualmente venham a habitar o psicológico do julgador.

Com isso, compreende-se que, em decorrência do sistema penal garantista e do sistema acusatório, o legislador há de prezar pela garantia de um julgamento imparcial às partes de um processo criminal, de modo que a reforma trazida pelo Pacote Anticrime demonstra a preocupação legislativa em promover um embate paritário e equânime entre as partes processuais, a fim de que o juiz não tenha sua imparcialidade violada pelo contato com elementos pré-processuais que venham a prejudicar a atuação da defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRITO; Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 517 p.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **O Juiz das garantias na investigação preliminar criminal.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n.9, p.15-40, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidade como principio básico del processo:** la partialidad y la parcialidad. Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 1903 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 347 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 784 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1182 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdades, n. 11, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 715 p.

O FENÔMENO DO NEOPROCESSUALISMO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Tatiana de Gusmão Vieira
Diego Gonçalves Santos de Matos

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa pelos Direitos Humanos passou a ser vista como objetivo primordial a ser alcançado, influenciando assim todos os ramos do direito. O Processo Civil nesta seara vem passando por importantes mudanças no que diz respeito a sua atuação em prol da dignidade humana e garantias fundamentais. Começa a surgir, gradativamente, uma mudança na concepção formalista e rígida do processo. A instrumentalidade, a eficiência e eficácia das tutelas jurisdicionais tornam - se as principais preocupações dos operadores do direito que, desta maneira, começam a enxergar os institutos do Processo Civil como saída para objetivar a proteção constitucional ofertada aos Direitos Humanos.

Neste sentido, a antiga visão de que o processo consiste unicamente em conjunto de técnicas voltadas a oferecer uma solução pacificadora diante das lides postas sob apreciação judiciária mostra-se em total desconformidade com o modelo de processo constitucionalizado implementado pela CF de 1988. Na visão contemporânea do Processo Civil, os institutos processuais passam a atuar ativamente no conflito, interferindo diretamente na proteção das garantias fundamentais a fim de reafirmar os valores essenciais do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, muito mais do que se adequar a Constituição Federal o processo deve desempenhar a função de efetivo instrumento público em defesa dos Direitos Humanos.

Destarte, o Processo Civil, como qualquer ramo do direito, deve se adequar as mudanças sociais, visto que o direito nada mais é do que um reflexo das aspirações coletivas. Nesta toada, os clamores sociais apontam no sentido de cada dia mais se proteger aqueles direitos tidos como básico para o cidadão, impondo aos poderes públicos e aos legisladores mecanismos capazes de concretizar tal objetivo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL

Desde os tempos mais remotos a humanidade procura meios para aplicar seus valores de justiça diante dos conflitos vivenciados. Todavia, os instrumentos utilizados nesta busca se modificaram intensamente ao longo das civilizações.

Nos períodos mais primórdios, verificamos a figura da autotutela como meio utilizado para aplicação da justiça diante da existência de litígio. O cidadão que sofresse determinada lesão iria através de seus próprios esforços desempenhara atividade que hoje conhecemos como jurisdição, ou seja, neste período dominava a premissa de "fazer justiça com as próprias mãos".

Superada essa fase, a sociedade passou a atribuir a uma autoridade pública a função de pacificar suas lides, determinando para tanto uma solução em face problema enfrentado. Denota-se assim o início a função substitutiva da jurisdição, onde um agente público em nome do estado aplica a lei ao caso. A partir de então, começaram a surgir às primeiras normas processuais cuja função seria de organizar a atividade judiciária que se desenvolvia. (THEODORO JÚNIOR, 2018)

Foi na Grécia e principalmente em Roma que o Processo começou a ganhar cunho científico. O autor supracitado (2018, p.8) menciona que**:** "a partir do mundo clássico Greco-romano que o direito processual passou a ganhar foros científicos, desvinculando-se de preceitos religiosos e superstições".

Dentre as principais características observados no processo neste período estão a oralidade, a valorização da prova documental e a li-

berdade de apreciação das provas pelo julgador que sobre elas aplicava seus valorais pessoais sem subordinações externas legais. Nesta fase o julgador era visto como árbitro.

O processo aos poucos foi sendo entendido como uma atividade oriunda do poder estatal, cuja finalidade primordial era de pacificação de conflitos. Doutrinariamente, entende-se que a evolução do processo civil romano se deu em três fases:

1. Período Primitivo:

O período primitivo ou *legis actiones*, fundamentado, sobretudo, nas Lei das XII Tábuas, caracteriza-se pelo formalismo exacerbado e oralidade. O procedimento, como bem observa Humberto Theodoro (2018), se desenvolvia inicialmente pelo magistrado, que delimitava o objeto jurídico, e depois diante dos cidadãos que nas suas atribuições de árbitros eram responsáveis pela coleta das provas e prolação da sentença. Vale ressaltar que ainda não existia a figura do advogado, passando as partes a litigarem em causa própria.

2. Período Formulário:

Neste período, conforme as lições do autor supramencionado ocorreram um avanço significativo no Império Romano, o que favoreceu o surgimento de relações jurídicas mais complexas. Aqui é possível enxergar a presença de árbitro privados, cuja função era proferir as sentenças imposta pelo Estado. Corroborando com o raciocínio Theodoro (2018, p.9) ainda afirma "o magistrado era autorizado a conceder fórmulas de ações que fossem aptas a compor toda e qualquer lide que se lhe apresentassem". O processo se assemelhava ao *legis actiones* muito embora houvesse aqui a presença de advogados. Também eram aplicados o princípio do livre convencimento motivado bem como o contraditório das partes.

3. Fase da cognitio extraordinária:

Esta fase caracteriza-se pelo desaparecimento dos árbitros privados que foram substituídos por funcionários do Estado. O processo deixou

de ser oral para adquirir forma escrita através das seguintes fases: pedido do autor, defesa do réu, instrução, prolação da sentença e execução. Foi a partir desta fase que o Processo Civil construiu seus primeiros pilares. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

As duas primeiras fases equivalem ao período de justiça privada (*ordo judicio rum privatorum*) composto pelas etapas *in iure* e *in judicio*. A primeira ocorre sob a coordenação de um magistrado representante do Estado cuja função é conduzir as partes para um juiz. Já a segunda, se desenvolve perante um juiz ou árbitro que se encarregam de recolher as provas e prolatar a sentença. Vale ressaltar, que o juiz e o árbitro eram apenas particulares, não assumindo a função de juiz propriamente dito.

Foi apenas no período da *cognitio extraordinária* que surgiu a ideia de justiça pública. O Estado passou então a desempenhar atividade jurisdicional, ouvindo as partes e resolvendo o litígio diretamente por meio da figura de um funcionário público imbuído de poderes jurisdicionais. Este funcionário público mais tarde ficou conhecido como juiz oficial da justiça pública, nos moldes como conhecemos hoje.

- Fase científica:

A fase científica ou moderna do processo civil iniciou-se no século XX trazendo significativas mudanças, sobretudo no que se refere à apreciação das provas. Antes o juiz estava vinculado a pré-valorização atribuída à prova, ou seja, sobre elas não podia exercer qualquer juízo crítico, tendo em vista que estas já estavam anteriormente valoradas pelo direito positivo. Além disso, não possuíam a liberdade de *ex officio* produzi-las, ficando restrito as que já constavam nos autos. Todavia, nesta fase moderna do processo o juiz obteve a liberdade de apreciação sobre as provas, podendo sobre elas desenvolver seu juízo crítico motivadamente e dentro dos limites da lei. O juiz também adquiriu a liberdade de produzir provas quando achar necessária a instrução do processo, visando desta forma proferir uma decisão mais justa (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Observa-se, portanto, que nesta fase o magistrado passa a intervir na lide apreciando e produzindo provas dentro dos limites que lhes são conferidos pela lei. O processo civil começa então a atuar em prol dos

interesses coletivos, buscando a imparcialidade e justiça nas decisões judiciais. Esta visão prevalece até hoje no atual código de processo civil.

3. OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

À medida que as sociedades evoluíram o interesse pelos Direitos Humanos aumentou em todas as ordens jurídicas mundiais. A II Guerra Mundial e a Guerra Fria são fatos históricos que motivaram de forma determinante a elaboração de documentos internacionais em defesa dos Direitos Humanos. Em resposta as atrocidades ocorridas durante a II Guerra Mundial, surgiram no cenário internacional em 1945 a ONU (Organização das Nações Unidas) e, posteriormente em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O respeito pela dignidade humana passou então a ser uma premissa essencial a ser observada quando da elaboração das leis e tratados por todo mundo. Esse enfoque fundamental deve-se em razão da sua essência, sendo concebido como um direito primordial inerente a todo ser humano desde o seu nascimento.

Os Direitos Humanos em virtude de sua natureza não necessitam de positivação jurídica para serem protegidos, ao contrário, atuam como princípios supremos de uma ordem jurídica, direcionando o estabelecimento das garantias fundamentais nas constituições e documentos internacionais.

Segundo os ensinamentos de Almeida (2015, p.24) Direitos Humanos são:

> (...) ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitam a todo ser humanos manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Pelo conceito acima, identificamos que os Direitos Humanos devem nortear toda atividade política de uma nação, impondo a criação

de mecanismos de proteção ou a adoção de medidas inibitórias que permitam, em ambos os casos, a concretização destes direitos.

Os Direitos Humanos possuem assim caráter universal e indisponível, devendo ser reconhecidos pelas Nações em todas as suas esferas de poder, interferindo na elaboração e interpretação das normas, na atividade jurisdicional e no desenvolvimento das políticas públicas por parte do poder executivo.

Nesta toada, buscar mecanismo de proteção aos Direitos Humanos significa, portanto, lutar por uma sociedade mundial mais solidária e justa, que permita que o indivíduo possa usufruir de condições razoáveis de cidadania.

Benevides *apud* Borges conceitua os Direitos humanos como sendo:

> (...) aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

4. CARACTERÍSTICAS IMPORTANTES

4.1 Universalidade

Os Direitos Humanos possuem como destinatário todos os indivíduos, haja vista serem direito inerentes à própria condição de ser humano. Dessa forma, por serem um conjunto de direitos voltados a toda e qualquer pessoa, seja qual for sua nacionalidade, religião ou posição política, os Direitos Humanos possuem caráter Universal. Isto significa que suas normas de proteção são genéricas e ilimitadas, devendo ser respeitado de forma globalizada em todos os Estados, sobrepondo inclusive à soberania absoluta destes. Corroborando com esta ideia podemos observar o que dispõe o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Todas as pessoas nascem livres e iguais

em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade".

Ainda se referindo ao caráter universal temos o art. 1º da Declaração de Viena de 1993 estabelecendo que: "A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas"

Em nossa Constituição o art. 5, *caput* reflete a aludida característica, ao dispor que:

> 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(...)(VADE MECUM, 2020, p.7)

Dessa maneira, percebe-se que a universalidade atribuída aos Direitos Humanos nos tratados internacionais, afirma o dever dos Estados em promover, através de suas constituições e leis internas, mecanismo de defesa a tais direitos, de modo que haja um espírito de solidariedade mútuo entre as nações.

4.2 Irrenunciabilidade

Os Direitos Humanos por se tratar de direitos fundamentais à existência digna do homem não podem ser objeto de renúncia por parte de seus titulares. Pode haver, contudo, não exercício desses direitos, mas nunca a sua renúncia (BULLOS, 2017).

4.3 Imprescritibilidade

A possibilidade de se requerer determinado Direito Humano não se exauri com o decorrer do tempo, isto porque não estão sujeitos a qualquer prescrição.

Conforme as lições de José Afonso da Silva (2017, p.181):

> (...) a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade de direitos de caráter patrimonial, não há exigi-

> bilidade de direitos personalíssimos, ainda que individualistas, como é o caso (...)

Sendo assim, os Direitos Humanos podem ser exercidos a qualquer tempo, e a ausência de seu exercício pelo titular do direito não acarreta, portanto, a incidência de prescrição. Existe, pois, em relação a estes uma exigibilidade permanente, como ficou demonstrado na citação supramencionada.

4.4 Inalienabilidade

Os Direitos Humanos não podem ser objeto de negociação, alienação ou transferência, tendo em vista não possuírem caráter patrimonial, mas eminentemente *personalíssimo*. Silva, (2017, p.180) ensina que: "(...) se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis."

Cumpre ressaltar que, a união de todas essas características confere aos Direitos Humanos uma qualidade de direito superior na hierarquia das normas jurídicas. Nesta linha de raciocínio Celso A. Mello, *apud* Almeida, (2016, p. 17) "(...) quando tratamos de Direitos Humanos, temos a convicção de que todo o resto do Direito é secundário." Sendo assim, diante de sua importância estes direitos devem ser respeitados e protegidos universalmente através da elaboração de leis, tratados, bem como políticas públicas que implementem sua efetivação.

Diante disto, percebe-se que os Direitos Humanos independem de reconhecimento formal pelos estados, visto que seu caráter universal impõe a sua observância em face de todas as Nações e em favor de todo e qualquer indivíduo. Outrossim, estes direitos ultrapassam as barreiras geográficas, relativizando o princípio da autodeterminação dos povos em prol da valorização da dignidade humana. Desta maneira, tais direitos subsistem acima de qualquer ordem jurídica, pois se trata de garantias fundamentais, indivisíveis, inalienáveis e essenciais à existência humana.

5. O NEOPROCESSUALISMO

Observa-se que o processo civil vem passando por intensas mudanças nas últimas décadas. O individualismo dominante nas presta-

ções das tutelas jurisdicionais, onde a eficácia do processo restringia-se apenas aos autores, cedeu lugar a uma tutela voltada a proteção dos interesses difusos. A crescente influência do Direito Constitucional favoreceu a ocorrência de tais mudanças, de modo que o Processo Civil passou a buscar mecanismos com o fito de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e nos tratados internacionais sobre direito Humanos. Evidencia Theodoro Júnior (2018, p. 14) que:

> (...) o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido feitio social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais.

Desta feita, a supremacia das normas constitucionais aplicadas às regras processuais conduz a um processo cuja finalidade ultrapassa o julgamento da lide, interferindo na própria decisão do direito material. Consolida-se, portanto o entendimento de que os institutos do Processo Civil devem possuir efetividade necessária para concretizar as garantias fundamentais, caso contrário não estará atendendo a sua função pública. Neste sentido, estamos vivenciando, pois, a fase em que o Processo Civil moderno busca ampliar seu campo de atuação a fim de atender os preceitos constitucionais relativos à proteção dos direitos humanos, tornando-se assim mais comprometido com os fundamentos da justiça e da cidadania.

Observa-se, contudo, que estas mudanças ocorridas no Processo Civil foram reflexo de uma constante preocupação do legislador com a efetividade da tutela prestada. Esta efetividade relaciona-se, principalmente, com a celeridade processual, instrumentalidade do processo e adequação da prestação jurisdicional ao litígio posto sob apreciação judiciária.

No que se refere ao tratamento constitucional, o novo CPC priorizou ainda mais os valores disciplinados pela Carta Magna em prol da efetividade do processo. Para isto, introduziu em doze artigos de forma expressos a proteção aos direitos constitucionais, buscando desta forma renovar antigos preceitos ainda presentes nos códigos pretéritos.

O artigo 1º do novo CPC estabelece que: "O Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste código". Desta feita, apesar de já existir o dever legal de proteção aos valores constitucionais, o legislador ratificou ainda mais esse compromisso estabelecendo no próprio código de forma explícita a obrigação do processo em observar o que dispõe a Constituição, sobretudo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, o novo código traz consigo a premissa de valorização da informalidade com intuito de tornar o processo um instrumento cada vez mais simples e, dessa forma, alcançar sua finalidade mais consistente na prestação de uma tutela efetiva. Isto se dará através do combate ao cientificismo com criação de soluções que prestigiem a celeridade nas relações jurídicas. Por outro lado, o aludido código demonstra também um cuidado com os valores da segurança jurídica, a fim de buscar maior uniformização das decisões judiciais.

Vislumbra-se também uma preocupação sistemática com a questão da satisfatividade do direito material. O art. 4º dispõe que: "as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa". Sendo assim, não infere-se que não basta que o processo tenha uma duração razoável, faz-se necessário que ele efetivamente satisfaça o direito em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto percebe-se que através do processo de redemocratização ocorrido no Brasil e o consequente advento da CF de 1988, os Direitos Humanos, sobretudo os valores de dignidade humana passaram a ser diretrizes para todo ordenamento jurídico. Neste sentido, com a adoção do Estado Democrático de Direito os preceitos constitucionais passaram a nortear toda ordem jurídica interna, proporcionando assim uma intensa interdisciplinaridade entre os ramos do direito.

Neste diapasão, o Processo Civil com ramo superveniente as disposições constitucionais, passou a abarcar a responsabilidade de refletir

em sua atuação todos os valores presentes na Lei Maior, sobretudo, no que se refere às garantias fundamentais. Neste sentido, as mudanças na sociedade foram provocando no referido processo a premente necessidade de adaptar-se a esta nova realidade que se mostrava no direito. Dessa forma, vislumbrou-se ao longo deste artigo que o aludido processo foi gradativamente abandonando antigos preceitos formais e cientificistas a fim de servir como instrumento útil de efetivação dos Direitos Humanos. Sendo assim, houve o fenômeno de constitucionalização do Processo Civil, que desta forma legitima sua atuação a partir da concretização dos valores presentes na Constituição.

Diante disto, o referido processo passou a tomar nos rumos, caminhado cada vez mais em busca da efetividade da tutela jurisdicional através da aplicabilidade de institutos direcionados a tal finalidade.

Por fim, ao analisar-se o novo código de Processo Civil, viu-se que este pauta-se na valorização de um processo ainda mais voltado aos valores constitucionais, visando incrementar os conceitos de instrumentalidade, celeridade e satisfatividade da tutela jurisdicional.

Chega-se então à conclusão que não se pode mais admitir um processo que, isoladamente, aplica a lei sem se ater aos valores constitucionais presentes em toda relação processual. Nesta esteira, a excessiva formalidade técnica não deve ter o condão de dificultar ou impedir a concretização dos Direitos Humanos previstos na CF/88 e consagrados pelos tratados internacionais.

Pretende-se assim, demonstrar a necessidade de uma verdadeira mudança na concepção do sistema processual por todos os operadores do direito, devendo estes enxergá-lo como ferramenta pública em defesa da sociedade e, por isto, adaptável as mudanças sociais.

Pelo presente artigo, verifica-se que os tempos atuais nos impedem de continuar enxergando o Processo Civil com uma visão tradicional e limitada a antigos preceitos que em nada contribuem para o desenvolvimento da justiça. Definitivamente, não se pode mais admitir no cotidiano forense um processo cuja tutela jurisdicional não atenda aos fins desejados, um processo inútil, que pela excessiva morosidade causa angústia e sofrimento para a população, um processo formalista, que deixa o tecnicismo exacerbado se sobrepor a instrumentalidade, um processo pobre, que não atinge os valores

constitucionais, um processo violador dos Direitos Humanos, enfim, um processo que só causa descrença no Poder Judiciário. Ao contrário, fica a esperança de uma constante evolução em defesa da proteção aos valores humanos presente em casa relação processual postas sob apreciação judiciária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31. ed. Estado: Malheiros, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 52. ed. Forense, 2018. vl. 1.

UMA INTRODUÇÃO AO TEMA DA COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI 13.964/19

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

1. Introdução

A Lei 13.964/19 promoveu sensíveis alterações dentro do regramento jurídico da colaboração premiada. Observa-se que houve o encampamento no plano normativo de entendimentos dos tribunais superiores.

Assim sendo, a alteração legal incluiu no artigo 3º aspectos referentes a fase das negociações alargando sua publicidade interpartes, visto que assegura o registro de todas as tratativas e dos atos de colaboração por meio de gravação magnética, digital, audiovisual para se preservar a fidelidade, garantir a integridade.

A despeito dessas modificações verificamos que é necessário fazer ajustamentos no sistema de colaboração premiada porque eles devem se compatibilizar com as garantias fundamentais do colaborador.

O presente artigo tratará das alterações que reputamos mais importantes por força da sobrevinda desta lei.

2. Natureza jurídica e voluntariedade das declarações

O acordo de colaboração premiada tem sua natureza jurídica como algo objeto de discussão quanto a ele ser um meio de prova ou meio de obtenção de provas, malgrado a divergência doutrinária (BADARÓ.

2017, p.135/136; MASSON; MARÇAL. 2018, p.183 e ss; CARLI. 2012, p.224/225 e SANTOS. 2016, p.79/80), onde a corte constitucional assentou que ele é considerado um negócio jurídico processual (MASSON; MARÇAL. p.184/185). Há quem situe a questão envolvendo a colaboração premiada como um meio de obtenção de provas, como causa do negócio para a acusação e não determinante da natureza jurídica ao passo que para a defesa seria uma questão de estratégia (MENDONÇA, 2017, p.55/61).

Há de se identificar que estamos diante de um acordo que deve primar pela voluntariedade e, posteriormente, ser objeto de audiência para sua confirmação perante o juízo natural e em, ato contínuo, ser objeto de homologação.

A identificação da voluntariedade é apresentada como "ausência de coação externa absoluta e a preservação da capacidade de autodeterminação do agente" (COSTA, 2017, p.174), onde extrai-se ser fruto da "intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão" (BUSATO; BITENCOURT. 2014, p.119).

É irrelevante o fato de estar cumprindo pena ou estar preso a título cautelar, *de per si*, não invalida a aptidão psíquica para firmar o negócio, ressalvada a hipótese de decretação da prisão cautelar sem que haja respaldo nos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal (COSTA, 2017, p.178. DE GRANDIS, 2015, p.1).

O artigo 3-A, da Lei 12.850/13 trata da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, onde absorveu entendimento do STF que reconhecia-o como modalidade de negócio jurídico processual, porém, inovou ao assentar que ele também é meio de obtenção de provas, o que reconhece entendimento de parte da doutrina acerca do instituto.

Todavia, não se pode descurar que ao buscarmos uma leitura do tratamento da matéria no pacote anticrime não há como negar a percepção legislativa em permitir a iniciativa da própria defesa em propor o mesmo, logo, estaríamos diante do acordo possuir feição de manifestação do direito à autodefesa.

Portanto, trata-se de instituto com natureza mista, de meio de obtenção de provas e de defesa materializado em um negócio jurídico

processual. A despeito de já termos concordado com isso anteriormente hodiernamente não enxergamos dessa forma em função da inexistência de amarras legislativas vinculando minimamente o conteúdo das cláusulas, onde o legislador perdeu oportunidade de realizar tal tarefa por ocasião da redação do artigo 3º-C, da Lei 12.850/13 como se verá.

Assim sendo, a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada seria meio de obtenção de provas e de defesa, sendo que a sua materialização se dá por meio de um negócio jurídico processual, mas, como trataremos adiante sem, contudo, transmutar sua natureza.

3. Utilidade e interesse público?

A lei estabelece que o acordo pressupõe utilidade e interesse públicos, o que é evidente em função da necessidade da prova estar atrelada a descoberta de infrações penais e seus desdobramentos, bem como pelo interesse público na persecução criminal e na reparação dos danos causados, em especial, ao erário como restou contemplado no artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92.

Todavia, verifica-se que a opção legislativa brasileira não se coaduna com o atendimento do interesse público, visto que se ao analisarmos os resultados da colaboração premiada encontramos clara preocupação com a minoração dos reflexos advindos da infração penal. Assim sendo, ao centrarmos na questão do enfrentamento da criminalidade o acordo deveria ser permitido em todas as modalidades de delito, com um dispositivo no CPP, e não tratando da questão em leis esparsas, mas há resistência a essa ideia (RODRÍGUEZ, 2018, p.128).

4. Da fase da pré-colaboração ao firmamento do negócio

A legislação penal trata do recebimento de proposta de acordo no artigo 3º-B, da Lei 12.850/13, porém, não demarca o meio em que ocorrerá essa proposta.

Ocorre que a despeito de termos a implementação de institutos típicos do direito privado não se deve descurar da natureza indisponível

do processo penal, o qual é marcado pela discricionariedade regrada dentro de marcos legais estritamente delimitados.

Assim sendo, poder-se-ia falar que a alusão do flagranteado em audiência de custódia poderia servir como proposta para abertura das tratativas?

Pensamos que não haveria óbice para fins de encerrar o início das negociações e abertura do marco de confidencialidade, inclusive a depender do que puder ser apresentado como início de prova e proposta ser beneficiado com liberdade provisória com ou sem medidas cautelares do artigo 319, do CPP.

Todavia, a lei utiliza o termo proposta e isso deveria ser realizado de forma preponderante por meio de petição de seu defensor, porém, como entendemos que em diversos momentos a colaboração premiada revela-se como exemplo de aumento da autodefesa no processo penal, nada impediria o início dessa tratativa em audiência de custódia.

Inicia-se aqui o começo das tratativas e se estabelece o marco de confidencialidade autorizando a incidência do artigo 18, da Lei 12.850/13 e do artigo 325, do Código Penal, caso seja violado esse dever de guardar sigilo sem prejuízo de infração funcional a ser apurada dentro da casa correicional e, no caso do imputado, a depender das condutas, tipificação de delito autônomo.

A quebra do sigilo, da confiança e da boa-fé na divulgação dessas tratativas ou de documento que as materialize não autoriza a inclusão do colaborador no programa de proteção de testemunhas na forma do artigo 2º, § 2º, da Lei 9.807/99, mas não dispensa a preservação da integridade física do mesmo na forma do artigo 5º, I, da Lei 12.850/13.

O proponente colaborador não poderá ser responsabilizado nessa situação pela perda da oportunidade processual de lavrar um acordo, sendo que, de início, recomenda-se a substituição do membro do Ministério Público ou do Delegado de Polícia responsável pelas tratativas.

O sigilo há de ser mantido até a liberação por força judicial, a qual não está adstrita a homologação por decisão, posto que ele pode ser ampliado, o que, aliás, é normal que assim o seja, para que não se frustrem os resultados da colaboração.

A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida pelo Ministério Público como diz o artigo 3º-B, § 1º, da Lei 12.850/13 que terá o dever de fundamentar o porquê da recusa e cientificar o proponente, sendo que isso atrairá a aplicação por analogia do artigo 28, do Código de Processo Penal, com a remessa, inclusive, automática, a nosso sentir, ao Procurador-Geral para deliberar acerca dos motivos da recusa.

Ultrapassada a fase da verificação preliminar da viabilidade potencial do acordo de colaboração as partes firmarão Termo de Confidencialidade, o qual tem por finalidade evitar o vazamento seletivo das informações e gerar o comprometimento das partes na elaboração do acordo. Segue o texto legal para impedir o indeferimento subjetivo das tratativas, as quais deverão lastrear-se em justa causa para sua impossibilidade.

Pensamos que o legislador poderia ter adotado outro termo, uma vez que a ideia de justa causa no processo penal é lastreada na presença provisória de indícios de autoria, prova da materialidade delitiva e presença de um arcabouço probatório que dê suporte a acusação.

Talvez fosse melhor a adoção do termo imotivado como justificativa do não entabulamento do acordo, o qual, repisa-se não dispensa a aplicação do artigo 28, do CPP para verificação dos argumentos apresentados pelo Ministério Público (VACCARO, 2020, p.68).

O artigo 3º-B, § 3º, da Lei 12.850/13 diz que enquanto pendente a análise quanto ao firmamento de proposta de colaboração ou o Termo de Confidencialidade não ocorrerá a suspensão da investigação, porém, a própria lei põe a salvo a possibilidade das partes acordarem quanto às medidas dos artigos 126 e seguintes, do CPP, além do artigo 319, do mesmo diploma legal.

Sem prejuízo, a lei admite a adoção de medidas de natureza cível previstas em dispositivos de leis especiais cíveis que tenham coligação com os fatos apurados, por exemplo, sequestro do artigo 16, da Lei 8.429/92 e outras que preveem o poder geral de cautela do juízo.

5. Da colheita de provas para comprovação dos fatos alegados no acordo

A lei contempla a possibilidade de instrução probatória com a finalidade de alcançar "identificação ou complementação de seu objeto,

dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público".

Quando a lei fala em instrução ela não está delimitando o pedido a colheita de provas em audiência, logo, admite-se a realização de oitiva de testemunhas dentro do corpo de um procedimento de investigação criminal do Ministério Público ou na seara do inquérito policial.

Fato é que não se poderá cogitar em audiência de colheita de provas perante o juízo, uma vez que esse somente atua posteriormente por ocasião de sua homologação e verificação dos requisitos formais *ex vi legis* do artigo 4º, § 6º e 7º, da Lei 12.850/13. Emergirá discussão também acerca da necessidade ou não de intervenção do juiz de garantias, a depender do tipo de prova ser produzida como se infere do artigo 3º-B, XI, do CPP (STF. MC. ADI 6.299/DF, Relator: Ministro Luiz Fux).

Convém dizer que surgirá questionamento quanto a violação do princípio do contraditório pelo fato de que os agentes que por ventura sofrerem a imputação não terem contato imediato com a prova quando de sua elaboração e não participarem da mesma.

Ao permitir a participação dos imputados por óbvio que se frustraria por completo as finalidades do acordo de colaboração premiada, portanto, o contraditório é postergado para o feito criminal em que os delatados forem denunciados.

Todavia, o delatado poderá requerer acesso ao teor das tratativas ao juiz natural da causa ou ao juiz de garantias, a depender do que decidir o STF, com amparo no artigo 7º, § 2º, da Lei 12.850/13 e ele solicitará informações ao Ministério Público que somente negará acesso de forma fundamentada, o que igualmente se aplica ao juiz (STF. Reclamação 24.116/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), logo, não basta argumentação genérica.

Por óbvio, enquanto pendente diligência, ou seja, instrução para apuração dos fatos em seus exatos contornos jurídicos, sua (im)prestabilidade, eficiência para a descoberta dos desdobramentos da organização criminosa haverá legítima negativa ao acesso dos dados.

Na sequência, a lei exige para a formalização da proposta de colaboração e do termo de confidencialidade sua apresentação por escrito formulada pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia, com o colaborador firmando o documento com advogado ou defensor público.

Ressalta a lei, de forma correta, a presença obrigatória da defesa em todos os atos que envolvam as negociações e a formalização do referido negócio jurídico (artigo 3º-C, *caput*, § 1º, da Lei 12.850/13).

A lei exige poderes específicos, os quais, por óbvio serão exigidos do advogado que atua por procuração, sendo que a Defensoria Pública não atua valendo-se de instrumento de mandato.

Institui a lei de combate ao crime organizado um norte para todo o sistema de colaboração que consiste na narração de todas as infrações penais que tenha participado e tenham relação direta por conexão ou continência com os fatos investigados, logo, pode-se chamar de princípio da proibição do segredo.

Veda-se aqui a confissão parcial dos fatos até mesmo porque a avaliação do arrependimento e atendimento das funções do instituto demandam um regresso a integridade, ao comportamento conforme o direito pela revelação integral dos fatos.

6. Do não aproveitamento das provas por iniciativa do celebrante

O dispositivo do artigo 3º-B, § 6º, da Lei 12.850/13 trata da proibição do aproveitamento das provas apresentadas ou informações ofertadas pelo colaborador, o qual agiu de boa-fé em seu oferecimento, na hipótese de não realização do acordo por iniciativa do celebrante.

A lei veda a utilização da prova quando o acordo não for firmado por iniciativa do celebrante, sendo que se o acordo for elaborado pelo Delegado de Polícia temos que a avaliação dos riscos na produção da prova que posteriormente seria utilizada pelo Ministério Público acaba recaindo sobre terceiro que não é o titular da ação penal.

Como a lei fala celebrante, não se limitando a delimitar Polícia Judiciária ou Ministério Público, convém perguntar se a proibição de utilização da prova alcançaria a terceiro que não participou das tratativas. Ou seja, se o Ministério Público não participou da tratativa de acordo elaborada pela Polícia Judiciária ou vice-versa, poderia ele se aproveitar das provas apresentadas de boa-fé pelo colaborador?

A inutilidade da prova nessa situação se alastra e alcança também a terceiros, uma vez que a lei fala em não aproveitamento para qualquer fi-

nalidade. Ou seja, não faz prova contra o colaborador por conta da vedação a autoincriminação nesse caso por força de conduta do celebrante e nem com relação a terceiros, o que promove a perda da prova, ressalvada a descoberta por fonte independente na forma do artigo 157, § 2º, do CPP.

Não teria lógica em atrair o agente para fazer acordo de colaboração, o mesmo não ser concluído por iniciativa do celebrante e outro agente que compõe a estrutura do Estado aproveitar a mesma contra o colaborador.

A boa-fé seria fulminada, caso admitíssemos isso, logo, a inutilidade alcança a todos, inclusive terceiro não participante das tratativas até mesmo porque celebrante deve ser interpretado em sentido amplo como o Estado.

Em ocorrendo alguma nulidade na elaboração do acordo firmado por Delegado de Polícia, os reflexos irão respingar na atividade de avaliação da utilidade da prova, a qual pertence ao Ministério Público. Assim sendo, em havendo uma tratativa de acordo levada a efeito pelo Delegado de Polícia revela-se importante ele trabalhar em conjunto com o titular da ação penal.

O ideal, portanto, seria fazer o acordo diretamente ou com a participação do Ministério Público.

7. Dos benefícios aplicáveis aos colaboradores

A Lei 13.694/19 não promoveu alteração nos benefícios que podem ser aplicados ao agente colaborador. Manteve-se o perdão judicial, a diminuição da pena em até dois terços ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em favor do mesmo, havendo quem defenda a criação de novos benefícios por analogia *in bonam partem* (MENDONÇA, 2018, p.103), a qual é aplicada tanto ao delito de organização criminosa quanto nas infrações penais conexas (MASSON; MARÇAL,p.198).

Frisa-se que o acordo pode ser firmado até mesmo após a sentença, sendo que a lei não restringe sua realização a existência de trânsito em julgado, mas, ocorrerá mitigação quanto aos benefícios que restringirão a diminuição de pena a metade ou a concessão de progressão de regime independentemente dos requisitos objetivos.

Infere-se do texto de lei que não há qualquer menção ao requisito subjetivo, sendo que a denegação do benefício por falta de bom comportamento carcerário tal qual como exige a LEP implicaria na quebra do dever de lealdade processual pelo Estado, posto que o colaborador somente firmou o acordo na certeza de obtenção da progressão como benefício minimamente esperado.

Lado outro, infere-se que a lei dispensou do requisito objetivo silenciando-se acerca do outro de base subjetiva, meritória, o que inclusive poderia implicar na homologação do acordo, mas sem nenhum benefício, novamente promovendo-se um risco em atrair o colaborador para elaborar um acordo para ao final não beneficiá-lo em nada.

Assim, temos que o correto seria a dispensa de ambos os requisitos, ainda que a lei silencie a respeito, visto que a falta de presença de requisitos subjetivos impossibilitando a concessão dos benefícios, em última instância, seria um ato de traição do Estado pela quebra da boa-fé processual inviabilizando a produção do meio de prova.

A legislação, em seu artigo 4º, aponta que os resultados exigidos não são cumulativos, bastando um ou a combinação deles, desde que a colaboração efetiva e voluntária seja avaliada globalmente como eficaz para o desbaratamento da organização criminosa como diz o artigo 4º, § 2º, da Lei 12.850/13.

Calha sopesar que o juiz ao avaliar o benefício que irá aplicar deverá ter em mente a personalidade do colaborador, as circunstâncias da infração, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

De início, a personalidade é um vetor criticado entre os penalistas pela ausência de precisão de critérios ou elementos para sua valoração; as circunstâncias da infração também se revelam de difícil dimensionamento por se cuidar de organização criminosa com desdobramentos em inúmeras atividades delitivas.

Quanto à gravidade tem-se que esse fator é inerente a própria atividade que envolva esse tipo de atividade delitiva e a repercussão social do fato, de modo igual, se situa em uma área deveras arenosa e de intenso subjetivismo porquanto esse fator já não é adotado na jurisprudência para fins de decretação de prisão preventiva (STJ. HC 497.006/

MS, Rel. Min. Jorge Mussi. j. 07/05/2019) e por se cuidar de organização criminosa.

O adequado seria uma avaliação pautada no prisma da eficácia, posto que teríamos um parâmetro objetivo, menos inseguro para a dosimetria dos benefícios.

O juiz poderá conceder os benefícios e avaliará por ocasião da sentença (CALLEGARI; LINHARES, p.104) o benefício que será aplicável, sendo que inclusive ele poderá não conceder nenhum deles na hipótese de inoperância da colaboração premiada, na rescisão prematura do acordo ou em restando configurado o delito do artigo 19, da Lei 12.850/13.

O Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia, suspendendo-se em seis meses o prazo para oferecimento da denúncia. A proposta de acordo de colaboração deve fazer alusão a infração penal de cuja existência não tenha conhecimento prévio, desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (MASSON; MARÇAL, 2018, p.229) na forma do artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/13.

O perdão judicial poderá ser requerido pelo Ministério Público ou objeto de representação pelo Delegado de Polícia, limitado ao pedido na fase de inquérito policial, ainda que não previsto na proposta de colaboração e com relação ao titular da ação penal é possível a aplicação do artigo 28, do CPP na hipótese de negativa indevida de requerimento.

O termo de acordo de colaboração premiada devidamente formalizado, as declarações do colaborador e os autos da cópia da investigação criminal deverão ser remetidos ao juiz que realizará a oitiva do colaborador para fins de colheita de sua espontaneidade e voluntariedade, o que se situa dentro da autodefesa sem prejuízo do acompanhamento da defesa técnica.

A oitiva que ocorrerá na presença do Ministério Público e da defesa técnica deverá se ater a regularidade formal e legalidade; ajustamento do pactuado e os benefícios legalmente possíveis; adequação dos resultados esperados da colaboração e apuração da voluntariedade da manifestação de vontade, notadamente nas hipóteses em que ocorrer o efeito de medidas cautelares.

O dispositivo descortina duas questões e poderia ter sua redação feita de forma mais acurada para expressamente indicar as cláusulas que são vedadas, proibindo o criacionismo nas cláusulas, a inovação na ordem jurídica pelo estabelecimento de novos requisitos ou elementos para o alcance de benefícios penais e processuais penais.

Limitar-se apenas a questão da modificação dos regimes de cumprimento de pena no artigo 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/13 foi aquém do que poderia ter ido o legislador, muito embora não se negue sua ocorrência em diversos acordos e sua evidente ilegalidade. Temos outros exemplos como o ocorrido com a destinação de parte dos valores a título de pedágio em detrimento da recomposição do patrimônio prejudicado.

A adequação dos resultados esperados com os efetivamente obtidos também resta correta, bem como a inexigência de cumulação de resultados, devendo, nesse momento, o juiz atentar-se a possibilidade jurídica dos benefícios, dentro daqueles legalmente possíveis e os previstos na proposta.

Quanto à voluntariedade, o juiz deve tomar especial atenção para que se evite a indevida decretação de prisão cautelar sem fundamentos como método de se tentar compelir a uma colaboração premiada, onde se restar demonstrada a invalidade do decreto de prisão preventiva poder-se-ia adotar o argumento da coação como meio de nulidade do negócio jurídico processual.

A interpretação desse dispositivo com outros da Lei 13.964/19 que modificaram o CPP auxiliará no acompanhamento mais próximo do ajustamento entre hipóteses legais e cabimento de prisões cautelares.

Entrementes, o artigo 3º-A, §7º-A, da Lei 12.850/13 assinala ao juiz ou tribunal realizar a análise fundamentada da denúncia, do perdão judicial e da dosimetria da pena na forma do que manda o Código Penal antes da concessão dos benefícios pactuados, ressalvado quando o acordo contemplar o não oferecimento da denúncia ou o mesmo for lavrado após sua prolação.

A percepção dos benefícios que o colaborador fará jus é efetuada na sentença, como diz o artigo 4º, § 11, da Lei 12.850/13, que apreciará o mérito com relação a todos os coacusados, ressalvado o não ofereci-

mento de denúncia, o qual virá, por óbvio, por ocasião da homologação do acordo de colaboração premiada.

A avaliação perpassará pela eficácia da colaboração premiada e o quão úteis foram as provas apresentadas pelo colaborador para a obtenção de um dos resultados previstos na lei.

O merecimento dos benefícios será avaliado por ocasião do julgamento do processo em que o colaborador foi ou seria denunciado, onde se verificará o rendimento global do acordo de colaboração e sua vinculação as finalidades legalmente exigidas para a concessão dos benefícios. Calha dizer que há margem para discussão quanto ao juiz poder realizar controle referente aos benefícios concedidos para a concessão de benefícios distintos e mais benéficos e, com relação ao perdão judicial, temos precedente do STF quanto à impossibilidade do Ministério Público oferta-lo por demandar apreciação do julgador.

Nessa quadra, a jurisprudência do STF (BRASIL. STF. Pet 7.265/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Todavia, há divergência com relação a isso, posto que se o sistema processual é acusatório temos que o Ministério Público pode requerer a concessão de perdão judicial e isso poderia vincular o magistrado, posto que a lógica não é humanitária como aquela do artigo 120, do CPb, mas sim, o grau de eficiência da colaboração que é medida pelo titular da ação penal (artigo 129, I, CRFB).

Todavia, a questão há de ser analisada com ressalvas em função da natureza do objeto do ajuste entre acusação e defesa, posto que a legislação estabelece que a defesa pode validamente renunciar ao direito a autoincriminação (BADARÓ, 2018, p.142) ao passo que não se estabelecem com clareza as balizas de atuação da acusação.

A adequação referente a clareza legal está nos requisitos que o colaborador deve cumprir para fins de análise da suficiência da prova, posto que a lei descreve os requisitos a serem cumpridos, porém, e aqui é irrelevante se desvendarem todos os elementos legalmente previstos para a obtenção dos benefícios, onde um pode ser suficiente para a obtenção do perdão judicial.

A lei prevê os benefícios que o colaborador pode ser beneficiado, mas sem qualquer preocupação quando aos elementos de processo penal que ela pode ser beneficiada, traçar até que ponto ocorre

a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, qual o parâmetro de flexibilização das regras de direito penal material (CANOTILHO; BRANDÃO. 2016, p.29 e ss), além de aproveitar para tratar dos aspectos extrapenais da questão, visto que invariavelmente alguns delitos podem configurar atos de improbidade administrativa e ou atos da lei anticorrupção.

Estamos diante de questão de grande complexidade, posto que à resolução das arestas penais pode gerar um problema a ser resolvido nas outras áreas, o que demandaria a contemplação de um acordo de não persecução cível do artigo 17-A, da Lei 8.429/92 ou um acordo de leniência.

8. Conclusões

A alteração decorrente do pacote anticrime encampou algumas das soluções apontadas na jurisprudência, as quais em parte, não revelavam respostas totalmente adequadas. A lei deixou de regulamentar outros aspectos que deveriam ser objeto de positivação, o que deveria ter sido feito para que se assegurasse maior segurança jurídica.

Questões como a competência para homologar o acordo de colaboração premiada, as limitações das possibilidades da barganha penal, a repactuação das cláusuas antes da rescisão, além de assentar corretamente o alcance do aproveitamento das provas deveriam ser estabelecidas em lei pelo respeito ao princípio da legalidade.

9. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Colaboração premiada: Meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal*. In: *Colaboração premiada*. Org: MOURA, Maria Thereza de Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT. 2017

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de organização criminosa Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva. 2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 4000. Set./Out. Coimbra: Coimbra Editores. 2016

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012

CARLI, Carla Veríssimo de. *Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada.* In: *Colaboração premiada.* Org: MOURA, Maria Thereza de Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT. 2017

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada: A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça.* Curitiba: Juruá. 2017

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisão não invalida a delação premiada. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>. Acesso em: 14.abr.2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4 ed. São Paulo: Método. 2018

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. In: *Colaboração premiada.* Org: MOURA, Maria Thereza de Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT. 2017

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Delação Premiada - Limites Éticos ao Estado. São Paulo: Gen. 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm. 2016.

VACCARO, Luciano. *Lei anticrime comentada.* Leme: JH Mizuno. 2020 .

O PEDIDO DE DESAFORAMENTO DOS RÉUS NO CASO DA BOATE KISS E O DIREITO HUMANO DE SER JULGADO PÚBLICO E IMPARCIALMENTE.

Wendel Barboza Rocha
Thirso Del Corso Neto

INTRODUÇÃO

No dia, 27 de janeiro de 2013, uma cidade do Rio Grande do Sul se tornaria palco de um dilema jurídico que até o presente momento não chegou ao fim. Em Santa Maria- RS, na Boate Kiss, um dos integrantes da Banda Gurizada Fandangueira acendeu um artefato pirotécnico que atingiu as espumas que revestiam o local e serviam de isolamento acústico causando um incêndio de grandes proporções.

Ao todo foram 242 (duzentos e quarenta duas) mortes e 680(seiscentos e oitenta) feridos. Essa fatalidade comoveu e marcou a cidade e, como consequência, ganhou destaque no Brasil e no mundo.

Após esse dia se iniciaram investigações para que se identificassem os culpados por aquelas mortes. Autoridades políticas, servidores públicos, corpo de bombeiros, agentes de segurança pública dentre outros se tornaram alvos de perquirição penal. A sociedade cível, por sua vez, por meio dos familiares das vítimas, também se organizou para clamar por justiça e ajudar nas investigações, assim foi criada a Associação

dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM).

O Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou ao todo oito pessoas, mas apenas quatro dessas por crime doloso qualificado, a saber, os dois sócios proprietários da boate (Elissandro Spohr e Mauro Hoffman), e os dois integrantes da banda (Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão). O Juiz recebeu a denúncia e após várias etapas os acusados foram pronunciados e submetidos ao tribunal do Júri de Santa Maria - RS. Contudo estão aguardando o julgamento do pedido de desaforamento feito pela defesa e Ministério Público.

O processo como um todo possui vários desdobramentos. No entanto, a presente dialética jurídica traz à discussão um momento especifico do procedimento do tribunal do júri que se torna determinante para que os pronunciados tenham um julgamento com total segurança de suas vidas, um ambiente pacifico e sobretudo um conselho de sentença imparcial para julgar suas causas.

Porquanto, esse trabalho irá se debruçar na fase do processo da Boate Kiss que levou ao pedido de desaforamento de Santa Maria para Porto Alegre. Nessa senda, serão analisadas as hipóteses legais e constitucionais do artigo 427 do código de processo penal. Objetivando apresentar e discutir os motivos que ensejaram o pedido da mudança de lugar do júri e os procedimentos a serem seguidos (partes legitimas, competência, momento processual).

A primeira irá particularizar os motivos legais que levaram a defesa requerer desaforamento, são elas: a) se o interesse da ordem pública o reclamar; b) quando houver dúvida sobre a imparcialidade dos jurados; c) segurança pessoal do réu.

A segunda irá circunstanciar os procedimentos a serem seguidos, detalhando quem são os legitimados a peticionar o desaforamento, e em que hipótese podem fazê-lo. Além do que, pormenorizar de quem é a competência para julgar o pedido. E por fim, esmiuçar o momento processual para se pedir.

Destacar-se-á a valia desse instrumento jurídico como meio de se obter um julgamento justo. Por fim, desmistificar que esse incidente processual sirva como válvula de escape do réu não ser julgado por seus

pares na comarca que ocorreu o fato, tampouco como meio de retardar seu julgamento.

No trabalho desenvolvido utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo, através da doutrina, artigos científicos, de leis, jurisprudência e julgados.

A (IM)PARCIALIDADE DO JURADOS EM SANTA MARIA E O DESAFORAMENTO PARA PORTO ALEGRE

Como se sabe a cidade de Santa Maria sofreu muito com a perda de inúmeros jovens, famílias ficaram desoladas, pais perderam mais de um filho na tragédia. Aquela região até hoje tem uma ferida que não cicatriza. Como prova disso tem-se uma pesquisa encomendada pelo grupo RBS e feita pelo Instituto Methodus entre os dias, 20 e 22 de junho de 2013, segundo a qual 70,7% dos entrevistados perderam pessoas queridas no incêndio. (G1 RIO GRANDE DO SUL,2013).

Diante desse cenário e com a aproximação do julgamento dos réus em Santa Maria, os ânimos voltaram à superfície no seio da sociedade sul rio grandense que aguarda ansiosa por esse dia.

Mas a defesa de Elissandro Spohr foi a primeira a pedir o desaforamento para Porto Alegre, sob os motivos da garantia da ordem pública, duvida da segurança do acusado e imparcialidade dos jurados no caso. A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por maioria dos votos deferiu o pedido da defesa.

Os advogados dos demais réus, Mauro Londero Hoffman e Marcelo de Jesus do Santos também seguiram o mesmo caminho requerendo o desaforamento sob os mesmos motivos do primeiro e obtiveram êxito.

O Desembargador Manuel José Martinez Lucas em seu voto vencido entendeu que o desaforamento é medida concedida só em situações excepcionais, uma vez que os autores dos crimes dolosos contra a vida devem ser julgados pelos membros da comunidade onde os fatos foram cometidos. (TJRS rel. MARTINEZ, 2020).

Por outro lado, o Desembargador redator Jayme Weingarther Neto divergiu do relator, sendo acompanhado pelo Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto. Em seus votos, proferiram que

> (...) a desterritorialização do local da tragédia, com a convocação da mais distante (geográfica e simbolicamente) justiça da capital do Estado, torna muito razoável a conjectura de que a autocontenção dos mais diretamente atingidos (vítimas sobreviventes e familiares) será favorecida pelo ambiente mais neutro, menos carregado de lembranças, associações, idiossincrasias. (TJRS Desem. NETO,2020).

A própria decisão do Desembargador redator tomou por base a pesquisa feita pelo Instituto Methodus. Sobre a decisão do Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, os promotores de justiça responsáveis pelo caso, no fim ano de 2019, interpuseram recurso especial ao STJ e pediram que suspendessem as decisões do TJRS para assegurar que todos fossem julgados em Santa Maria, mas o pedido foi negado.

Luciano Bonilha Leão, foi o único réu que não pediu desaforamento, com isso seu julgamento estava marcado para o dia, 16 de março de 2020, em Santa Maria. No entanto, o júri foi adiado sem data para ocorrer. Sobre o caso veja o que disse o Agencia Brasil:

> O anuncio veio tarde da noite do mesmo dia. Por volta de 23h, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tornou pública a decisão do Ministro Rogério Schietti Cruz. A pedido do Ministério Público Estadual(MP-RS) e de parentes das vítimas, o magistrado suspendeu o julgamento até que a justiça gaúcha se manifeste sobre o pedido de desaforamento(transferência) do júri, ou seja, defina onde o julgamento deve ocorrer, se em Santa Maria ou Porto Alegre.(2020)

Embora haja um clamor social por justiça em Santa Maria causada pelas mortes, deve-se olhar o outro lado, o dos réus. Pois independente como foi causado o crime, os imputados devem ter um juiz imparcial para lhes julgar. E o que se percebe é que a cidade onde ocorreu o fato, corre o risco de estar completamente viciada pela comoção geral.

O pedido da defesa levou em consideração todos esses aspectos que melindram a imparcialidade dos jurados. Diante disso, calha mi-

nudenciar todas as hipóteses sob a luz do Código de Processo Penal e seus fundamentos Constitucionais.

DAS HIPÓTESES LEGAIS SUSCITADAS PELA DEFESA

Antes de se debruçar sobre cada requisito legal, faz-se necessário diferenciar o desaforamento do incidente de deslocamento de competência. Veja-se

> Incidente de Deslocamento de Competência (introduzido pela EC nº 45/ 2004 , acrescendo o § 5º do art. 109 da CF -–vide o IDC nº 1 PA, STJ, publicado no DJ em 10.10.2005) em que há verdadeira modificação da competência em razão da matéria, no desaforamento - por fundamentos bem diversos, como se verá -–a alteração se dá unicamente em razão do local(competência relativa).(PACELLI, FISCHER, 2015, p 976)

Na visão de Noberto Avena (2017), afirma que, desaforamento consiste no deslocamento de julgamento pelo júri para outra Comarca distinta daquela onde tramitou o processo criminal, podendo ser determinada pelo Tribunal Competente a partir de requerimento de qualquer das partes.

Feito essa diferenciação passa-se aos motivos que ensejaram o desaforamento. O Código de Processo Penal no artigo 427 lista os requisitos, quais sejam: (i) Se houver interesse de ordem pública; (ii) Se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri; (iii) Se houver dúvida acerca da segurança pessoal do acusado.

O primeiro item em tese possui uma interpretação aberta. Mas, Wanderlei José dos Reis, assim exorta:

> A respeito do interesse da ordem pública, é curial ressaltar que o julgamento em plenário deve estar revestido de serenidade, em um ambiente tranquilo e imune a influencias externas, no intuito de garantir a livre e soberana manifestação dos juízes de fato, e caso reste comprovado que o julgamento poderá acarre-

> tar insegurança aos jurados e à sociedade da comarca, tirando-lhe a tranquilidade/paz, é possível o desaforamento do julgamento. (2015, p. 109)

Esse motivo é uma via de mão dupla, pois reflete sobre a segurança dos que trabalham na prática forense, dos jurados, do réu, das famílias do réu e da vítima e de todos que se fizerem presentes em uma sessão no Plenário do Júri. Se houver qualquer situação que possa turbar o andamento do júri, sem dúvida, resta prejudicada a sessão.

A segunda hipótese (dúvida sobre a imparcialidade do júri) tem fundamento constitucional: a de qualquer cidadão ser julgado por um juiz imparcial (princípio do juiz imparcial, art. 5º, XXXVIII CF). Nesse caso, no tribunal do júri não é diferente, é imprescindível que o conselho de sentença seja imparcial. Renato Brasileiro (2018), em suas lições diz que estará presente a dúvida quando a infração penal, apaixonando a opinião pública, gerar no meio social animosidade, antipatia e ódio ao acusado.

Com isso verifica-se que não há possibilidade de haver um julgamento justo tendo um conselho de sentença viciado. De nada adiantaria o advogado usar da plenitude de defesa se esses já estão predispostos a condenar. Tampouco seria infrutífera a voracidade do parquet em trabalhar detidamente todas as provas se os jurados já estivessem com uma postura consolidada há muito tempo.

A terceira situação, trata-se sobre a segurança do acusado. Diferente das outras hipóteses, essa é exclusiva do réu, e também tem preceito fundamental no Diploma Constitucional Brasileiro, tendo em vista que o Estado é responsável pela integridade física do acusado enquanto este estiver sob sua responsabilidade.

Além de ter direito a juízes imparciais que julguem sua causa, o réu precisa entrar e sair ileso da sessão do tribunal do júri. Qualquer situação que ponha em risco a vida do acusado seria deixa-lo a própria sorte sem resguardo de seus direitos fundamentais.

Ocorre que, muitos crimes são cometidos de forma violenta e acabam gerando revolta na sociedade, daí surgem ameaças de mortes, possíveis ataques e linchamentos ao réu como forma de vingança. Sobre isso, Wanderley José dos Reis assim afirma:

> Lado outro, haverá ameaça à segurança do acusado, a justificar o desaforamento do Júri, quando o delito despertar o clamor popular e gerar ânsia de fazer justiça com as próprias mãos, trazendo para o réu um risco iminente/concreto de ser morto por familiares da vítima ou pela população local. (2015, p 110).

Saliente-se que não cabe somente à polícia zelar pelo resguardo da vida e integridade física do acusado, bem como ao juiz e promotor de justiça personificados na figura do Estado.

Além de todos esses conceitos doutrinários, os Tribunais Superiores têm entendimentos que solidificam essas hipóteses, senão veja o que diz o Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 163800MG 2010/0035571-0:

> 1. Art. 427, do Código de Processo Penal: "[s]e o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existem aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas."
>
> (STJ - HC: 163800 MG 2010/0035571-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011). (JUSBRASIL, 2011)

Após a revolução Francesa, os Poderes se dividiram e começaram a solidificar suas bases independentes. Desses, ficou a cargo do Poder Judiciário o âmbito das resoluções de conflitos e crimes entre pessoas.

O mundo moderno começou a criar leis que servissem de parâmetros para julgamentos mais humanos aos criminosos. Assim, a vingança privada e os meios cruéis antes empregados como instrumento de sentença acabaram sendo proibidos e se tornaram crimes também. De

uma forma mais civilizada o homem médio aprendeu a determinar sua conivência com os demais por meio do contrato social.

O direito a um julgamento justo encontra alicerce no Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. As marcas registradas de um julgamento justo incluem: o direito de estar presente em um tribunal; de ter um julgamento público rápido perante m tribunal independente e imparcial (NAÇÕES UNIDAS,2018).

Como ser ver, portanto, é um direito inerente a qualquer cidadão ter um juiz imparcial indistintamente, divorciado de qualquer clamor social que tenha parcialidade na condenação ou absolvição.

PROCEDIMENTOS: PARTES LEGÍTIMAS, COMPETÊNCIA, MOMENTO PROCESSUAL

Após minudenciar os motivos que cabem o desaforamento passa-se aos procedimentos, ou seja, quem são as partes legítimas, a quem compete julgar e qual o momento processual para pedir.

PARTES LEGITIMAS.

O mesmo artigo 427 do Diploma Processual Penal Brasileiro que lista as hipóteses para o desaforamento também apresenta quem são as partes legitimas que podem requerer, propor ou representar ao tribunal para poder determinar o desaforamento:

> Art.427. (...) a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, (...) (AUFIERO, 2018, p. 452)

Nucci ao analisar esse artigo, afirma o seguinte;

> (...) podem pleiteá-lo as partes, agora enumeradas pela lei 11.689/2008 (Ministério Público, assistente, querelante ou acusado). Cessa a discussão a respeito da legitimidade do assistente de acusação, que, anteriormente, não estava, expressamente, autorizado a tanto. O acusado pode propor por inter-

> médio de seu defensor, mas também diretamente, por petição sua, afinal, no processo penal, há a autodefesa. O juiz que preside a instrução pode representar pelo desaforamento, exceto quando houver excesso de prazo. (2016, p. 745)

Calha ressaltar duas situações que se precisam ser observadas quanto ao pedido. O primeiro é a prévia oitiva da defesa se não for essa que tiver feito o pedido de desaforamento, torna-se obrigatório que o patrono do réu seja ouvido.

Caso contrário, é nula a decisão que determinar o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa conforme a súmula nº 712 do STF. (STF – rel. Teori Zavascki, 2015)

A segunda é a oitiva do juiz, que Aury Lopes Junior aponta da seguinte forma:

> Será ouvido o juiz da causa, exceto, é obvio, quando dele partir o pedido podendo o relator liminarmente suspender o julgamento pelo júri. Essa medida liminar, antecipatório da questão de fundo, deve ser utilizada sem timidez infelizmente reinante nos tribunais brasileiros. De nada serve o desaforamento concedido após o julgamento. (2019, 1022)

Dessa forma tem-se especificado quem são os legitimados que podem utilizar do instrumento jurídico pertinente para desaforar. Ressalte-se que antes das modificações feitas pela lei 11. 689/2008, o assistente de acusação não podia pedir o desaforamento, contudo, após a reforma pela lei supra, ampliou-se o rol alcançando o assistente.

COMPETÊNCIA

Como já salientado, o objetivo do presente artigo é demonstrar a ritualística do processo de desaforamento. Com isso, torna-se imprescindível detalhar a quem cabe a competência de julgar o pedido de desaforamento.

Nesse sentido, compete à segunda instancia apreciar o pedido que terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma (art. 427, pará-

grafo 1°, do CPP). Antes de decidir, porém, o tribunal ouvira o órgão do Ministério Público que oficiar em segundo grau (REIS, GONÇALVES, 2016, p. 633).

Porquanto, o desaforamento após ser provocado pelo órgão acusador, pela defesa ou mediante representação do juiz competente, é dirigido ao Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional competente para decidir sobre o mesmo. Cumpri frisar, que ainda que se trate de mudança de local para o julgamento, não é uma medida de cunho administrativo, mas judicial.

MOMENTO PROCESSUAL PARA O PEDIDO.

O Código de Processo Penal do início ao fim dispõe de momentos e prazos para o réu, Ministério Público, assistentes, e juízes se manifestar por meio de recursos, pareceres e representações, como por exemplo, resposta a acusação, diligencias, e sentenças.

O desaforamento por sua vez tem o seu momento específico para que seja requerido/representado. O parágrafo 4º do art. 427 do CPP averba que: na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

Rodrigo Faucz Pereira e Silva assinala que:

> Quando o julgamento já tiver sido realizado, não haverá possibilidade de requerimento de desaforamento, salvo quanto a fatos sucedidos no decorrer da sessão ou após o julgamento anulado. Também será admitido o requerimento de desaforamento quando estiver pendente recurso contra decisão de pronuncia – isso porque ainda haveria possibilidade de o acusado ser *impronunciado* ou *absolvido sumariamente.* (2010, p 100).

Há que se chamar atenção para um aspecto importante do parágrafo 4º, a regra geral assina-la que não caberá desaforamento após a realização do Plenário do Júri. Contudo, há exceção, quanto a fato

relativo ocorrido durante ou após a realização do julgamento anulado. Quanto a essa perspectiva, Guilherme Madeira Dezem, ilustra da seguinte forma:

> No entanto, é possível imaginar situação em que ocorra o desaforamento mesmo depois de realizado o Plenário. Imaginemos que o resultado da votação feita pelos jurados seja completamente divorciado do conjunto probatório e apenas após este julgamento é que se percebe que os temores que antes se mostravam em abstratos, passam a ser concretos. Ora, de que adianta simplesmente se determinar a realização de novo julgamento neste caso se muito provavelmente o resultado se repetira? (DEZEM, 2016)

Logo, a natureza jurídica do desaforamento se revela como um incidente processual de deslocamento de competência relativa, e não como recurso. Haja vista que só pode se utilizar desse instrumento jurídico quando admitida a acusação e pronunciado o réu, sem pendência de recurso, ou quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento.

UM JULGAMENTO IMPARCIAL SOB ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS.

Não há dúvidas de que se deve fazer justiça em favor das vítimas da Boate Kiss em Santa Maria – RS. De antemão é importante salientar que a presente investigação jurídica científica se debruça sobre um julgamento imparcial e justo do ponto de vista dos réus. Não está aqui a se discutir o mérito antecipado do julgamento de que eles seriam presumivelmente inocentes, pois isso seria uma afronta aos enlutados das vítimas.

Por outro lado, não há como negar que os réus possuem o direito a um julgamento justo por juízes imparciais. Direito não exclusivos dos réus, mas de qualquer ser humano que se encontre em situação semelhante a essas discutida até aqui. Pois já restou evidenciado através de notícias e pesquisas que a região onde ocorreu o fato encontra-se

sob grande comoção social, o que põe em xeque e gera incerteza se os cidadãos daquela cidade serão imparciais ao julgar o caso.

Ao longo do último século, surgiram diversos documentos consolidando a noção de um tribunal imparcial e independente, sobretudo, após a segunda guerra. Partiremos do âmbito externo para o interno e destacar os tratados, convenções internacionais e leis internas que asseguram um julgamento justo para a pessoa que é acusada de um crime.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 10 lança as bases exortando da seguinte forma:

> Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Esse diploma internacional é um documento pós – Segunda Guerra que fincou os alicerces processuais de que a pessoa após ser acusada de um crime nasceria para ela o direito a uma justa e pública audiência, inclusive, por parte de um tribunal independente e imparcial.

No decurso da História, em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem também assegura que a pessoa acusada de um crime tem estabelecido seu direito de ter sua causa examinada por tribunal independente e imparcial de forma equitativa, assim, veja:

> Artigo 6° - Direito a um processo equitativo
>
> 1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal Independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Até aqui temos visto que no alvorecer de cada década a busca incessante por julgamentos independentes e imparciais foram ganhando força ao longo de cada documento internacional que sedimentaram esse direito ao homem. Mas não para por aí, reforçando ainda mais

esse movimento garantista, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), também estabeleceu raízes das garantias judiciais da pessoa humana:

> Artigo 8. Garantias judiciais
>
> 1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza .

Como visto acima, as legislações internacionais possuem exaustivamente os termos "independentes e imparciais" bem como "estabelecido por lei". Como consequência disso, o Brasil em Assembleia Constituinte de 1988, promulgou em seu Artigo 5°, inciso XXXVIII a instituição do júri, assegurando a plenitude de defesa, a sigilo das votações, a soberania dos veredictos, a competência para o julgamento dos crimes contra a vida.

Outrossim, o Diploma Processual Brasileiro estabeleceu a liturgia sobre o rito do tribunal do júri, e especificamente tratou em dois artigos (427 e 428) o procedimento do desaforamento que já foi amplamente discorrido alhures.

Dessarte, resta evidente que os réus fazem jus ao desaforamento sob a égide de um direito humano de ser julgado por um tribunal independente e imparcial. Divorciado de qualquer vício ou comoção social pré-determinado. Garantindo esse direito, se o Sinédrio Popular condenar ou absolver os réus, há que se considerar que fizeram justiça.

CONCLUSÃO

Inúmeros casos pelo Brasil afora já foram passiveis de desaforamento. Mas, atualmente, um caso, que ocorreu em 2013, e comoveu o Brasil e o mundo tem chamado atenção tendo em vista a visibilidade

midiática do incêndio na Boate Kiss em Santa Maria. Três dos quatro réus já pronunciados entraram com o pedido desaforamento por meio de seus Advogados e já conseguiram desaforar para Porto Alegre.

No entanto, o Ministério Publico objetivando o julgamento dos réus conjuntamente também requereu o desaforamento de um dos acusados que seria julgado sozinho em Santa Maria. O júri até a presente data não ocorreu, tendo em vista que foi suspenso pelo STJ, e aguarda a decisão do Tribunal de Porto Alegre sobre o desaforamento.

Em todo o desenrolar do caso, em especial quando se requereu o desaforamento, vislumbra-se o propósito de obter um julgamento imparcial tendo como alicerce preceito constitucional do juiz imparcial.

Porquanto, como já repisado, o caso foi de grande repercussão e os esforços pelos familiares das vítimas para haja a condenação dos réus são sobejos. Além do que, há um clamor popular de Santa Maria para tal fim, e nessas circunstâncias resta latente a parcialidade com que pode ser tratada a causa dos quatros réus se o júri ocorrer naquela cidade.

A prova disso foi a própria decisão do Desembargador que tomou como base a pesquisa feita na região e constatou que mais da metade das pessoas daquela circunscrição haviam perdido alguém próximo no incêndio da boate.

Essas condições determinam a contaminação da imparcialidade da comunidade como um todo. Para tanto, a mais adequada medida é a promoção do desaforamento.

Nesse ínterim, desaforar é tirar o processo do foro em que está para mandá-lo para outro. Esse instrumento jurídico trata-se de um incidente processual de lugar e não de competência, tampouco pode ser confundido como instituto jurídico recursal.

Os motivos que deram causa ao desaforamento são quatro: interesse da ordem pública; dúvida sobre a imparcialidade do júri; dúvida sobre a segurança pessoal do acusado.

O primeiro visa garantir a tranquilidade do ambiente onde ocorrerá a sessão do júri e suas cercanias. O segundo, é dogma constitucional que tende assegurar um julgamento por juízes imparciais. O terceiro, resguarda qualquer tipo de atentado a vida e integridade física do imputado.

Os procedimentos a serem seguidos se desdobram em três. A primeira são as partes legitimas, os que podem requerer o desaforamento, nesse caso, o Ministério Público, o assistente, o querelante ou acusado. O juiz competente, por sua vez, representa junto a instancia superior quando persistir aquelas três primeiras hipóteses retro, já no ultimo motivo, ele apenas é ouvido. O segundo procedimento dar-se na competência, que cabe o Tribunal de Justiça julgar por meio da Câmara ou Turma competente. Ademais, o momento processual para o pedido só é possível após o trânsito em julgado da decisão de pronuncia e enquanto não realizado o julgamento pelo Conselho de Sentença, salvo, constante a hipótese do parágrafo 4º do art. 427 do CPP.

Por fim, o presente artigo, apesar de se debruçar detidamente sobre os vários aspectos do instrumento jurídico do desaforamento, utilizando-se da doutrina, das leis processuais e buscando sempre os fundamentos constitucionais, não busca saturar o tema, tendo em vista futuramente ser objeto de novas discussões, além do que aprofundar acerca da dialética jurídica proposta.

REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL. **Suspenso, julgamento de 1º réu da Boate Kiss não tem data para ocorrer**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-03/suspenso-julgamento-de-1o-reu-da-boate-kiss-nao-tem-data-para-ocorrer. Acesso em: 5 abr. 2020.

AUFIERO, Aniello. **Vade Mecum**: Penal. 8. ed. Manaus-AM: aufiero, 2018. p. 452.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 565.

BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do júri**: de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional. 1. ed. Ilheus-Bahia: Editus, 2010. p. 96.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 1. ed. Bahia-Salvador: juspodivm, 2018. p. 1392.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2016. p. 400.

FISCHER, E. P. E. D. **Comentários ao Código de Processo Penal e suas Jurisprudência**: revista atualizada e ampliada. 8. ed. São Paulo -SP: Atlas- Ltda, 2015. p. 976.

G1 RIO GRANDE DO SUL. **57,5% dos moradores de Santa Maria duvidam de justiça no caso Kiss**. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/07/575-dos-moradores-de-santa-maria-duvidam-de-justica-no-caso-kiss.html. Acesso em: 5 abr. 2020.

GONÇALVE, A. C. A. R. E. V. E. R. **Direito Processual Penal**: Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 587.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1022.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18787074/habeas-corpus-hc--163800-mg-2010-0035571-0. Acesso em: 26 mar. 2020.

NUCCI, G. D. S. **Código de Processo Penal Comentado**: revista, atualizada e ampliada. 15. ed. Rio de Janeiro RJ: Forense Ltda, 2016. p. 745.

NUCCI, G. D. S. **Tribunal do júri**: revista atualizada e ampliada. 6. ed. Rio de Janeiro Rj: Forense Ltda, 2015. p. 198.

NÇAÕES UNIDAS BRASIL. **Artigo 10: Direito a um julgamento justo**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/artigo--10-direito-a-julgamento-justo/. Acesso em: 8 abr. 2020.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Consulta processual**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc. Acesso em: 4 abr. 2020.

REIS, W. J. D. **Tribunal do júri**: Implicações da Lei 11.689/2008. 1. ed. Curitiba- Paraná: Juruá, 2015. p. 110.

REIS, W. J. D. **Tribunal do júri**: Implicações da lei 11.689/2008. 1. ed. Curitiba- Paraná: Juruá, 2015. p. 109.

SILVA, R. F. P. E. **Processo Penal**: O novo Rito Interpretado. 2. ed. Curitiba- Paraná: Juruá, 2010. p. 100.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2578. Acesso em: 1 abr. 2020.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Robson Luiz Silva

INTRODUÇÃO

De início[16], importante destacar que o trabalho tem como escopo discorrer sobre o Instituto da inversão do ônus da prova, uma técnica processual à luz das Leis n° 13.105/2015 e n° 8.078/1990.

A escolha do tema se deu porque o autor é advogado militante na área do contencioso cível, seja atuando ora para o autor, ora para o réu, participando diretamente da insatisfação daquele que se vê na posição de ter que provar algo no qual em tese não deveria fazê-lo, mesmo sabendo que, em regra, o ônus da prova cabe aquele que alega, já ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Frente a isso, buscou-se investigar tal técnica processual no ordenamento jurídico brasileiro, e seus resultados práticos, principalmente, no que se refere à questão da segurança jurídica e paz social.

16 Artigo científico apresentado ao Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC -, nos termos definidos pelo Regulamento, para obter o certificado reconhecido como título de Pós-Graduação lato sensu (CBA) de acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Educação CNE/CNS Nº1, de 8 de junho de 2007. Em Direito Processual & Gestão Jurídica, ano 2014, ainda na égide da Lei nº 5.869/1973, obrigando o autor a fazer adaptações para o Código de Processo Civil de 2015.

Utilizando-se de doutrinas e Jurisprudências que tratam do instituto e/ou técnica processual da inversão do ônus da prova, no qual busca-se alicerçar o Estado – Juiz a alcançar a paridades de armas entre litigantes que batem na porta do Poder Judiciário na esperança de encontrar solução para seu (s) conflitos.

Para tanto, o artigo cientifico dividiu-se na introdução e em 03 (três) capítulos e considerações finais.

O primeiro capítulo aborda a finalidade da prova e o quanto importante é para obtenção de uma decisão justa acerca da controvérsia apresentada ao Poder Judiciário.

Já o segundo capítulo ressalta a importância do instituto do ônus da prova (direito a prova), pois tal direito é conteúdo do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, alicerçado na Magna Carta em seu art. 5º, LV.

Verifica-se, agora, no terceiro capítulo um aspecto de extrema relevância, qual seja, o núcleo do presente trabalho que buscará analisar a inversão do ônus da prova *ope judicis* e *ope legis* e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, quando preenchidos os requisitos da verossimilhança do alegado e a hipossuficiência técnica e/ou financeira de um dos litigantes, permitindo assim, que o Estado – Juiz, destinatário da(s) prova(s) possa então decidir de forma justa e equilibrada. Ademais, a metodologia utilizada na fase investigativa baseou-se no método indutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e referências legislativas, nas considerações finais aplicou-se o método lógica indutiva.

Infere-se, portanto, que o trabalho encontrou arrimo em obras científicas, dessa maneira, optando-se, igualmente, utilizar em grande parte as legislações que tratam do instituto e jurisprudência.

Por fim, o presente trabalho encerra-se com as considerações finais, salientando os principais pontos e estimulando a continuidade da pesquisa e reflexão sobre o tema abordado.

1. Finalidade da prova

A prova é a manifestação racional que busca a causa dos fenômenos para comprovar a "verdade" pretendida por meio de uma decisão

favorável dentro do processo judicial, sendo assim, aquele que melhor argumentar sobre os fatos, ao ponto de convencer o julgador, aumenta suas chances de êxito no litigio (DIDIER JR., 2013, p.18).

Tem se assim o ponto de partida para a compreensão da finalidade da prova, mas é de suma importância conceituar o instituto, por mais que conceituar prova no sentido amplo da palavra é uma tarefa árdua para poucos estudiosos, mas o vocabulário jurídico de Plácido e Silva diz que " PROVA" do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato demonstrado (SILVA, 2007. p. 1125). Nesse sentido faz-se apropriada a definição que tal instituto tem uma relevância de suma importância para a ciência jurídica, em especial, os deslindes dos processos judiciais.

Toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano, se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos. São esses fatos que têm relevância para o cientista ou para o jurista, pois, enquanto não definidos, não podem eles aplicar os princípios e regras do seu saber[17]. Ainda assim, a finalidade da prova tem como escopo dar um suporte fático ao Estado-Juiz ao ponto de convencê-lo das alegações discutida dentro do processo, proferindo sua decisão na crença de tê-la alcançado (DIDIER JR., 2013, p.79).

Aponta-se agora outra peculiaridade do conceito de prova pelo viés da doutrina que ensina, a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008. p. 373).

Tomando como validas essas afirmações, é lícito afirmar que o legislador ordinário do Código de Processo Civil preocupou-se em disciplinar várias espécies de provas em seções distintas, isto é, iniciando no capítulo XII seção I até seção XI que trata da inspeção judicial.

17 GRECO, Leonardo. ***O conceito de prova*.** Disponível em: <Http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Conclui-se, portanto, que os fatos incontroversos estão fora da investigação, pois a prova é o meio lógico pelo qual se constrói o julgamento.

2. Ônus da prova

Ampliando a discussão, na antiguidade o conceito de direito estava entrelaçado com a religião, logo o poder de julgar do magistrado encontrava-se em um único homem escolhido por assembleia chamado pontífice, dessa maneira a justiça era um conjunto de ritos religiosos nos quais as provas dos fatos ficavam a cargo daquele que obtinha o poder. Em Roma era tido como fato consumado que não poderia ser bom pontífice quem não conhecesse o direito e, reciprocamente, não se poderia conhecer o direito sem a religião. Durante muito tempo os pontífices foram os jurisconsultos. Como quase não existissem atos na vida humana sem alguma relação com a religião, quase tudo era submetido às decisões dos sacerdotes, considerados como únicos juízes competentes para uma infinidade de processos [...], quando houvesse litigio entre dois vizinhos, deviam queixar-se perante o pontífice ou perante os sacerdotes chamados irmãos *arvais.* Eis o motivo por que os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífice e jurisconsultos: o direito e a religião se confundiam em uma só coisa (COULANGES, 2007. pp. 332 – 333).

Ainda, conforme tal época houve a modificação do direito privado o Código das Doze Tábuas; o Código de Sólon transformou o direito de obra divina para humana. Não é da natureza do direito ser absoluto e imutável; modifica-se e envolve como toda obra humana. Cada sociedade tem seu direito, forma-se e desenvolve-se com ela, transforma-se e enfim com ela segue sempre a evolução de suas instituições, costumes e crença. Os homens dos tempos antigos estiveram submetidos a uma religião tanto mais poderosa sobre as suas almas quanto mais rude; essa religião ditara-lhes o direito, do mesmo modo que lhes dera instituições políticas. Mas ocorreu que a sociedade se transformou. [...] disso resultaram duas consequências. Primeiro, a lei não se apresenta mais como fórmula imutável e indiscutível. Por ser obra humana, entende-se passível de alteração (COULANGES, 2007. pp. 332 – 333).

Frente a isso, após séculos de revoluções o direito moderno tem a prova como meio, atividade e resultado de todas as demandas judiciais e extrajudiciais, logo vai dar alicerce ao magistrado decidir com clareza e justiça, partindo dessa premissa chega-se à conclusão que, em regra, aquele que demanda tem o dever de provar suas alegações, com fulcro no art. 373, I, do Código de Processo Civil, igualmente, aquele que é demandado, por exemplo, quando alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo deve prová-los de acordo o art. 373, II, do mesmo diploma legal.

Dessa maneira aumentou a segurança jurídica do ordenamento pátrio, pois o ônus recai sobre a parte que almeja ver sua tese e/ou antítese julgada favorável ao que foi requerido seja na exordial, na resposta do réu etc., sob pena de o juiz não reputar verdadeira suas alegações.

Segundo (DIDIER JR., 2013, p.81) o ônus da prova não é uma obrigação da parte, mas sim, um encargo daquele que deseja estar em paridade com o litigante ou até em vantagem sobre a parte contraria.

Dessa forma, o ordenamento jurídico criou regras dirigidas aos sujeitos do processo, a título de exemplo, divide-se o ônus em subjetivo que é dirigido as partes sobre as provas que pretendem produzir para o convencimento do julgador e o ônus objetivo que é direcionado ao Estado – Juiz que diz respeito à orientação de regras de julgamentos, o desejo de obter a vitória cria para a(o) litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala –se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido "ônus subjetivo ou formal". A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá que suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido "ônus objetivo ou material". (MOREIRA, 1988, pp. 74-75).

Ainda, de acordo com os propósitos deste trabalho, ressalta-se que a finalidade da prova, o ônus da prova e a distribuição do ônus da prova

veio possibilitar ao juiz a utilização da técnica processual da inversão do ônus da prova, como será demonstrado a seguir.

3. Inversão do ônus da prova ope judicis e ope legis

Importante destacar que, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, em especial na exposição de motivos a observância da harmonização entre a lei ordinária em relação à Constituição Federal, com inclusão de princípios constitucionais dentro do sistema processual, e mais, positivando a teoria da dinâmica das provas no § 1º, do art.373 daquele diploma legal, por mais que na jurisprudência e doutrina já vinha sendo admitido, além do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, tal instituto veio para pacificar, isto é, aumentar a segurança jurídica dos jurisdicionados quando da aplicação no caso concreto dessa técnica.

Destaca-se, por oportuno, que o instituto busca facilitar com que o juízo possa se aproximar o máximo da verdade real sem esquecer do contraditório na produção de provas, fundamentando a decisão da inversão do ônus diante da comprovação da impossibilidade ou dificuldade da parte que lhe incumbia fazê-lo. Além disso, é de suma importância a aplicação da norma fazendo uma leitura sistemática do ordenamento processual, ou seja, aplicando concomitantemente o art. 10 do Código de Processo Civil.

Neste seguimento, faz –se apropriada à definição de que o destinatário final da prova é o magistrado, sendo assim para que o juiz decida de forma justa, necessário se faz que utilize- se o emprego da regra da distribuição do ônus da prova.

A distribuição do ônus da prova tem por finalidade criar no espírito do julgador sua convicção para decidir favorável àquele que melhor desenvolveu ao longo do processo subsídio para o julgador alicerçar sua decisão.

Os doutrinadores CINTRA; GRINOVER E DINAMARCO (2008) ressaltam que, "a essência da distribuição do ônus da prova é a ideia de oportunidade e equidade, pois seria injusto conceder a um dos litigantes a possibilidade de provar aquilo que poderá beneficia-lo em detrimento da parte contrária".

Dessa maneira, nosso sistema de distribuição do ônus probante levou em consideração a possibilidade que cada um tem em atuar no processo na busca da solução do litigio de forma a proceder com lealdade e boa-fé, pois como já citado as provas produzidas deixam de ser daquele (s) que a (s) levou ao processo, passando assim a pertencer ao destinatário final, qual seja, o Estado – Juiz e o processo deve sempre retratar a verdade.

Ainda conforme os meios de provas elencados no Código Civil, tal como, a confissão, prova documental, testemunhal, presunção e perícia[18], admite-se além dessas provas todos os outros meios de prova (s) moralmente legítimos ainda que não especificados.

A própria Constituição Federal tem como um dos seus princípios fundamentais no art. 5º, LV[19], a garantia de contradizer e defender-se amplamente, seja em litígios administrativos ou judiciais.

Servindo-se do diálogo das fontes temos um aspecto de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, com a medida da coexistência humana, principalmente, com o desenvolvimento do capitalismo, com a abertura dos países que adotam tal sistema, surgiram as grandes corporações, incluindo as transnacionais.

Frente a isso, essas empresas nos dias atuais têm tanto ou mais poder que o (s) governo (s) e são essas grandes corporações que litigam habitualmente nos tribunais, muitas das vezes com pessoas sem o mínimo de condição (ões) técnicas e/ou financeiras.

Dessa maneira, as leis ou mais especificamente o Código de Defesa do Consumidor, impõe atenção mais acurada no que se refere à busca do equilíbrio social.

Ressalta-se, então que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já pensando nesse movimento de abertura dos mercados, os legisladores e juristas brasileiros constituíram uma comissão formada pelos doutores CINTRA; GRINOVER; DINAMARGO;

---

18 BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de Janeiro de 2002. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher,** organização -29. Ed.-São Paulo**:** Rideel, 2019. p. 160. **Art. 212.** Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II - documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia.

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Art. 5º, inciso LV.

WATANABE; DENIZE; FILOMENO; FINK E DENARI[20]para elaborarem um Código que pudesse equilibrar os sujeitos na relação de consumo.

Salienta-se que, o Código de Defesa do Consumidor encontra arrimo, outrossim, nos arts. 5º inciso XXXII, 170, inciso V, e art. 48 das disposições transitórias da Constituição Federal em vigência.

Assim, é facilmente verificável que o legislador infraconstitucional preocupado com a desigualdade de armas entre os litigantes habituais e o consumidor inseriu no Código de Defesa do Consumidor um artigo que possibilita-se ao juiz utilizá-lo quando comprovado os requisitos da inversão do ônus da prova, quais sejam, verossímil a alegação ou hipossuficiência em seu art. 6º, VIII.

De acordo com o vocabulário jurídico a palavra *verossímil* significa aquilo que seja plausível, ou seja, entende-se pela probabilidade de ser (SILVA, 2007. p. 1477).

Já o vocábulo *hipossuficiente* quer dizer que aquele necessita de auxilio, isto é, assistência (SILVA, 2007. p.681).

Entretanto, tal assistência refere-se tanto a situação técnica quanto financeira, a título de exemplo, imagine um consumidor que possui contrato com plano de saúde e necessita da emergência de um hospital público para evitar a ameaça iminente a vida, contudo após a intervenção de emergência o paciente tem sua vida salva, mas continua com sequelas, isto é, precisando dar continuidade ao tratamento inicial, logo por si só não tem capacidade técnica para atestar que necessita de uma segunda cirurgia agora reparadora, para isso, obrigatoriamente se almejar buscar a tutela jurisdicional deverá levar ao Poder Judiciário provas técnicas de preferência de especialista na área.

A respeito da hipossuficiência financeira em tese é mais fácil, bastando que o litigante comprove que naquele momento do litígio esteja desprovido de recursos para sua subsistência.

É importante ressaltar que, a técnica processual da inversão do ônus da prova como citado não era exclusiva da lei consumerista antes do advento da positivação da teoria da distribuição do ônus proban-

20 CDCMOT.Pdf. Exposição de motivos do CDC, disponível em < http://portal.mj.gov.br/data/pages > Acesso em: 20 jan. 2015.

te no Código de Processo Civil, conforme comprova-se por meio do processo nº 2009.0002.19711, relatoria do Eminente Desembargador da Decima Nona Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na época da decisão.[21]

Da mesma forma, pode – se dizer ainda que a segunda parte do inciso VIII, art. 6º do Código de Defesa do Consumidor afirma o alegado quando diz: " (...) segundo as regras ordinárias de experiências".

Ainda conforme (DIDIER JR., p.103) "o juiz é o gestor das provas, incumbindo a ele como destinatário final avaliar qual das partes melhor condições tem para produzi-las, sem estar preso a critérios, mas sim, sempre na busca da verdade real dos fatos".

Outro aspecto que se pode ressaltar é o alicerce da técnica da inversão do ônus da prova entrelaçada com a distribuição dinâmica, em relação aos princípios constitucionais e processuais, por exemplo, princípio da igualdade, uma vez que deve haver paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuindo o ônus da prova àquela (e) que tem meios para satisfazê-lo. Ademais, pode-se citar princípio da lealdade, boa-fé, veracidade dentre outros, pois nosso sistema jurídico não admite que a parte se comporte de forma ardilosa, omitindo provas, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras.

Ainda, de acordo com os propósitos deste trabalho, ressalta-se que a técnica da inversão do ônus da prova *ope judicis e ope legis***,** acontece quando a primeira decorre da determinação do juízo ao analisar no caso concreto segundo as regras ordinárias de experiência que a parte tem melhores condições, ou seja, mais facilidades de apresentar a (s) prova (s) já que o magistrado é destinatário final. Por outro lado, a inversão do ônus da prova *ope legis* como o próprio nome já diz, derivado do *latim* (estabelecimento da lei).

Importante destacar que, ao longo do que tem sido analisado neste trabalho, percebe-se nitidamente a importância do instituto e técni-

21 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. AI 200900219711. Relator Desembargador Cláudio Brandão. Nona Câmara Cível, julgado em 08/09/2009. DJe: 05/10/2009.

ca processual da inversão do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, por mais que tenham sido citadas hipóteses de aplicação da inversão do ônus probante, atualmente a regra geral, encontra-se no art. 373, I e II, do Código de Processo Civil, que determina ao autor provar o alegado e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

4. Considerações finais

Com o intuito de registrar o fenômeno da inversão do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, verificar a relevância desse instituto àqueles que operam o direito, restou relevante que é um tema polêmico.

Dessa maneira, o autor sob a ótica da paridade de armas que, inclusive, é preceito constitucional e, também, processual, entende que deve sim sempre que preenchidos os requisitos fazer valer o uso da inversão do ônus da prova hoje positivado no art. 373,§1º do Código de Processo Civil combinado com art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além de jurisprudências dos Tribunais Pátrios, não para privilegiar uma ou outra parte, até porque nosso ordenamento veda a pessoalidade do magistrado, mas sim, para chegar ao máximo da verdade real.

Frente a isso, deve prevalecer o princípio da isonomia, claro que, todos os que operam o direito devem atentar-se para o uso indiscriminado dessa técnica, pois como já citado, a técnica da inversão do ônus da prova deve sempre ser buscada para possibilitar ao Estado-Juiz aproximar-se ao máximo da verdade real, evitando com isso vantagens excessivas para uma das partes, consectariamente, entregando aos jurisdicionados e toda sociedade a segurança jurídica e a paz social que se espera do Estado.

Nessa perspectiva, para ampliar a discussão vale lembrar que consumidor é todo aquele que seja destinatário final do produto, logo independente de ser pessoa física ou jurídica, pois o próprio Código de Defesa do Consumidor tutela tal direito, sendo assim ao longo da pesquisa bibliográfica necessária para compor este trabalho, o autor deparou-se com alguns estudiosos do tema afirmando que o instituto da

inversão do ônus da prova foi pensado apenas para proteger o consumidor como pessoa física, ao contrário, das empresas.

Contudo, fazendo uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, concluiu-se que, todos, repita-se, todos que preencherem os requisitos que possibilite fazer jus ao instituto da inversão do ônus da prova independente de ser pessoa física ou jurídica na esfera consumerista terão direito a usufruírem de tais benefícios.

E, como reiterado, nas relações privadas tornou-se indiscutível a aplicação no caso concreto pelo Estado-Juiz da inversão do ônus probante.

Em suma, ao longo do que tem sido analisado percebe-se nitidamente que o legislador pensou na harmonização dos interesses de todos que participam da vida em sociedade, facilitando com a técnica processual de inversão do ônus da prova, a eficiência e celeridade da tutela jurisdicional que se espera do Poder Judiciário Brasileiro.

Por fim, mas não menos importante, espera-se, que este trabalho estimule a continuidade da pesquisa em relação ao Direito Processual e, igualmente, ao Direito do Consumidor, em especial, a inversão do ônus da prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa, de 1988.**

BRASIL. Lei n°13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil.

BRASIL. **Lei 10.406 de** 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher,** organização -29. Ed.-São Paulo**:** Rideel, 2019. p. 160. **Art. 212.** Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II - documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia.

CINTRA, A. C. de Araújo; DINAMARCO, C. Rangel; GRINOVER, A. Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. Atual. e Ampl. - São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

CDCMOT.Pdf.**ExposiçãodemotivosdoCDC**,disponívelem<http://portal.mj.gov.br/data/pages > Acessado em 20 jan. 2015.

COULANGES, FUSTEL. **A Cidade Antiga.** 2ª ed. Tradução: Jean Melville, Editora. Martin Claret – São Paulo,2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. rev. Atual. Ed. Jus Podivm, Salvador, Bahia: 2013.

GRECO, Leonardo. ***O conceito de prova*.** Disponível em:

<Http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da Prova**. Temas de Direito Processual Civil – São Paulo: Saraiva, 1988.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento n. AI 200900219711. Relator Desembargador Cláudio Brandão. Nona Câmara Cível, julgado em 08/09/2009. DJe: 05/10/2009.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2007.

O GARANTISMO E A (IN) POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL NO CONTEXTO DA COVID-19

Eduardo Resende Rapkivcz
Jaime Leônidas Miranda Alves

INTRODUÇÃO

O novo coronavírus (covid-19) exige respostas rápidas da sociedade para novos problemas relacionados, essencialmente, à necessidade de isolamento social. Disso não escapa o Direito, que deve, mais do que nunca, acelerar seu desenvolvimento teórico a fim de acompanhar a realidade social. Aos cientistas jurídicos cabe, portanto, a tarefa de olhar os institutos clássicos e já consolidados do Direito sob uma perspectiva do mundo no curso de uma pandemia.

O isolamento social atinge, de sobremaneira, a forma de desenvolvimento do processo, tendo em vista que, em certa medida, prejudica a realização da instrução, ante a impossibilidade de deslocamento das pessoas, partes, profissionais, testemunha etc, ao fórum para ouvida em juízo.

Nesse sentido, uma das possibilidades ventiladas foi a realização de audiências por videoconferência, sendo essa opção, inclusive, re-

ferendada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Portaria 61/2020, que instituiu a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19.

A partir da edição da Portaria 61/2020, em 31 de março de 2020, a realização de audiências por videoconferência se tornou realidade no Brasil inteiro, que justifica a necessidade de discutir se essa medida realmente é adequada.

E a análise se volta exclusivamente ao processo penal, levando-se em consideração a existência do direito de presença, também chamado de direito de estar presente, uma das várias facetas do metadireito à ampla defesa e dos questionamentos acerca da possibilidade da audiência por videoconferência fragilizar o exercício da autodefesa e também da defesa técnica.

O trabalho foi estruturado da seguinte forma: primeiro foram apontados inquietações e reflexões acerca do uso da videoconferência; num segundo momento, analisado de forma sintética, o novo *lócus* argumentativo que é o cenário do covid-19, posteriormente desenvolvida uma teoria garantista do processo penal e, por fim, todos esses todos argumentativos se entrelaçam a fim de responder ao questionamento de se é viável – e em que condições é viável – a realização de audiência por videoconferência no âmbito do processo penal no contexto do novo coronavírus.

Ao final da pesquisa, chegou-se ao entendimento de que é possível a realização de audiências por videoconferência, exclusivamente em processos em que o réu se encontra preso, tendo antes da designação de audiência, a necessidade de prisão sido revista pelo juízo ou Tribunal competente,. Compreendeu-se, ademais, que a viabilidade da audiência por videoconferência depende do respeito ao direito do réu à entrevista prévia com o Defensor Público ou advogado constituído e, bem assim, que sejam respeitadas todas as prerrogativas processuais da defesa, como a intimação pessoal e a remessa dos autos digitalizados por parte do juízo.

1 PROCESSO PENAL PARA QUE(M)?: A CONSTRUÇÃO DE PROCESSO PENAL A PARTIR DE UM TOPO ARGUMENTATIVO GARANTISTA

Preliminarmente à análise da compatibilidade da realização de audiências por videoconferência no cenário do covid-19, necessário perquirir uma resposta ao questionamento que intitula a presente seção: processo penal para que(m)?

A importância desse questionamento como argumento de autoridade preliminar a qualquer análise que se proponha propedêutica na esfera do processo penal é bem delineada por Lopes Júnior (2019), que afirma que "buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais".

Insta dizer, o estudo (e especialmente, a resposta) de a que(m) serve o processo penal é ponto de partida para todas os demais questionamentos e proposituras. Ou seja, o pesquisador, ao definir, no seu sentir, a que finalidade se destina o processo penal está escolhendo qual (dos diversos) caminho(s) irá seguir ao enfrentar temas complexos como a possibilidade de prisão-"pena" antes da consumação do trânsito em julgado, a necessidade de comprovação do prejuízo para a declaração de nulidade ante o desrespeito da legislação vigente, a gama de cores que envolve o *nemo tenetur se detegere*, dentre vários outros.

A importância dessa análise não escapa ao estudo da viabilidade da realização de audiências por videoconferência (daí porque a eleição do tema enquanto prefácio ao mérito), imprimindo uma análise essencialmente garantista.

Dentre os diversos caminhos a serem trilhados, tal como Lopes Junior (2019, p. 33), aqui tem-se como ponto de partida a leitura constitucional, de sorte a visualizar o processo penal enquanto instrumento de efetivação das garantis constitucionais.

Nessa perspectiva, tem-se que o processo é pressuposto jurídico para aplicação da pena, o que implica na sua compreensão enquanto verdadeira instrumentalidade constitucional. Em outras palavras, o processo é a garantia que tem o indivíduo de que o Estado-juiz observe

garantias processuais e constitucionais (princípio acusatório, i.e.) caso pretenda exercer contra si o *ius puniendi*.

O respeito com o processo, aliás, é o que separa o *ius puniendi* do *potestas puniendi*. Nesse sentido, afirma Lopes Júnior (2019, p. 34) que o processo deve ser necessariamente democrático porquanto esse é o viés da Constituição Federal.

Nesse sentido, Lopes Júnior afirma que o processo não deve ser visto como instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), mas, noutro giro, como limitação ao poder do Estado, possuindo, portanto, natureza de liberdade negativa.

A concepção do processo penal enquanto direito fundamental de primeira dimensão traz como consequência a compreensão de que a finalidade do processo é garantir aos cidadãos (o "quem?" do processo penal) garantias perante o Estado (classicamente apontado como o grande opressor das liberdades individuais) de que este se abstivesse e não interferisse na vida pessoal de cada indivíduo de forma desarrazoada.

O processo penal é, numa leitura constitucional(izada), antes de tudo, direito de defesa (*Abwehrrechte)* ou de omissão (*Unterlassungsrechte)*, se amoldando ao conceito trazido por Boeckenförde (1993, p. 48) de direitos fundamentais como "*derechos de libertad del indivíduo frente al Estado. Se establecen para assegurar frente a la amenaza estatal, âmbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestes, según la experiencia histórica, ala amenaza del poder del Estado*".

Com efeito, se à Constituição foi regalada a função de fixar as regras do jogo político e de circulação do poder, o processo penal é *lócus* no qual devem ser observadas e postas em práticas as regras do jogo constitucional, servindo como "espaço comum democrático construído pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a política criminal" (PRADO, p. 16).

O caráter de instrumentalidade constitucional do processo penal se delineia dos pontos de tensão existentes entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado. Nesse sentido, partindo de Tavares (p. 162) percebe-se que o processo penal tem como finalidade a legitimação. E não é a liberdade individual que necessita ser legitimada,

mas sim o poder punitivo do Estado, que, evitando ser autopoiético, constrói o processo penal e cumpre seus preceitos formais e materiais: "o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserva o direito de intervenção" (TAVARES, p. 200) e "o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. Mais, essa legitimação não poderia resultar de uma autoatribuição do Estado.

A fim de colmatar o questionamento antes alinhavado, deve-se negar o processo como instrumento a serviço do poder punitivo. O processo penal, numa perspectiva constitucional, serve, noutro giro, justamente a limitar o poder punitivo (Direito Penal), sendo um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, respeitando, antes de tudo, os direitos fundamentais dos indivíduos.

2 A REALIZAÇÃO D AUDIÊNCIAS POR SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA À LUZ DO DIREITO DE PRESENÇA: ASPECTOS PRELIMINARES

Inauguralmente, editou-se, no estado de São Paulo, a Lei n° 11.819/2005, em que se possibilitava a instalação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de pessoas presas à distância, de acordo a ementa da própria norma. A *mens legis* afigurava-se expressa em seu artigo 1º: tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.

De logo, erigiu-se uma intensa discussão acerca da constitucionalidade da referida lei. Os Tribunais Superiores divergiam. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu-se que a realização de videoconferência para interrogatório do réu não seria ofensiva às garantias constitucionais. Já no Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu-se ordem de *habeas corpus* afirmando que a realização de interrogatório por videoconferência era meio ofensivo ao princípio do devido processo legal, porquanto este pressupõe o respeito à regularidade do procedimento, em fiel observância às normas processuais. À época, o artigo 792 do Código de Processo Penal (CPP) estabelecia que a realização de audiências, sessões e atos processuais dar-se-ia na sede do juízo ou

no tribunal onde atua o órgão jurisdicional, de modo que não havia previsão legal no complexo processual penal para a realização de videoconferência.

Lima afirma que a decisão do STF levou em conta

> (...) a lei então vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado.
>
> Entendeu-se que, em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão "perante" não contemplaria a possibilidade de que o interrogatório fosse realizado *on-line* (2019, p. 706).

As razões invocadas tendentes à promoção de celeridade, redução dos custos e segurança, como expressão da eficiência, defendida pelos entusiastas do sistema de videoconferência, não se mostraram suficientes. Ao final, a lei restou declarada inconstitucional, quando, já em 2008, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade formal da Lei paulista n° 11.819/05, por entender que somente a União pode legislar sobre matéria processual penal, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei 11.900/09 que, alterando alguns dispositivos do Código de Processo Penal, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. Trata-se de verdadeira reação do Poder Legislativo à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em relação à lei paulista.

O § 1º do artigo 185 do Código de Processo Penal passou a regulamentar a matéria relativa ao interrogatório de réu preso, afirmando que, em regra, será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares, bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. Portanto, a regra continuou sendo o interrogatório presencial, agora realizado no próprio estabelecimento de reclusão, em sala apropriada.

Excepcionalmente, o interrogatório por videoconferência do réu preso passou a ser expressamente permitido. Se antes o STF pautava-se pela ideia de que, não havendo previsão legal, não se poderia permitir a flexibilização do procedimento em desfavor da defesa do réu, agora, com expressa permissão legal, o interrogatório por vídeo conferência pode ser realizado quando se fizer presente uma das hipóteses do rol taxativo do § 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal.

Lima afirma que "é indispensável que o juiz aponte sua necessidade, apontando motivos concretos que justifiquem a realização excepcional da videoconferência" (2019, p. 707). A motivação, *in* casu, é vinculada, na medida em que a própria lei elenca as hipóteses de cabimento do ato.

Como se pode aferir, presentes uma das finalidades previstas no § 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, o órgão julgador poderá proceder ao interrogatório do réu por meio de videoconferência. De outro lado, não sendo possível o interrogatório presencial em sala especial, no próprio estabelecimento prisional (§ 1º do artigo 185 do CPP), tampouco sua realização por videoconferência (§ 2º), o réu preso deverá ser requisitado para comparecer à sede do Juízo, aí se realizando o ato (§ 3º do artigo 185 do CPP).

Esta ordem de preferência parece guardar um mínimo de importância ao direito de presença. O interrogatório prestado frente a frente e aquele prestado em frente à tela de um computador certamente não se confundem.

No entanto, tal ordem de preferência ainda não se revela suficiente ao direito de presença, ao passo em que a própria legislação permite que ele seja afastado. A doutrina, nesse contexto, aponta que "graves inconvenientes são as fórmulas abertas, vagas e imprecisas, utilizadas pelo legislador nos incisos do § 2º do art. 185 para definir os casos em que a oitiva por videoconferência estaria justificada" (LOPES JUNIOR., 2019, p. 555).

Expressões como "risco à segurança pública", "relevante dificuldade" e "gravíssima questão de ordem pública", por revelarem-se expressões vazias de sentido, abrem espaço para o decisionismo, para uma

abusiva discricionariedade judicial. "Serão, portanto, aquilo que o juiz quiser que sejam" (LOPES JUNIOR, 2019, p. 555).

Ao se permitir que o interrogatório seja feito mediante a utilização de videoconferência, os defensores da ideia levantam como argumento a promoção de celeridade e de economia ao procedimento judicial. No entanto, tais discursos, ao enfatizarem a necessidade de economia e celeridade, *v. g.*, colocam direitos e garantias fundamentais em risco.

Não há se confundir celeridade com razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Por esta se entende que o processo deverá estender-se pelo mínimo de tempo razoável para uma segura resolução do litígio. Nesta linha, o STJ possui claro entendimento de que a aferição quanto à duração do processo deve ser feita à luz da razoabilidade e da proporcionalidade (STJ - RHC: 95017 CE 2018/0035037-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 05/06/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2018).

Pelo exposto, a razoabilidade da duração do processo guarda estrita relação com suas particularidades.

Outro fator que se revela problemático diz respeito à previsão do § 5º do artigo 185 do Código de Processo Penal. O dispositivo cria a entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor, também por videoconferência, através de canais telefônicos reservados. A doutrina, porém, questiona como se confiará caráter reservado a essa comunicação: "Como confiar no caráter "reservado" dessa comunicação? Com a banalização das escutas telefônicas, não existe a menor possibilidade de confiar na "bondade dos bons" (LOPES JR, 2019, p. 556).

Em sentido contrário, Lima aduz que a realização do interrogatório por videoconferência "não atende somente aos objetivos de agilização, economia e desburocratização da justiça. Atende também à segurança da sociedade, do magistrado, do membro do Ministério Público, dos defensores, dos presos, das testemunhas e das vítimas" (LIMA, 2019, p. 710), motivos que, para ao autor, dão à técnica a certeza de constitucionalidade.

No entanto, sob o pretexto de se criarem procedimentos mais acelerados, não se pode esquecer de que o tempo do direito sempre será

outro, por uma questão de garantia (LOPES JUNIOR., 2019, p. 37). De outro norte, não se pode fomentar uma paranoia estatal em seu rol de garante infalível da segurança universal, com medidas extirpadoras *a priori* de direitos fundamentais (ROIG, 2018, s.p.).

Não se pode confundir, novamente, o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) com o atropelo de direitos e garantias individuais. A aceleração, a agilização, a economia e a desburocratização, por meio da inserção de novas tecnologias, devem ser empregadas em outras vias, mas não como uma aceleração procedimental, sobretudo porque esta atinge diretamente a função essencial do Poder Judiciário: a tutela jurisdicional.

Portanto, representando a presença física do réu à frente do órgão julgador importante fator à formação de seu convencimento, não se concebe a utilização de interrogatório por videoconferência como meio apto à salvaguarda do direito de presença, mas, ao contrário, como verdadeira violação de direitos.

3 SEGUNDO TOPO ARGUMENTATIVO: O CONTEXTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DE LIBERDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

A Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020, declarou publicamente o estado de pandemia gerado pela contaminação provocada pelo vírus *Sars-CoV-2* (COVID-19): a doença infecciosa atinge a população mundial de forma simultânea, sem limitação local.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 17 de março de 2020, a Recomendação no 62, dispondo sobre a adoção, por Tribunais e magistrados, de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (*Covid-19*) no âmbito dos sistemas de justiça penal.

Nesse panorama de extremo caos mundial à saúde pública, o sistema penitenciário brasileiro deve ganhar especial precaução e olhar atento das autoridades públicas, por se tratar de uma população extremamente numerosa, com alto índice de aglomeração e em péssimas condições sanitárias e de acesso à saúde – fatores que levaram o Supremo Tribunal

Federal a reconhecer, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro, ocasionado por violações generalizadas de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal.

Nesse contexto, nos termos do inciso I, do art. 4º, da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, tudo com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, recomendou-se a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal.

Deste modo, o risco de que as instalações favoreçam a propagação do novo coronavírus é fato notório, daqueles de conhecimento público geral, inseridos na própria esfera social no tempo atual, ou mesmo intuitivo, dada a sua evidência.

Fato é que a impossibilidade de aglomeração a fim de evitar a propagação do covid-19 é incompatível com o sistema carcerário brasileiro que, contém, segundo estudos do Conselho Nacional de Justiça, mais de 800 mil presos, razão pela qual deve o Poder Judiciário analisar com sensível cuidado a questão das prisões preventivas.

4 A (IN)POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA NO CONTEXTO CO COVID-19

Levantados os baluartes da pesquisa, passa-se à análise da possibilidade da realização de audiências por videoconferência no contexto da pandemia do novo coronavírus.

Um dos principais argumentos levantados é o tempo e a necessidade de se imprimir velocidade à marcha processual. O argumento aqui é de velocidade.

Na sociedade hodierna, a velocidade é, sem qualquer dúvida, um valor. Dessa ideia se pode extrair o espírito que leva ao desenvolvimento de técnicas processuais cada vez mais rápidas e baratas. Lopes Júnior e Paiva (2015, p. 18) colocam que nesse cenário surge a técnica dos atos processuais levados a efeito por meio de videoconferência, que, além de agregar velocidade e imagem e reduzir custos, também permite um "(ainda) maior afastamento dos atores envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz".

Nesse contexto, importante discorrer acerca do direito de presença, uma das expressões da ampla defesa, a fim de se averiguar se a técnica da videoconferência a ofende.

A doutrina assenta que a ampla defesa se divide em (i) defesa técnica ou processual, desenvolvida por profissional habilitado; e (ii) autodefesa, defesa material, realizada pelo sujeito que se encontra sob a investigação do Estado (TÁVORA, 2017, p. 77).

A autodefesa encontra-se no âmbito da discricionaridade do réu, que, optando por exercê-la ou não, representa atuações ou omissões do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 114). Como expressão, tem-se o direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal.

A autodefesa comporta subdivisão, abarcando o direito de audiência, "oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório", e o direito de presença, "consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas" (TÁVORA, 2017, p. 77).

Por meio da autodefesa, portanto, assegura-se ao acusado o direito fundamental de presenciar e participar da instrução processual (LIMA, 2019, p. 63).

Nesse contexto, o direito de presença impõe que ao réu seja facultado o direito de falar na presença de um juiz, de olhá-lo nos olhos, ao que Lopes Júnior e Paiva dão o nome de "garantia de ter um juiz" (2015, p. 18).

O trato humano, o toque, o olhar, a simples presença física, em síntese, a imediação, todos esses fatores dão ao réu a certeza de que o processo penal é, ao menos, humanizado. Em via contrária, a virtualização do interrogatório, nas palavras críticas de Lopes Júnior e Paiva (2015, p. 19) promove um distanciamento que "contribui para uma absurda desumanização do processo penal".

Então, o direito de presença representa para o réu, além de desdobramento e expressão da ampla defesa, a garantia da humanização do processo penal.

Nessa perspectiva, verifica-se que a velocidade – o direito à razoável duração do processo – é direito do réu, e não pode ser alegado a

fim de prejudicar direito tão caro como a ampla defesa, que se reveste, de mais a mais, na garantia constitucional de tentar provar a inocência.

Não se pode confundir, ademais, celeridade com razoável duração do processo. A razoável duração do processo é dimensão do devido processo legal, de sorte que, uma vez desrespeitadas às regras do jogo processual, não há que se falar em duração razoável do processo.

Até porque o problema de acúmulo de pauta não é problema do réu ou de seu defensor, mas do juízo, não sendo argumento idôneo a ensejar a realização de audiências por videoconferência.

O argumento do tempo como fundamento para a realização das audiências por videoconferência, como se vê, é completamento afastado em se tratando de réus soltos. Já em relação aos réus presos preventivamente, deve-se considerar que, sim, o tempo milita em desfavor do réu, que tem sua liberdade cerceada a despeito de ser, conforme dicção constitucional, presumidamente inocente.

A prisão preventiva é *ultima ratio*, especialmente após a reforma processual que trouxe extenso rol de cautelares diversas da prisão no art. 319 do Código de Processo Penal. Essas medidas tem natureza contracautelar, ou seja, foram pensadas justamente para evitar a decretação da prisão preventiva.

Para que seja a prisão preventiva decretada, é certo que deve estar comprovada não apenas o seu cabimento (art. 312 e 313 do Código de Processo Penal), mas, bem assim, a certeza inequívoca da necessidade da medida. A despeito disso, segundo estudo realizado pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça e publicado em junho de 2019, o Brasil conta com aproximadamente 337.126 presos preventivo. Esse número equivale a 41,5% do total de presos (somatória de presos preventivos e presos condenados), o que faz questionar o respeito à regra da excepcionalidade da prisão preventiva.

A despeito disso, o fato é que, a esses presos a velocidade do processo é um valor extremamente caro, visto que tolhida sua liberdade antes mesmo do proferimento do decreto condenatório. E isso ocorre ainda em casos em que eventual condenação, segundo as regras do art. 33 do Código de Penal permite a fixação de regime diverso do fechado, tendo a prática forense revelado dificuldade por parte dos juízes em

darem cumprimento ao princípio da homogeneidade, a despeito do seu reconhecimento pelo STJ.

Em relação ao réu preso, a resposta, no campo da teoria é a mesma: os danos do tempo do preso preventivamente não são resolvidos com a mitigação de garantias constitucionais, de modo que a resposta constitucionalmente adequada não é a realização de instrução processual via audiência de videoconferência, mas sim a revisão das prisões ao argumento do constrangimento ilegal em decorrência da impossibilidade de dar continuidade ao feito seguindo as regras do jogo.

Isso porque, na prática, a cultura punitivista que marca a atuação do Poder Judiciário e, também, do Ministério Pública, revela que, ainda no contexto do covid-19, as prisões preventivas não são, como regra, materialmente revistas, que modo que temerário o entendimento da impossibilidade de realização de videoconferência em processos de réu presos sob pena de perpetuar, indefinitivamente, o cárcere preventivo, em nova mitigação ao princípio da homogeneidade, aqui já enfrentado.

Nesse contexto, a despeito das ressalvas - todas com relevantes fundamentos - da doutrina institucionalista, é forçoso reconhecer a possibilidade de realização de audiências por videoconferência, no processo penal, em se tratando de réus presos (na hipótese de réus soltos, a questão está superada e entende-se que a impossibilidade é patente, mitigando-se apenas com a anuência expressa da defesa e por motivo favorável à defesa).

Em relação à realização da instrução por videoconferência, entende-se pela possibilidade, como salientado, mas desde que observados algumas diretrizes básicas, *conditio sine qua non* da validade do procedimento.

Primeiro que, antes da realização da audiência, como conduta pautada na razoabilidade, forçoso a reanálise da prisão preventiva pelo juízo de ofício, a fim de verificar se anda persistem os requisitos da cautelar segregatória, à luz do comando normativo do *rebus sic stantibus*.

Ademais, exige-se, para a validade do ato, que haja o respeito, tanto pelas prerrogativas da defesa técnica, quanto pelos direitos decorrentes da autodefesa. Desse modo, deve haver a intimação prévia da audiência e, na hipótese de réu assistido por defensor ou defensora pública necessária a realização da intimação pessoal via remessa dos autos, nos termos em que prevê a Lei Complementar nº. 80/94, ficando a cargo do

defensor ou defensora (e não do juízo) analisar se dispensa ou não tal prerrogativa.

Ademais, impossível de se imaginar a realização do ato sem vício se a parte não tiver direito à entrevista prévia e reservada com seu defensor ou advogado. A entrevista prévia, tendo em vista a impossibilidade de contato físico, deve ser realizada mediante o sistema de videoconferências, sendo exigido que se demonstre, sem espaço para dúvida, que o réu encontra-se, de fato, sozinho no local e que não há acesso ao que está sendo falando pelos policiais penais. Sem a certeza do respeito ao direito ao sigilo e da sala reserva, a audiência de instrução não pode ocorrer.

Destaca-se, ainda, que, ante a impossibilidade, por questões preventivas de saúde da Defesa adentrar no fórum, é incumbência do juízo – e não de qualquer das partes – o envio digital do arquivo do processo, a fim de permitir o exercício da defesa técnica.

Se observados esses requisitos, então, entende-se viável a realização da audiência de réu preso por videoconferência. De outro norte, ausente quaisquer dele, forçoso reconhecer a nulidade absoluta do ato, devendo a Defesa apresentar sua irresignação.

De mais a mais, não se descarta a possibilidade, no exercício da independência funcional de cada um, de ser analisada a viabilidade ou não da realização de audiência por videoconferência. Certo é, todavia, que esta não pode ser realizada se vislumbrando prejuízo ou possibilidade de prejuízo ao exercício da defesa técnica ou da autodefesa.

Por fim, deve-se consignar pela impossibilidade de realização de sessões do tribunal do júri por videoconferência, a despeito da aparente autorização conferida pela do Conselho Nacional de Justiça, levando em consideração não somente a ausência de previsão legal, mas especialmente a especificidade do procedimento e o critério extrajurídico que sustenta a convicção dos jurados, sendo que a impossibilidade do exercício do direito de presença faz presumir prejuízo em desfavor do réu.

À GUISA DE CONSIDERAÇÕES

A pandemia do covid-19 é uma realidade, forçando o Direito a se ajustar. Nesse contexto, a preocupação com a celeridade trouxe ao

debate a realização de audiências por videoconferência, com chancela do Conselho Nacional de Justiça, sendo esse o procedimento adotado pelos Tribunais em todo o país.

Necessário, portanto, analisar a constitucionalidade / legitimidade / viabilidade da realização de audiência por videoconferência. O argumento favorável para a realização do ato é o tempo, que tem que ser analisado sob a perspectiva tanto do réu solto quanto do réu preso.

Em relação ao réu solto, o argumento em razão do tempo não se sustenta e, a despeito de ser inegável que o réu tem direito à duração razoável do processo, este não se confunde com a simples celeridade, e não é alcançado quando, para imprimir velocidade ao processo, se mitigam garantias constitucionais processuais. Deve-se recordar que a urgência de pauta é urgência do juízo, não devendo as partes suportarem esse ônus.

Em relação ao réu preso, a resposta, no campo da teoria é a mesma: os danos do tempo do preso preventivamente não são resolvidos com a mitigação de garantias constitucionais, de modo que a resposta constitucionalmente adequada não é a realização de instrução processual via audiência de videoconferência, mas sim a revisão das prisões ao argumento do constrangimento ilegal em decorrência da impossibilidade de dar continuidade ao feito seguindo as regras do jogo.

Na prática, contudo, o entendimento acaba sendo diverso: isso porque, da análise crítica da jurisprudência e da atuação do órgão de acusação, percebe-se que, de modo geral, não há uma maior preocupação com a pessoa do réu, ainda que preso preventivamente, de sorte que, o entendimento pela não realização da audiência por videoconferência pode fazer surgir cenários em que a prisão preventiva se estende indefinidamente, ultrapassando até os limites de futura sentença condenatória.

Nessa conjectura, admite-se a realização da instrução por videoconferência em ações penais em que o réu se encontra preso preventivamente desde que observados os seguintes requisitos – condições de possibilidade e constitucionalidade do ato:

i) As prerrogativas da defesa técnica não podem ser tolhidas ou reduzidas, mas observadas integralmente, aqui compreendido, por

exemplo, o direito à intimação pessoal via remessa dos autos, conforme previsão na legislação.

ii) O direito à entrevista reservada do réu com seu defensor ou advogado, utilizando-se de sistema em que reste comprovado, a margem de qualquer dúvida, o respeito ao direito ao sigilo e confidencialidade.

iii) Deve ser considerado ônus do Poder Judiciário – e não das partes – a digitalização dos autos, que deverão ser encaminhados às partes para realização do ato.

iv) A impossibilidade de realização de sessão do tribunal do júri por videoconferência, seja pela ausência de previsão legal, mas especialmente em decorrência do sistema de decisões adotados pelos jurados – sistema da íntima convicção – que podem se valor de elementos extrajurídicos, de sorte que não há como dispensar o direito de presença, sob pena de inegável prejuízo.

Por fim, voltando- a Aury Lopes (2019) e ao próprio Ferrajoli (2006), que o processo penal traça as regras do jogo em favor do réu. O processo é instrumento de limitação do poder de punir do Estado para o réu, de modo que incabível a realização de audiência de instrução por videoconferência, ainda que tratando-se de réu preso, se a Defesa percebeu prejuízo ou possibilidade de prejuízo ao exercício da defesa técnica ou da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlgsgesllschaft, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do Garantismo Penal. 4. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal.* 7. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo penal:* introdução crítica. 5ª ed. SaraivaJus, 2019.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz*: rumo a evolução civilizatória do processo penal. 2014. Disponível em http://hdl.handle.net/10923/11257. Acesso em 09/02/2020.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 4. Ed., Tirant, 2019.

UM ESTUDO SOBRE A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS PRODUZIDAS POR PARTICULARES NO PROCESSO PENAL

Alessandro Marcello Gurjão Padilha
Raiza Madje Tavares da Silva

INTRODUÇÃO

A necessidade de proteção jurídica ao acusado de uma infração penal é um tema já consolidado no estudo do Direito, não restando dúvidas da sua importância em um Estado Democrático. Assim, tendo em vista que a liberdade é um direito fundamental de grande relevância, protegido pela legislação interna e por diversas normas de direito internacional, é de suma importância que se tenha o real conhecimento dos limites existentes para a aplicação de medidas que cerceiem esta garantia.

Hodiernamente, os debates acadêmicos, relativos ao dever estatal em oferecer proteção às vítimas têm ganhado destaque, sobretudo após os estudos desenvolvidos pela Vitimologia, que passaram a dar uma maior atenção às vítimas de um delito. Desse modo, temas como a Vedação à Proteção Deficiente, tem ganhado significativo destaque no meio jurídico.

É inegável que o Estado existe para proteção dos seus administrados, resultando na criação de regras processuais que têm o intuito de delimitar sua atuação no que diz respeito a sanções penais, sobretudo

em se tratando de penas privativas de liberdade. Portanto, o poder-dever de punir quem tenha cometido um delito é limitado por regras processuais, de modo que, por força de norma constitucional, as provas obtidas por meios ilícitos (e as que forem decorrentes dela) não devem ser admitidas no processo.

Noutro giro, é pacífico que o Estado possui a obrigação de agir em defesa dos direitos dos cidadãos, devendo ofertar a devida proteção aos interesses daqueles que tenham sofrido com a violação de seus bens jurídicos. Pensar diferente disso pode soar até ilógico, afinal, se o Estado é obrigado a proteger quem desrespeita uma imposição legal, também deve atuar resguardando aqueles que tenham seus direitos ofendidos.

Portanto, o presente estudo se destina ao questionamento sobre o alcance da determinação constitucional e sua adequação com as normas de Direitos Humanos, relativas à (in)admissibilidade, no processo penal, das provas produzidas por particular, quando estas forem obtidas por meios ilícitos. Traremos à tona a discussão sobre a quem se destina esta imposição legal, buscando verificar se o seu alcance é restrito aos agentes públicos ou se também deve alcançar os particulares.

Esta temática da vedação das provas ilícitas está diretamente ligada aos Direitos Fundamentais Individuais da pessoa acusada, previstos na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. De outro lado, cabe verificar qual a ponderação de interesses que deve ser feita em relação a violação deste bem jurídico, especificamente quando a prova ilícita for produzida por particular, para tanto, serão analisados os posicionamentos, divergentes, da Doutrina e os Julgados dos Tribunais Superiores.

INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Para chegar ao objetivo do presente estudo, inicialmente, é preciso ter conhecimento quanto ao conceito do que é a prova ilícita, esta que é vedação lógica de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista o necessário respeito ao Devido Processo Legal. Portanto, Nestor Távora e Rosmar Alencar ensinam que:

> A prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita, as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis. (2014, p. 506).

A partir da transcrição deste conceito, é importante salientar que a Doutrina costuma tratar a prova proibida, como sendo o gênero do qual seriam espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Deste modo, os conceitos destas espécies são muito bem esclarecidos por Denilson Feitoza:

> Nessa linha, as provas proibidas ou ilegais podiam ser classificadas como:
>
> a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta de prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei nº 9.455/1997);
>
> b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965, art. 3º, *b*), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares (arts. 240 a 250 do CPP c/c art. 5º, XI, CR);
>
> c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um

> perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159 *caput*, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei nº 8.862/1994. (2010, p. 720).

Apesar da diferenciação trazida pelos doutrinadores, o legislador pátrio não tratou em estabelecer nenhuma divisão, de modo que, na prática, essa distinção não apresenta maiores consequências jurídicas. É o que ensina Eugênio Pacelli, ao dizer que:

> As provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual. A distinção pode ser pertinente unicamente para facilitar a compreensão do que sejam os momentos de obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade. (2017, p. 193)

Na leitura dos textos normativos, o mandamento quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas, pode ser extraído a partir da previsão contida no Art. 5º, LVI da Constituição Federal e dos §§ 1º e 2º do Art. 157 do Código de Processo Penal, transcritos a seguir:

> 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:
>
> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
>
> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

> § 2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Portanto, o Poder Constituinte e o legislador infraconstitucional fizeram a opção pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Deste modo, também deverão ser desentranhadas do processo todas as evidências que se encontrem contaminadas por provas colhidas sem o devido respeito às regras impostas pelo ordenamento jurídico vigente.

Ou seja, este entendimento segundo o qual as provas decorrentes de uma prova ilícita devam ser banidas do processo, é consequência da adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, com origem na Suprema Corte Americana, e que também é conhecida como Teoria da Ilicitude Derivada ou Teoria da Mácula.

Assim, esta teoria entende que a prova ilícita termina por contaminar todas as provas dela decorrentes. Nestor Távora e Rosmar Alencar (2014, p. 509) são esclarecedores quando ensinam que "existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro".

Renato Brasileiro de Lima traduz com muita clareza este pensamento sobre a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada:

> De nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. Com efeito, a admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória do art. 5°, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de se servir de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figure-se, no exemplo de Avolio, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida, e, portanto, ilícita, propiciariam a colheita de novas provas, que poderiam ser

> introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo. Daí a importância do estudo da denominada prova ilícita por derivação. (2017, p. 625).

A vedação das provas ilícitas é uma ferramenta jurídica destinada a proteger direitos fundamentais do indivíduo. Posicionamento este, que é confirmado pelos ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. (2009, p.303).

Além do Ordenamento Jurídico Nacional, existem Tratados e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil é signatário que possuem previsões (mesmo que não abordem o tema de forma direta) quanto à admissibilidade, ou não, das provas ilícitas. É o que pode ser compreendido através dos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes ao comentar a Convenção Americana de Direitos Humanos:

> No seu art. 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita. Uma das garantias previstas no art. 8º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção). (2008).

Destarte, é importante que o operador do direito tenha a ciência de que não importa se a norma violada é de direito nacional ou internacional, se é regra de direito processual ou de direito material. Se houver algum tipo de violação ao ordenamento jurídico, a prova deve ser considerada ilícita, prevalecendo a proteção do particular.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O Princípio da Proporcionalidade pode ser identificado como sendo a adequação entre os meios utilizados e os fins pretendidos, de modo que se busque evitar o cometimento de qualquer excesso por parte dos agentes públicos. Nestor Távora e Rosmar Alencar conseguem traduzir a ideia da Proporcionalidade com clareza:

> De todo modo, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade é constituído por dois pressupostos: (1) o primeiro, formal, ponto de partida lastreado no princípio da legalidade, que limita a restrição às liberdades individuais; (2) o segundo, material, norteador do ponto de chegada do intérprete, consistente no princípio da justificação teleológica, que direciona a solução do caso concreto em compasso com uma finalidade que, por sua vez, deve ser justificada racionalmente, através de fundamentação suficiente. (2014, p. 82)

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal – STF, em diversas ocasiões, através do Princípio da Proporcionalidade, citou a necessidade de que o Estado deva agir de modo condizente com o axioma da Vedação à Proteção Deficiente de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Exemplo esclarecedor de tal entendimento pode ser obtido a partir da transcrição de trecho do Informativo Nº 923 da Suprema Corte, relacionando ao crime de fuga, previsto no Código de Trânsito Brasileiro, e o direito à não autoincriminação:

> Insta reconhecer que eventual declaração de inconstitucionalidade da conduta tipificada no art. 305 do CTB, em nome da observância absoluta e irrestrita do princípio da vedação à autoincriminação (nemo tenetur se detegere), caracterizaria evidente afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade quanto à vedação de proteção deficiente. Esse princípio pode ser relativizado pelo legislador justamente por possuir natureza de direito fundamental, que, no contexto da teoria geral dos direitos

> fundamentais, implica a valoração do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como critério balizador do juízo de ponderação, inclusive no que condiz com os postulados da proibição de excesso e de vedação à proteção insuficiente. **A fragilização da tutela penal do Estado, mediante a visualização de óbices à responsabilização penal da conduta de fugir do local do acidente, deixa a descoberto o bem jurídico de tutela da administração da justiça que o Estado deveria salvaguardar por meio da norma penal, bem como, indiretamente, os direitos fundamentais que se busca proteger** com a promoção de maior segurança no trânsito, sobretudo o direito à vida. Além disso, descriminalizar o crime de fuga significaria efetivamente negar a vontade do Parlamento. Essa conduta é criminalizada porque **a Constituição promete, em nome do povo, uma sociedade justa e solidária**, o que não poderia ser garantido caso afastada a juridicidade de uma conduta de quem abandona o local do acidente para fugir à responsabilidade penal e civil. (grifo nosso)

O STF possui entendimento pacificado de que as normas legais não devem ser interpretadas, tampouco aplicadas, retirando-lhes o poder de proporcionar a proteção que a comunidade espera e tem direito. Nestor Távora e Rosmar Alencar, através de Edilson Mougenot Bonfim, traduzem a ideia da Proibição da Proteção Deficiente, afirmando que:

> O campo de proteção do cidadão deve ser visto de forma ampla. Exista a chamada "proteção vertical", contra os arbítrios do próprio Estado, evitando-se assim excessos (...) e a "proteção horizontal", que é a garantia contra agressão de terceiros, "no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões". Portanto, a atuação estatal protetiva não pode ser deficitária. (2014, p. 82).

Pelo exposto, fica claro que o Supremo Tribunal Federal tem emitido decisões levando em conta a aplicação mais coerente possível do

Princípio da Proporcionalidade, de acordo com o caso concreto em si. Portanto, fica clara a demonstração de que nem sempre os direitos do acusado deverão prevalecer perante os da vítima/sociedade. O órgão judiciário, analisando o caso concreto, é quem decidirá sobre a melhor aplicação do Direito, devendo ocorrer uma ponderação de valores.

Destarte, fica notório o distanciamento da Corte Suprema quanto à aplicação do Garantismo Hiperbólico Monocular, expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, segundo a qual só seriam observados os direitos da pessoa acusada, deixando de lado os interesses da vítima e da sociedade. No entanto, Renato Brasileiro de Lima traduz muito bem a forma pela qual o processo penal deve ser tratado:

> É dentro desse dilema existencial do processo penal - efetividade da coerção penal versus observância dos direitos fundamentais - que se buscará (...) um ponto de equilíbrio no estudo do processo penal, pois somente assim serão evitados os extremos do hipergarantismo e de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal da Lei e da Ordem. (2017, p. 38)

O STF tem buscado determinar o equilíbrio de interesses da melhor forma possível, a partir das peculiaridades de cada caso concreto, e da ponderação de valores da situação que lhes é apresentada. Para isso, a Corte Constitucional tem feito bom uso do Princípio da Proporcionalidade, buscando respeitar as garantias destinadas ao réu e, ao mesmo tempo, ofertar a devida e necessária proteção aos direitos da vítima e da própria sociedade.

Este equilíbrio resulta da diferença de aplicabilidade existente entre os Princípios e Regras. Sobre isso, Rogério Sanches Cunha, através de Ronald Dworking, ensina que:

> As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...). Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (...),

> aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" (2016, p. 68).

Portanto, o juiz do caso concreto deverá analisar qual dos direitos, à luz das informações que forem apresentadas, deve prevalecer. No entanto, o operador do direito deverá ter ciência de que nenhuma das garantias foi revogada. Trata-se apenas da prevalência de alguma delas diante da situação específica que lhe foi apresentada.

LIMITAÇÕES À TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

Também é importante destacar que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada não deve ser interpretada como um entendimento de aplicabilidade absoluta. Desse modo, existem quatro exceções, que, para o tema relativo às provas ilícitas, merecem uma breve explanação que pode ser extraída a partir dos ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2014, p. 511). Assim:

(1) Prova Absolutamente Independente ou Teoria da Fonte Independente: não é cabível falar em contaminação quando, no processo, ficar demonstrado a existência de outras provas que sejam independentes da prova ilícita que foi produzida. Tal entendimento decorre da ausência de vinculação/dependência com a prova ilícita.

(2) Descoberta Inevitável ou Exceção da Fonte Hipotética Independente: são as hipóteses em que a prova que decorre de prova ilícita seria obtida de qualquer maneira, através de atos válidos de investigação, devendo ser aproveitada no processo. Trata-se dos casos em que a ilicitude não é decisiva para o descobrimento da outra prova, o descobrimento (por meios lícitos) seria inevitável.

(3) Conexão Expurgada/Atenuada, Tinta Diluída ou Doutrina da Mancha Purgada: se dá quando o vínculo entre a prova ilícita e a derivada é muito superficial, ao ponto em que não há contaminação suficiente para macular a prova secundária.

(4) Boa-Fé, Exceção da Boa-Fé ou Limitação da Boa-Fé: ocorre quando se evita reconhecer a ilicitude da prova quando não ocorreu

dolo de infringir a lei, tendo em vista ter ocorrido alguma situação de erro. Importante destacar que a boa-fé deve ser, simultaneamente, de ordem subjetiva e objetiva, com respeitos aos mandamentos legais de produção do manancial probatório.

Além disso, quando tratar-se de prova ilícita obtida em favor do réu, o entendimento majoritário é de que, mesmo que a prova tenha sido obtida por meio ilícito, ela deverá ser admitida no processo. Trata-se da prova ilícita *pro reo*, apresentada por Renato Brasileiro de Lima:

> Doutrina e jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. (2017, p. 510).

Ou seja, quando a prova, mesmo tendo violado norma de direito material, for um meio idôneo para demonstrar a inocência, ou qualquer espécie de benefício para o réu, é pacífico o entendimento quanto a sua admissibilidade no processo. Isso se dá em virtude da prevalência do *status libertatis* que o réu deve ter frente ao *jus puniendi* estatal, mesmo diante da infringência de direitos fundamentais (próprios ou de terceiros).

PROVA ILÍCITA OBTIDA POR PARTICULAR

Como já foi apresentado, é pacífico o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, quanto a limitação da produção probatória aos agentes estatais, os quais possuem o dever legal de realizar uma atividade probatória segundo os ditames legais. No entanto, existe uma relevante discussão se esta limitação também deve ser destinada aos particulares.

A relevância do presente debate, resumidamente, reside na realização de duas questões básicas. De um lado existe a indagação se este mandamento é destinado apenas ao Estado, tendo em vista a disparidade de forças, investigatórias, que ele exerce frente ao particular investigado pelo cometimento de um crime. Noutro giro, é questionado se a vedação à prova ilícita é um direito da pessoa acusada de um delito, independentemente de quem o tenha violado.

Partindo destas considerações, ao realizar um estudo quando as normas de direito processual penal de outros países, Renato Brasileiro de Lima aduz que no sistema norte-americano:

> A prova somente deve ser reputada ilícita quando a ilegalidade tiver sido praticada diretamente pelo agente policial. Por conseguinte, não há falar em ilicitude se a ilegalidade tiver sido produzida por outros agentes dos organismos estatais ou ainda por particulares ou autoridades estrangeiras. (2017, p. 638).

Já no processo penal alemão, Bruno César Gonçalves da Silva ensina que, em relação aos elementos de prova obtidos em âmbito privado, estes seriam aceitos sem nenhum tipo de limites. Ele afirma, através de Claus Roxin, que:

> Nesta hipótese essas provas seriam inicialmente admissíveis pois, para ele as proibições de obtenção da prova "[…] sólo están dirigidas a los órganos de la persecución penal […]", excluindo-as apenas "[…] para casos de extrema violación de los derechos humanos." 22

O mesmo autor conclui que as exceções a este posicionamento, tanto na Alemanha quanto nos Estados Unidos, só ocorrem nos casos em que os particulares atuarem no interesse dos órgãos estatais, como se agentes públicos fossem. Entretanto, existe uma divergência, na doutrina e jurisprudência germânica, que começa a divergir da opinião supracitada, neste sentido, Manuel da Costa Andrade destaca que:

> Se subscreve generalizadamente a tese de que os meios de prova adquiridos por particulares não representam qualquer caso especial, antes devendo ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultantes de acto de autoridade pública. (1992, p. 155).

22 "[...] só estão dirigidas aos órgãos da persecução penal [...]", excluindo-as apenas "[...] para casos de extrema violação dos direitos humanos." (Tradução nossa)

Fazendo um estudo dos posicionamentos apresentados pelos doutrinadores do Direito Processual Penal Pátrio, podemos encontrar opiniões mantém, relativas a esta temática. De um lado, Renato Brasileiro de Lima entende que:

> No Brasil, a vedação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos tem como objetivo precípuo a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, no ordenamento pátrio, pouco importa quem tenha sido o agente responsável pela produção da prova ilícita – autoridade policial ou particular – em ambos os casos a prova deve ser considerada ilícita. (2017, p. 638).

No mesmo sentido, Antônio Scarance Fernandes aduz essa ideia ao afirmar que:

> O legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividades desenvolvidas por particular. (2005, p. 92).

Em posição antagônica, existem doutrinadores que possuem o entendimento de que a vedação às provas ilícitas não é uma garantia absoluta do acusado, tendo em vista a necessidade de realizar uma ponderação de valores, utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade. Desse modo, o limite probatório destina-se, ao menos prioritariamente, ao controle da atividade estatal, responsável pela produção probatória, com a finalidade de desestimular o cometimento de abusos por parte dos agentes públicos.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que:

> Voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não es-

> tiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade. (2009, p. 197).

Estudando os julgados, na decisão proferida no RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), é possível analisar, de forma direta, o entendimento da Corte Suprema sobre a produção probatória realizada por particular através de meios ilícitos. Em apertada síntese, o caso concreto diz respeito a um menor de idade que, sabendo da prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, invadiu o local de trabalho do autor dos delitos e subtraiu diversas fotografias, nas quais apareciam crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais.

O menor, na posse desse material incriminador, passou a fazer chantagens, exigindo a entrega de dinheiro, sob ameaça de entregar as fotografias à polícia. O autor do delito não se curvou às exigências feitas pelo menor, que por sua vez, a entrega das fotos à Autoridade Policial. Estas provas serviram para instruir a ação penal. Ao analisar o caso concreto, o STF decidiu pela inadmissibilidade das provas, motivando a sua decisão, ao alegar que:

> No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (…) mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (…) ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.

E continua a fundamentação do acórdão afirmando que:

> **Se**, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, **a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular**, e a *res furtiva*, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, **também aqui** – mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator – **remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova**.

Considerando o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a partir da interpretação literal do texto normativo (que não faz distinção se a prova ilícita é obtida por agente público ou particular) e de relevante parcela dos doutrinadores, a decisão supracitada, em nada desrespeitou as normas legais vigentes. Inclusive, trata-se de aplicabilidade das Normas Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário, objetivando resguardar o Devido Processo Legal. No entanto, essa interpretação feita pela Suprema Corte recebeu duras críticas de renomados estudiosos, dentre eles, Eugênio Pacelli de Oliveira, ao sustentar que:

> Como se vê, a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI, CF).
>
> Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal eram (e serão), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio. (…)
>
> Constata-se, com efeito, que o Estado não agiu com qualquer

> abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito. (2009, p. 331).

Em resumo, o texto supratranscrito, traduz a mesma ideia que é exposta por Denilson Feitoza ao explanar que:

> Somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. (2010, p. 731).

Por outro lado, o referido acórdão do STF parece estar em total acordo com a denominada Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais que, segundo as palavras de Nathalia Masson:

> O Direito Constitucional contemporâneo vem reconhecendo a expansão da eficácia dos direitos fundamentais para abarcar, também, as relações privadas. Essa tendência, cujas discussões se iniciaram na Alemanha, explicita a potencialidade dos direitos fundamentais de produzirem efeitos não exclusivamente numa **perspectiva vertical** (do particular frente ao Estado), mas também numa **ótica horizontal** (entre particulares). (...) Modernamente, ultrapassou-se a discussão referente à possibilidade de os direitos fundamentais terem ou não eficácia nas relações privadas: é inconteste a aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre os particulares, afinal, é preciso compreender que não só o Estado atua enquanto órgão opressor dos indivíduos, mas também que outros particulares podem agir nesse sentido, como violadores dos direitos mais caros aos cidadãos. (2018, p. 224).

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal parece ter embasado sua decisão, diante do caso concreto apresentado, segundo o entendimento

de que, independentemente das provas ilícitas serem produzidas por particulares ou pelos agentes públicos, trata-se de uma violação aos direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, seria uma vedação destinada à proteção do acusado e não um impedimento direcionado exclusivamente aos agentes públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema relativo ao estudo das provas ilícitas é de suma importância, pois lida, além do devido processo legal, com outros direitos fundamentais do indivíduo, como a inviolabilidade de domicílio, direito à privacidade, vedação à tortura, dentre tantos outros. Além disso, se faz relevante, tendo em vista a necessidade de limitação da contaminação da ilicitude, em relação as outras provas que se façam presentes na persecução penal.

Diante do que foi exposto quanto à admissibilidade das provas ilícitas, salientando-se a situação em que estas forem produzidas por particular, esta é uma matéria que vai muito além do que é meramente apresentado no texto legal. É indiscutível que estas provas podem ser admitidas quando forem benéficas ao acusado, portanto, não deve ser aplicada a interpretação literal da letra de lei, levando em consideração a ampla anuência, doutrinária e jurisprudencial, quanto à sua admissibilidade.

Partindo deste pensamento, o jurista deverá ter a ciência de que é o magistrado do caso concreto quem deverá, valendo-se dos axiomas trazidos pelos princípios legais, implícitos e explícitos, fundamentar sua decisão. O órgão judiciário sempre deverá decidir de acordo com a equidade, necessária e adequada, para a situação que lhe estiver sendo apresentada.

Vale ressaltar que não existem direitos fundamentais absolutos, pois até mesmo as garantias mais caras podem ser relativizadas. É o caso, por exemplo, do direito à vida que, em caso de guerra declarada, poderá ser ponderado diante de infrações penais que tenham previsão de pena capital.

Esta afirmação se baseia em duas justificativas. Inicialmente, deve ser, novamente, ressaltado o fato de que é admitida uma interpretação

não-literal da norma relativa às provas ilícitas quando forem favoráveis ao réu. E, por outro lado, também deve ser considerado o contexto relativo aos valores apresentados em cada caso concreto, segundo os bens jurídicos violados do/pelo acusado.

Desta forma, julgamos que não é possível considerar como sendo o único entendimento possível, aquele apresentado pelo Suprema Corte no RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), que decidiu pela inadmissibilidade da prova ilícita obtida por particular, através da violação do consultório profissional do acusado. Destarte, humildemente, diante do atual contexto social, ousamos discordar da decisão proferida pelo STF quanto àquela prova ilícita obtida por particular, mesmo diante da alegação do dever de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois, nestes casos, deverá existir uma ponderação dos valores envolvidos no caso concreto.

A concepção atual de Estado Democrático de Direito deve ser pautada não apenas na proteção do réu acusado de uma infração penal, mas deve ser destinada a garantir o máximo de proteção aos administrados. Tal abrigo deve ser conferido através de dois pontos. Primeiro considerando a pena aplicável ao fato, com finalidade retributiva ao crime. Além disso, também deve ser garantido o amparo visando a prevenção de novos delitos, pelo próprio acusado e/ou pelos demais integrantes da sociedade.

Esse entendimento ocorre porque, hodiernamente, a vítima de uma infração penal deixou de ser marginalizada, mostrando-se que é necessário a compreensão de que ela e os demais integrantes do meio social precisam de uma proteção estatal eficaz. O Estado deve agir de modo a considerar que em cada infração penal, direitos fundamentais também são violados.

Neste diapasão consideramos que, no caso concreto, diante da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, o magistrado decidirá se a prova ilícita produzida por um particular, deverá, ou não, ser utilizada na Ação Penal. Ou seja, não é possível afirmar de forma inequívoca que tais provas serão admitidas ou, tampouco que elas deverão ser refutadas da persecução penal. O órgão judiciário, responsável pelo julgamento, é que deverá realizar o juízo de valor quanto à juntada, ou não, de tais provas ao processo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal Brasileiro.

_____. Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, de 21 de junho de 2000 (DJU 3.8.2000 PP-00068). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recur so-extraordinario-re-251445-go-stf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em. 14 nov. 2018. Informativo 923. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo /documento/informativo923.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches Pinto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceitos e inadmissibilidade.** Publicado em: 17 jul. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/639 07/lei--n--11690-08-e-provas-ilicitas-conceito-e-inadmissibilidade>. Acesso em 15 Jun 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21º ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da Prova Ilicitamente Obtida por Particular no Processo Penal.** Disponível em: <http://www.brunocesaradvocacia.com.br/artigo/da_p rova_ilicitamente_obtida_por_particular.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO: CONSTRUÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA

Jéssica Maria Frocel Holanda Sales

Introdução

O presente artigo não têm a pretensão de esgotar a temática a respeito da consolidação da Teoria da Taxatividade Mitigada, – na qual o STJ estabeleceu como regra aos casos em que a não impugnação imediata, através de agravo de instrumento, de uma decisão interlocutória é capaz de trazer efetivo prejuízo – mas sim, realizar uma análise crítica a respeito do Tema 988 e de sua resolução, fincando-se nas consequências geradas pelo fim da divergência e começo de um sistema preclusivo ainda não estruturado.

Conceituação

Não se desconsidera aqui a origem histórica e etmológica do agravo[23], mas se procura focar no âmbito jurídico atual, onde é possível

23 . Em apertada síntese, é possível dizer que o agravo tem origem na monarquia, sendo completamente apenso ao direito romano, base do Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo surgido da necessidade de impugnar os arbítrios cometidos pelos julgadores. Com seu destino inicial às mãos dos reis, foi preciso criar um Juízo recursal, conferindo-se a competência a juízes de hierarquia superior. Com a evolução do direito surgiram as Casas de Suplicação, instituindo-se a figura do querina, por meio das Ordenações Afonsinas, não sendo, no entanto, feita a classificação dos tipos de decisões recorríveis e

definir, de forma sucinta, que agravo é o recurso cabível contra uma decisão interlocutória, indicadas em lei como sendo recorríveis, cuja regulamentação está disposta no art. 1.015 do CPC/2015, sendo considerado o cabimento desta via para situações previstas fora do citado diploma legal, conforme ensina a doutrina:

> "[…]
>
> O Novo Código de Processo Civil prevê o cabimento do agravo de instrumento em hipóteses não consagradas no art. 1.015 do Novo CPC, o que é plenamente admissível nos termos do inciso XIII do dispositivo, que prevê o cabimento de tal recurso em outros casos expressamente referidos em lei além daqueles consagrados de forma específica no dispositivo legal.
>
> […]"
>
> (Neves, 2017, p. 1658)

Deste modo, é necessário que se compreenda primeiramente o que é uma decisão interlocutória, a qual geralmente se caracteriza por *"[…] haver ela resolvido, no curso do processo, uma questão incidente"[…]* (Câmara, 2017, p. 527). Anota-se que questões incidentais são controvérsias que surgem no decorrer do processo e precisam ser resolvidas antes do julgamento da questão principal.

No entanto, cumpre ressaltar que as decisões não agraváveis ainda são passíveis de recurso, sendo atacadas via de regra por meio de apelação, advinda a devida prolação da sentença. O caso mais icônico de cabimento do agravo é contra decisão que verse sobre tutela provisória, seja de urgência ou evidência, nos casos em que se nega o provimento, revoga ou modifica a tutela.

Assim, o agravo tem natureza de urgência, inferindo-se que não é possível que se aguarde a sentença vergastada para resolver situação que foi causa a petição no curso do processo. Por esta natureza

---

recurso específico, o que só viria a ser determinado nas Ordenações Manoelinas, a qual fez surgir o agravo e posteriormente a tripartição, agravo em petição, agravo no auto do processo e objeto temático agravo de instrumento.

mediata, compatível com as impugnações que a acompanham é que surgem as divergências jurisprudenciais o questionamento do quão rígida é incidência do Princípio da Taxatividade nestes casos.

Natureza jurídica

Atualmente existem duas correntes sobre a natureza jurídica do agravo: A primeira determina que o agravo é recurso autônomo quanto a decisão que lhe deu origem, enquanto que a segunda, majoritária, compreende que o recurso tem natureza de continuação do direito de ação, sendo portando um instrumento de continuidade do procedimento.

Tal doutrina se mostra preponderante uma vez que o agravo, apesar de representar uma petição que impugna aspectos de uma decisão, aparentemente do mesmo modo que a apelação, por exemplo, fato que é que o agravo recorre de uma decisão não terminativa, ou seja, não se inicia uma nova fase processual, mas sim continua aquela que já existe e ao ser finda, poderá ser revisada em todo ou parte por uma apelação.

Soma-se isto ao fato de que, via de regra, tal recurso resolve incidentes, cujo caso mais notório já citado é a concessão de tutela provisória ou de urgência, este se apresenta como uma segunda face do direito de ação que dispõe o requerente, ou seja, continuidade do procedimento.

Princípio da Taxatividade

A taxatividade apregoa o próprio nome, é princípio que alvitra um rol, até poucos anos atrás, incorruptível, de decisões das quais é cabível recurso de agravo. Indubitavelmente, os princípios não são absolutos, podendo ser relativizáveis com as mudanças na Ordem Jurídica Nacional, não geralmente escapando à regra a taxatividade, fato que será tratado mais adiante.

Do CPC/1973 a CPC/2015

As mudanças de uma codificação para outra trouxeram novos posicionamentos dos Tribunais Superiores, oriundos dos prequestiona-

mentos suscitados no grau recursal, foi havida necessidade de adequação do NCPC/2015, uma vez que no CPC/73 havia a possibilidade de impugnação em caso de decisão que causasse grave prejuízo à parte, os recursos continuaram a ser interpostos nesse mesmo sentido, abrindo divergência jurisprudencial.

Era a seguinte a redação dada pelo diploma legal anterior: *"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida,* ***salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação,*** *bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento."* (Brasil, 2015 – grifos nossos), assim, percebe-se que de uma codificação para outra, com a instituição de um rol taxativo, o agravo de instrumento teve seu alcance limitado.

No diploma anterior o agravo era interposto e, caso não fosse constatada a urgência, este ficava retido até que houvesse a prolação da sentença, quando simplesmente poderia ser retomado de acordo com o interesse da parte recorrente, existindo um sistema preclusivo considerado a partir da decisão terminativa.

É a nova redação que diz respeito ao agravo de instrumento:

> "Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário". (Brasil, 2015)

Assim observo que as decisões impugnáveis por agravo passaram a se apresentar de forma taxativa, ao menos era o entendimento da doutrina majoritária até que diversos casos de urgência passaram a ser protocolados, levando a questão até o Superior Tribunal de Justiça, o qual, pela demanda, considerou o caráter repetitivo da questão, estabelecendo a discussão do agora intitulado Tema Repetitivo 988.

É necessário ressaltar que, claramente havia e ainda há, certa herança da doutrina de Hans Kelsen (2000) no que diz respeito a taxatividade absoluta, anteriormente citada. Num primeiro momento, se faz necessário observar que o princípio basilar do Positivismo – corrente doutrinária do autor – é a rigidez da norma e sua aplicação (o que não quer dizer que o teórico, em sua obra, desconsiderou as mudanças sociais e legais).

Destarte, a lei teria por objetivo prever todas as situações possíveis, com o fito de se aplicar o direito em seus moldes, sem que fossem abertas quaisquer exceções. Ademais, caso houvesse situação imprevista, a lei aplicada à situação fática deveria ser aquela que versa sobre o mesmo direito, de certo modo, existindo a possibilidade de extensão, desde que sem interpretação, o que será examinado a frente.

Construções Doutrinárias

Foram estabelecidas 4 correntes doutrinárias a respeito do rol disposto no art. 1.015 do CPC/2015:

1) Taxatividade Absoluta ou Restritiva: teoria defendida por José Miguel Garcia Medina, apregoa que é impossível recorrer por agravo de instrumento de decisões não listadas no art. 1.015 do CPC/2015, devendo, se houver urgência, ser impetrado mandado de segurança, uma vez que o prejuízo, quando realmente grave, seria presumivelmente um direito líquido e certo sofrendo ofensa. Para tanto aplicando-se a regra da ordem: "não amparável *habeas corpus* ou *habeas data"*.

Importa dizer que a adoção desse modelo não é sem justificativas e tem em vista a maior segurança jurídica e o repeito aos princípios recursais, a exemplo daquele da singularidade. Para defensores desta corrente, como o mencionado, é essencial que se preserve, portanto, a taxatividade no art. 1.015 do CPC/2015, com o objetivo de preservar o Ordenamento.

2) Rol Exemplificativo: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que o rol do citado artigo seria meramente exemplificativo, tendo o legislador pretendido tão somente apresentar, da forma mais completa o possível, situações de cabimento do agravo de instrumento, sem limitar o recurso a situações futuras e não previstas.

3) Interpretação Extensiva: Fredie Diddier e Teresa Arruda Alvim, divergindo dos anteriores compreendem que nada impede a interpretação extensiva do dispositivo, por isso, as hipóteses elencadas pelo 1.015 devem ser compreendidas de forma ampla, através de sua natureza.

Didier e Cunha (2016, p. 216) trazem o seguinte exemplo:*"Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta", assim, tratando de decisões de um prisma central comum aquelas contidas no rol, seria o caso de agravo.*

Retoma-se aqui a visão de Kelsen, aprimorada, permitindo-se a extensão, quando o magistrado assim julgar possível e a possibilidade, embora não elencado no artigo em voga, tenha direito comum a qualquer um dos incisos deste, pelo princípio de o mesmo direito não pode ser tratado de forma diversa, em uma uniformização do dogmatismo.

4) Taxatividade Mitigada: Uma criação do Superior Tribunal de Justiça, de autoria da ministra Nancy Andrighi, traz em parte o an-

tigo instituto do CPC/73, no que diz respeito a interposição do agravo de instrumento nos casos de urgência, sem, no entanto, informar como o recurso viria a precluir, uma vez que não incidindo qualquer tipo de preclusão o recurso seria imune, podendo ter ser enfrentado em apelação.

Ora, se a decisão torna as hipóteses de cabimento do agravo ainda mais abertas, conferindo todo poder de decisão sobre a urgência ao magistrado, qual a motivação de sua criação? É bastante lógico, embora dotado de complexidade.

No caso, as interpretações anteriores não eram capazes cobrir a lacuna deixada pelos casos urgentes, de efetivo prejuízo ao autor ou réu. Anteriormente restava facultado ao magistrado optar por uma das três vertentes já comentadas *in passam,* de modo que a impugnação da parte poderia não só ser desprovida, como ter seu conhecimento negado. Atenta-se que tal situação era inaceitável, uma vez que causava insegurança jurídica (inclusive, a falta de confiança no judiciário).

O Tema Repetitivo 988 do STJ e a Superação da Divergência

Primeiramente se faz necessária citação ips litteris do Tema 988:

> *"Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC."* (STJ, 2019).

No código anterior o agravo ficava retido caso analisado determinado que seu conteúdo não carecia de resolução imediata, podendo ser reiterado na apelação, no novel diploma legal, sequer existe previsão e o STJ trouxe dúvidas sobre a questão, deixando certa lacuna quanto a preclusão desta nova modalidade de agravo de instrumento.

Determinado o repetitivo 988, devida a quantidade expressiva de demandas requerendo a prestação jurisdicional poro meio de agravo de instrumento em virtude de urgência, a ministra Nancy Andrighi abriu

uma divergência quanto a real possibilidade de interposição do recurso, uma vez que certas decisões poderiam causar efetivo prejuízo ao agravante. Em seu voto a ministra faz uma 'linha do tempo' demonstrando as hipóteses de impugnação quando não houvesse previsão legal vigentes nas codificações anteriores.

No mesmo texto, aponta as sucessivas tentativas de ampliação do rol quando houve a comissão para elaboração do CPC/2015, onde diversos deputados intentaram, se não, tornar o rol 'aberto', fazê-lo mais amplo, estabelecendo um procedimento diferenciado do que, por fim, foi instituído.

Neste mesmo voto, destaca as diferentes correntes doutrinárias existentes sobre a possibilidade de interposição de agravo de instrumento e a natureza do art. 1.015 do CPC/2015, expostas anteriormente, defendendo uma nova posição:

> "[…] Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de 37instrumento é sempre cabível para as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação", nos termos do Parecer no 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego. Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo. A tese jurídica que se propõe, assim como aquela que sustenta que o rol do art. 1.015 do CPC, embora taxativo, admite interpretação extensiva ou analógica, demandam ainda o obrigatório enfrentamento de algumas questões que impactarão diretamente nas atividades jurisdicionais e dos jurisdicionados. […]"
>
> (Andrighi, 2018, p. 37/38)

Por fim, a ministra faz considerações sobre a preclusão e modulação de efeitos, compreendendo que não haverá preclusão lógica, temporal ou consumativa, uma vez que não há momento certo para impugnação, estando o recurso imune temporariamente, até a sentença e consequentemente a abertura do prazo para a apelação.

CONCLUSÃO

Não é difícil compreender as implicações que o estabelecimento do rol do art. 1.015 do CPC/2015 como de taxatividade mitigada causa certa insegurança jurídica, do ponto de vista em que o prazo para a preclusão temporal sequer existe, surge a possibilidade de interposição a qualquer tempo, trazendo ainda mais incertezas pelo caráter de imunidade obtido pelo recurso até a prolação da sentença.

Além disso, fato é que o tão citado voto deixa a desejar quando não estabelece pressupostos sobre o objeto de incidência, ou seja, está nas mãos do relator, ao seu entender a consideração quanto a urgência ou não da resolução do objeto impugnado no momento processual diverso do estabelecido em lei, de modo que a decisão do STJ, a qual deveria conferir um 'norte', orientando os magistrados, não oferece uma diretriz certa capaz, mas sim possibilita que as decisões assumam caráter arbitrário.

Deste mote, criam-se novas divergências, principalmente quanto a determinação do que seria urgência. Em um paralelo, situação similar já ocorreu anteriormente no direito penal e, da mesma forma, embora os tribunais superiores tenham assumido a responsabilidade de dar determinação a questão, ainda restam dúvidas por parte dos julgadores de como proceder na questão.

Neste caso em comparativo o STF chegou a sumular – no entanto, em nada as decisões foram capazes de esclarecer a situação, trata-se do tema disposto na súmula 523, a qual determina que a ausência de defesa somente será causa de nulidade quando houver efetivo prejuízo ao réu, não sendo determinada a natureza desse prejuízo, havendo diversas interpretações a respeito, sendo fixado tão somente a necessidade do réu apresentar provas capazes de demonstrar a situação.

Neste exemplo, a súmula causou uma enorme demanda ao judiciário, com um quantitativo mais do que absurdo de recursos pleiteando a nulidade de feitos processuais, sendo que em situações similares, mas em câmaras ou tribunais diferentes existe a possibilidade de inúmeros acórdãos, com entendimentos igualmente diversos.

Logo, é inferível que o STJ ainda vai enfrentar muitas questões sobre o tema até que seja possível chegar a um procedimento adequado, capaz de conciliar segurança jurídica e justiça, além de promover coerência decisória, tendo, até o momento, tão somente "fechado uma porta para abrir algumas janelas".

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. C. **Novo agravo.** 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 17 ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1704520/MT** em caráter repetitivo. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < **http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396**> Acesso em: 15 de setembro de 2019.

_____.Superior Tribunal de Justiça. R**ecurso Especial 1696396/MT** em caráter repetitivo. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < **http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396**> Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. Acesso em <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm1**> Acesso em: 20 de setembro de 2019.

_____. **Lei nº 9.139**, de 30 de Novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/ L9139.htm#art1. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil, trecho que trata sobre o agravo de instrumento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>** Acesso em: 19 de setembro de 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 3º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JR**.,** Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídeo. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** v. III, 50ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. 4ª tr. trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000..

LEMOS, Vinícius Silva. **A Não Preclusão das Decisões Interlocutórias e a Liberdade Decisória do Juízo de Primeiro Grau.** Repro vol. 257. Revista de Processo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973/José Miguel Garcia Medina. 1º ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9º ed. rev. E atual. – Salvador: jusPODVIM

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

SANTOS, Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 988**. Disponível em: <**http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp___novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396**>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL: UM DIREITO QUE AGRADA A GREGOS E TROIANOS

Isabela Cristina Silva De Araujo

INTRODUÇÃO

Neste artigo examina-se criticamente as etapas do devido processo legal/penal no que tange a eficácia das garantias de direitos constitucionais inalienáveis dos cidadãos apenados, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

É realizado um breve resumo não só acerca desse princípio enquanto Direito Constitucional, trazido positivado na Carta Magna, como também é mencionado seu desenvolvimento ao longo das Constituições adotadas no Brasil, desde a primeira, em 1824, até a atual Constituição, promulgada em 1988 e conhecida como Constituição Cidadã, tendo em vista a ampliação dos Direitos conferidos a cada indivíduo.

Em especial, analisar-se-á o aparente paradoxo da incomunicabilidade do preso, trazida pelo Código de Processo Penal, diante do principio ideal de ressocialização e reintegração dos apenados que caracterizam as modernas instituições que compõem o sistema correicional. E, com isso, concluir se a hipótese do Juiz determinar que o indivíduo preso fique incomunicável, ainda que pelo prazo estipulado em lei, está de acordo com os princípios trazidos na Constituição.

1. Globalização e o costume mundial de celeridade

Desde a expansão marítimo-comercial europeia, em meados do século XVI, com inicio da expansão do sistema capitalista, podemos observar o processo de aproximação das nações espalhadas por todo o mundo. O fenômeno da globalização, interliga todos os campos basilares das sociedades espalhadas ao redor do mundo, como por exemplo, cultura, social, política, direitos humanos, educação, saúde e economia.

Este cenário encontrou na tecnologia sua grande aliada para trazer ainda mais agilidade ao dito "encurtamento de fronteiras", tendo em vista que atualmente, com o avanço da internet, as notícias conseguem correr o mundo rapidamente e a troca de informações ocorre praticamente que de forma instantânea. Segundo Lopes Jr (2018, p.74) "vivemos numa sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca do mundo contemporâneo".

O costume com a praticidade e a celeridade é esperado (e exigido) também no meio jurídico, principalmente nos casos onde está colocado a prova o direito à liberdade do indivíduo. Sendo assim, diante de tal importância, foi inserido ao texto constitucional, em seu artigo mais extenso e importante, via emenda, o princípio da duração razoável do processo.

Este princípio, incorporado a Carta Magna em 2004, está presente no inciso LVVVIII e o mesmo preceitua que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

A problemática inicia-se no conceito da expressão "razoável duração" que o legislador constituinte derivado deixou em aberto, abrindo precedente para dúvidas de quanto tempo um processo pode perdurar, no presente sistema penal, para ser considerado razoável? Outrossim, quais são as balizas criadas pelo próprio ordenamento jurídico para que o prazo não seja tão razoável quanto pretendido? Além disso, quando um processo não dura o tempo que lhe fora estipulado, qual o sujeito pode ser responsável por tal excesso de tempo?

Todos esses questionamentos fizeram com que a doutrina brasileira se dividisse em alguns apontamentos que servem de norteadores para o princípio objeto deste trabalho.

2. O princípio da duração razoável do processo e o inquérito policial

Conforme supracitado, o princípio da duração razoável do processo foi inserido à Constituição brasileira, em 2004. Contudo, antes de sua criação, já havia a preocupação com o prazo de duração do processo no Pacto de São José da Costa Rica, que o Brasil é signatário, em seu artigo 8º que defende:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sendo assim, pode-se afirmar que a Emenda Constitucional 45, nesta seara, não inovou e sim trouxe a ideia do que já havia sido pactuado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, em 15 de dezembro de 2004 foi assinado o I Pacto Republicano, por um judiciário mais rápido, contendo compromissos fundamentais no combate à morosidade processual. Esse pacto fora a peça chave que possibilitou a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, por meio das leis 11.417 e 11.418, ambas em 2006.

Ainda que se possa afirmar que o direito de ser julgado em um prazo razoável seja uma consequência do direito ao devido processo legal, também tido como princípio constitucional, a falta de determinação do conceito de razoável e a ausência de sanções punitivas para os casos que excederem o limite permitido, culminaram na da "doutrina do não prazo" que pode ser considerada arcaica e muito debatida pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Segundo Nucci (2014, p. 48) "é incubência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recurso das partes". Contudo, insta salientar que arguir uma resposta da maquina

estatal no menor tempo possível não significa abandonar outras garantias constitucionais em detrimento do fator tempo. E sim, pugna-se por uma aplicação eficaz do Estado ao exercer seu direito de punir.

Para assegurar o ius puniendi e, ao mesmo tempo, não prolongar o sentimento de quem senta no banco dos réus, Lopes Jr (apud BECCARIA, 2018) defende:

> O processo deve ser conduzido sem protelações. Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais justa e útil ela será. Mais justa porque poupará o acusado do cruel tormento da incerteza, da própria demora do processo enquanto pena. (...) a rapidez do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade já é uma pena.

Ainda nas palavras do nobre doutrinador Lopes Jr (2018, p. 79), o mesmo optou por usar a expressão '(de)mora jurisdicional' porque acredita que ela nos remete ao conceito, no sentido amplo, de mora, diante da injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional.

Espelhando-se no que já ocorre no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e na Comissão Interamericana de Direitos humanos, os tribunais brasileiros deveriam adotar pressupostos para analisar esse tempo razoável que está em aberto em nossa Constituição, sendo eles, segundo Lopes Jr (2018, p. 83): a complexidade do caso concreto, a atividade processual do interessado (que jamais deverá se beneficiar de sua própria demora), a conduta de todas as autoridades judiciárias desde a fase pré processual (polícia e delegado responsável pelo inquérito policial) bem como aquelas que agem na fase processual (Ministério Público, juízes e servidores) e além disso, o deve sempre ser observado o principio da razoabilidade.

Nesse sentir faz-se necessário abrir um parêntese ao que concerne o inquérito policial. O Código Penal preceitua, em sua artigo 10 §3º, que, quando o fato for de dificil comprovação e o indiciado estiver solto, a autoridade policial pode requer ao juiz a devolução dos autos para mais diligências. A problemática de tal artigo se inicia quando, na prática, é

possível observar que os inquéritos em relação a investigados soltos acabam tendo seu prazo de conclusão prorrogado diversas vezes, se prolongando no tempo. Nas palavras de Renato Brasileiro (2017, p. 127):

> Diante da inserção do direito à razoável duração do processo na Constituição Federal, já não há mais dúvidas de que um inquérito policial não pode ter seu prazo de conclusão prorrogado indefinidamente. As diligências devem ser realizadas pela devem ser realizadas pela autoridade policial enquanto houver necessidade. Evidentemente, em situações mais complexas, envolvendo vários acusados, é lógico que o prazo para a conclusão das investigações deverá ser sucessivamente prorrogado. Porém, uma vez verificada a impossibilidade de colheita de elementos que autorizem o oferecimento de denúncia, deve o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos autoridade policial enquanto houver necessidade. Evidentemente, em situações mais complexas,envolvendo vários acusados, é lógico que o prazo para a conclusão das investigações deverá ser sucessivamente prorrogado. Porém, uma vez verificada a impossibilidade de colheita de elementos que autorizem o oferecimento de denúncia, deve o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos.

Diante desse óbice, a 5º turma do STJ, nos autos do Habeas Corpus 96.666/MA, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 2008, concedeu a ordem para determinar o trancamento de um inquérito policial em andamento há mais de sete anos, sem que até o momento do julgamento tivesse sido oferecida a denuncia contra os pacientes em questão. De acordo com o relator:

> É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção; entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só,

> enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro.

Ainda a despeito do inquérito policial, de acordo com artigo 10 §1º do CPP, uma vez concluída a investigação policial, os autos do inquérito policial devem ser encaminhados direto ao Poder Judiciário, e somente depois ao Ministério Público.

Todavia não podemos olvidar que no Brasil é vigente o sistema acusatório, onde o Ministério Público é detentor da titularidade da ação penal pública e também, de acordo com artigo 129 I da Constituição, o destinatário final das investigações. Sendo assim, essa necessidade de remessa inicialmente ao Poder Judiciário não está em alinho com o atual sistema brasileiro, servindo de barreira à celeridade pretendida.

Tanto é verdade que, exceto diante da hipótese de pedidos cautelares, a tramitação direta entre Polícia e Ministério Público, já é assunto de diversas portarias de Tribunais de Justiça que determinam o envio dos autos da investigação policial diretamente ao órgão ministerial. Cabe ressaltar que no âmbito da Justiça Federal, o Conselho de Justiça Federal, já decidiu também neste sentido, através da Resolução nº 63 de 2009. De acordo com essa resolução, os autos de inquérito policial (concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento) serão previamente levados ao Poder Judiciário apenas para que seja realizado seu registro e após, devem ser automaticamente enviados ao Ministério Público Federal, despensada qualquer determinação judicial, sendo suficiente a certificação pelo servidor responsável.

3. Da (não) observância do prazo razoável no processo penal brasileiro e a problemática das prisões cautelares

A problemática descrita no capítulo supra é só uma das diversas inconsistências existentes no Código de Processo Penal que contribuem para a morosidade processual. Todavia, acreditamos que o maior problema ainda é a falta de regulamentação normativa quanto ao que deve ser tal razoabilidade temporal e, além disso, a cominação legal de

sanções punitivas para casos de possível descumprimento. Sendo assim, conforme Aury Lopes Jr (2018, p. 84) ressalta, se a instrução não for realizada no prazo fixado, por ausência de sanção aplicável, estaremos diante de prazo sem sanção que conduz à ineficácia do direito fundamental.

Ainda de acordo com Lopes Jr (2018, p. 83):

> No Brasil, a situação é gravíssima, Não existe limite algum para a duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição) e, o que é mais grave, nem sequer existe limite de duração das prisões cautelares. Especialmente a prisão preventiva, mais abrangente de todas

A questão da ausência de determinação da duração das prisões cautelares pode ser vista como a lacuna mais gravosa do processo penal. Isso porque, com exceção a prisão temporária que através de sua regulamentação na Lei 7960/89, tem seu prazo restrito a 5 dias prorrogáveis por igual periodo ou 30 dias, também prorrogáveis por igual período, em caso de crimes hediondos ou equiparados, as demais não possuem prazo fixado em lei.

Houve um projeto de lei, de n° 4.208 de 2001, que tentou fixar prazo máximo de duração da prisão cautelar, restringindo-o a 180 em cada grau de jurisdição, exceto quando o próprio investigado/acusado tiver dado ensejo à demora. Contudo, o dispositivo foi vetado na Lei 12.403 e o problema segue em aberto.

É verdade que a jurisprudência tentou, sem lograr grandes êxitos, construir limites a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento. Em síntese, passados os 81 dias com o réu preso, diante da ausência da sentença de primeiro piso, haveria excesso de prazo e, via Habeas Corpus, o paciente poderia ser colocado em liberdade, permitindo assim a continuação do processo.

Em consonância com o pensamento de Lopes Jr (2013, p. 38) podemos observar alguns marcos que podem ser usados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva, como por exemplo, a Lei 11.719 de 2008 que estabeleu o prazo de 60 dias para a audiência de instrução e julgamento ser realizado no tio comum ordinário, caindo

para 30 dias o prazo para rito sumário. Além disso, a Lei 11.689, também de 2008, fixa o prazo de 90 dias para o encerramento da primeira fase no Tribunal do Juri.

Todavia, todos esses prazos carecem de sanção em caso de descumprimento, trazendo um grande risco de ineficácia, conforme podemos observar na prática processual. In verbis, Lopes Jr (2013, p. 38) adverte:

> Concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares, impondo-se urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares, a partir dos quais a segregação seja absolutamente ilegal.

4. Caso Ximenes Lopes: como a duração razoável do processo agrada a Gregos e troianos

Após dez longos anos do conflito bélico entre gregos e troianos, que ficou conhecido como a lendária Guerra de Tróia, o herói Odisseu construiu o memorável cavalo de Tróia, usado como estratégia armada para almejar a vitória do povo grego.

Tal estratégia consistiria em presentar o povo troiano com o gigantesco cavalo, demonstrando assim, um ato de rendição de guerra. Todavia, ao aceitarem o presente, os troianos foram surpreendidos com centenas de soldados gregos que saíram do arquétipo de cavalo e os atacaram, destruindo completamente a cidade de Troia.

O que se pretende com a narração deste breve relato mitológico, é afirmar que em que pese a expressão popular "agradar gregos e troianos", em seu sentido amplo de agradar a todos os povos, ainda que com ideias opostas, seja tida como impossível, a duração razoável do processo penal consegue satisfazer e abarcar ambos os lados da moeda. Isso porque ao se pugnar por um processo célere e um julgamento em prazo razoável, não estamos objetivando a impunidade dos acusados, nem tampouco a prescrição de seus casos. Defender a razoabilidade do processo penal é defender os direitos fundamentais de quem cometeu o injusto penal e, também, daquele que fora ofendido.

O exemplo mais emblemático da afirmação supra é o caso do senhor Damião Ximenes Lopes, atestado com doença mental grave, em 1999. O mesmo foi internado em uma Casa de Repouso no município de Sobral, estado do Ceará em 3 de outubro, diante de um surto de agressividade.

Na tentativa de conter o senhor Ximenes, os funcionários o imobilizaram, espancaram e, por fim, o sedaram. No dia seguinte, durante a visita, sua mãe pôde constatar hematomas e lesões por todo o corpo do filho, além de perceber a condição insalubre do mesmo, que estava sangrando e amarrado em meio a fezes. Diante de tamanho horror, a mesma decidiu procurar ajuda porém, às 11:30 do mesmo dia, seu filho veio a óbito de forma suspeita.

Não se pretende aqui explicitar todos os absurdos e ilegalidades ocorridos durante o caso Ximenes, mas sim, exemplificar como a demora processual assola não só quem está com sua liberdade cerceada, como também aqueles que muitas vezes precisam lutar pela vida de um ente falecido.

Após a morte de Ximenes, sua irmã noticiou o crime, junto à autoridade policial e realizou também denuncia perante a Comissão de Direitos Humanos do Estado do Ceará. Cabe ressaltar que o inquérito policial foi instaurado e a denuncia ocorreu em 27 de março de 2000.

Todavia, passados seis anos, quando em 4 de julho de 2006 o Brasil foi condenado na Corte Interamericana, não havia nem mesmo a sentença de primeiro piso. Em tal condenação, a Corte atestou que houve demora na prestação da tutela penal e para isso analisou 3 fundamentos, quais sejam: complexidade do caso, atuação do Estado e atuação processual dos interessados.

Com isso, a Corte proferiu a primeira sentença condenatória por violação ao disposto no artigo 8.1 da Convenção e também no art 5, LXXVIII da Constituição. Conforme Lopes Jr (2018, p. 87) defende "a condenação é um marco histórico na matéria. Sinaliza critérios para aferir-se a violação do direito ao processo penal no prazo razoável."

Nesse interim, fica claro que a duração razoável do processo é um direito inerente a todos os indivíduos, independente da posição que ocupem dentro de uma sala de audiência.

5. Possíveis soluções frente a demora processual

Diante do conjunto de argumentos trazidos que embasam a tese que a não observância de um processo penal célere traz prejuízos graves aos envolvidos, pode-se reconhecer pela violação do direito fundamental constitucional. Posto isso, a doutrina busca meios de solucionar tal violação enquanto as lacunas legais não são alvo de reforma.

Por conseguinte, é impossível não trazer à tona as ideias do professor Aury Lopes Jr (2018, p. 88) que defende decisões compensatórias, processuais e sancionatórias.

Ao que concerne a soluções compensatórias, na esfera do Direito Internacional, pode ser cogitada uma responsabilidade por "ilicito legislativo" tendo em vista a omissao em dispor da questão da razoabilidade do tempo. Além disso, no âmbito cível, a compensação pode ser reconhecida pela indenização dos danos materiais e morais de uma grande e desmotivada demora processual. Por fim, dentro do Direito Penal, a injustificada demora do processo penal e/ou da prisão cautelar, pode ser reparada através de atenuação de pena.

Ao pensar em soluções processuais, Lopes Jr (2018, p. 89) defende que " a melhor solução é a extinção do feito, mas encontra ainda séria resistências". Existem alguns países alinhados a tal pensamento, como por exemplo a Itália, que preveem o arquivamento ou a declaração de nulidade dos atos que forem praticados depois do marco de duração. Ainda na seara processual, o CPP poderia prever a possibilidade de suspensão da execução ou dispensabilidade de pena, indulto e comutação, além da revogação do artigo 10 §1º para que não se perca tempo já no inicio do processo, enviando o inquérito da policia diretamente ao órgão ministerial. Não obstante, é necessário também que seja regulamentado prazo máximo para as prisões cautelares e não somente para a temporária.

Ademais, em relação a soluções sancionatórias, deve-se trazer a punição de todo servidor público que obstaculizar o andamento processual, independente de seu cargo, estando submetidas a tal regra processual todas as "pontas" de um processo, desde servidores de cartório, responsáveis pelo expediente, até os titulares da tarefa jurisdicional e, além disso, promotores e defensores, sob o argumento de estarem con-

tribuindo para a supressão não só do direito ao que concerne a duração do processo, mas efetivamente ao direito à justiça, tendo em vista que, de acordo com o Pedro Lenza (2020, p.535): a ausência de celeridade, sob certo, ângulo, é ausência de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a lacuna deixada ao que concerne o direito de ser julgado em um prazo razoável é uma das mais perigosas já existentes, porque afeta todos os envolvidos em um processo.

Não se pretende dizer que quem litiga na esfera cível merece esperar, o processo deve caminhar de forma célere em qualquer repartição de um Tribunal de Justiça. Todavia, quando nos referimos a urgência de mudanças no âmbito penal, somos motivados pelo cuidado que o Estado deve ter ao lidar com o bem mais precioso que um indivíduo possui sendo membro de um Estado Democrático de Direito: a liberdade. Além disso, o direito à vida, também tido como clausula pétrea da Constituição Federal, precisa ser preservado, conferindo à vítima e suas famílias, um processo célere e de tempo moderado, para que a tal almejada justiça chegue o quanto antes, fundamentada em uma sentença.

Para garantir a todos essa razoabilidade no tempo da litigância, são necessárias diversas mudanças, principalmente no Código de Processo Penal, além da edição de leis ordinárias que estipulem prazos em aberto, como por exemplo, o das prisões cautelares já expostos.

Independente do meio com tais mudanças cheguem ao ordenamento jurídico, é importante frisar que as mesmas devem ser realizadas em caráter urgente para que, quem sabe, em breve, possamos gozar de um sistema processual em consonância com o mundo em que vivemos: rápido e eficaz.

REFERÊNCIAS

Brasileiro de Lima, Renato**. Manual de processo penal: volume único**. - 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Lenza, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Lopes Jr, Aury Prisões Cautelares – 4. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013

Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A AUSÊNCIA DO PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Edmilson Bruno Granjeiro de Oliveira
Ronaldo Cesar Cunha Bazi

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida popularmente por Pacto de San José da Costa Rica foi instituída em 22 de novembro de 1969 em São José, Costa Rica. No entanto ela entrou em vigor no âmbito internacional somente em 18 de julho de 1978, após ter obtido 11 ratificações. O Brasil, por outro lado, aderiu a essa Convenção em 09 de julho de 1992 (RAMOS, 2018).

Esse importante documento consta em seu preâmbulo o reconhecimento de que os direitos essenciais do ser humano não são aplicados à pessoa em razão da sua nacionalidade, mas sim da sua condição de ser humano. Nesse vértice, é necessária a proteção desses direitos em âmbito internacional, de forma convencional, coadjuvante ou complementar aos direitos oferecidos no âmbito interno de um país. (RAMOS, 2018).

No Brasil, alguns temas ganham destaque ao serem visualizados à luz da Convenção, como é o caso do prazo para a prisão preventiva. O Brasil possui altos índices de encarceramento, com taxas superiores à maioria dos países do mundo (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2014).

No último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, em abril deste ano (2020), consta que o Brasil possui 748.009 pessoas privadas de sua liberdade.

O que se destaca é que grande parte desse número se referem a pessoas presas sem trânsito em julgado, ou seja, com o processo judicial ainda em andamento, mas sob o fundamento de uma prisão cautelar, como a prisão preventiva. Segundo o DEPEN, cerca de 222.558 pessoas estão presas sem sentença definitiva ou com o recurso pendente de julgamento (DEPEN, 2020).

Esta cautelar é disciplinada nos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro, ela poderá ser decretada com a finalidade de garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal e para a segurança da aplicação da lei penal (CPP. Art. 312). Poderá ser decretada, ainda, em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de medidas cautelares (CPP, Art. 312, §1.º).

A prisão preventiva tem natureza cautelar; ela tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer diretamente a sua efetividade, tornando-o inútil.

No entanto, é evidenciado na sociedade, atualmente, um contexto de grande banalização do uso desse tipo de prisão pelo poder judiciário e pela pressão da sociedade. A prisão preventiva se exterioriza no cenário de "a justiça sendo feita" previamente. A privação do direito de ir e vir é usado como o primeiro recurso em vez de o último.

Não há no direito processual penal interno a menção de prazo máximo para a duração da prisão preventiva. Com essa informação, é possível perceber que o direito brasileiro adotou a doutrina do "não prazo", onde alguns institutos não possuem limite de prazo definido em lei, tais como a duração razoável do processo (art. 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal), as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) e a própria prisão preventiva.

No entanto, grande parte da doutrina, como compreende que não estabelecer um prazo de limite para a duração da prisão preventiva atenta diretamente contra os direitos humanos, e aos principais princípios processuais penais como a presunção de inocência e a duração razoável do processo.

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8.1 trata do direito de a pessoa ser ouvida em um prazo razoável, *in verbis*:

> Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Já no artigo 7.5 consta a previsão de que a pessoa quando detida deve ser levada, sem demora, à presença de um juiz, e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser colocada em liberdade, vejamos:

> Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Desse último artigo infere-se que a prisão preventiva não deve ter prazo de duração elevado.

Como visto, nem mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos fixa um prazo para a duração da prisão preventiva, deixando vaga a previsão de que ela deve durar por um prazo razoável.

Assim, o problema principal a ser respondido é o seguinte: A prisão preventiva é tida como medida cautelar pessoal de extrema gravidade, portanto, faz-se razoável que haja a fixação de prazo máximo para a sua duração?

Assim, a compreensão geral a respeito da prisão preventiva à luz dos direitos humanos irá contribuir profundamente para a sociedade e o meio jurídico, como forma de conscientizar a respeito da necessidade de fixação de um prazo médio de duração desse tipo de prisão,

para que não haja a possibilidade da discricionariedade do prazo da sua duração pelo juiz.

O objetivo geral do artigo consiste em compreender como o prazo de duração da prisão preventiva é tratado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e realizar uma comparação com o tratamento do prazo dessa modalidade de prisão no ordenamento jurídico interno.

No que se refere aos procedimentos metodológicos, o método que será utilizado é o dedutivo e a metodologia de pesquisa será bibliográfica, utilizando esse tipo de pesquisa, buscou-se referências e fundamentos em livros, artigos e lei.

2. A INCIDÊNCIA DO SISTEMA INQUISITORIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O processo penal é composto por alguns sistemas distintos. O sistema inquisitivo ou inquisitorial é típico dos sistemas ditatoriais, e se refere a um sistema com a permanência de um processo onde as funções do juiz são a de acusar, defender e julgar, ficando nítida a sua imparcialidade. Há uma nítida desigualdade entre as partes. A defesa do réu é bastante restrita, e não há a prevalência da presunção de inocência.

Sobre as peculiaridades do sistema inquisitorial, aduz Rangel:

> a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, consequentemente, a confissão é a rainha das provas (RANGEL, 2015).

Para Avena, esse sistema dá margem a excessos processuais, se mostrando antidemocrático:

> O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), o que dá margem a excessos processuais. Exatamente por isso, em regra, o processo não é público, sendo caráter sigiloso atribuído pelo juiz por meio de ato discricionário seu e à margem de fundamentação adequada (AVENA, 2018).

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. (LIMA, 2019). O Código Penal brasileiro possui traços inquisitoriais, no entanto, muitos artigos que detinham esses traços inquisitivos foram revogados pela Constituição federal em 1988, que conferiu garantias fundamentais às pessoas.

Para muitos autores, no Brasil, atualmente, há a adoção do sistema acusatório. No entendimento de Renato Brasileiro de Lima, "aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*" (LIMA, 2019).

Consoante o entendimento de Renato Brasileiro, Fernando Capez leciona que:

> É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 734/93, art. 103, XIII, a, b, c, d, e), a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência

> (art. 5º, LVII) (Criminologia, cit., p. 31-8). É o sistema vigente entre nós (CAPEZ, 2014).

O sistema acusatório se caracteriza pela presença de partes distintas no processo, onde em um polo se concentra a acusação, do outro a defesa, ambas sendo presididas por um juiz, com as devidas garantias da equidade e imparcialidade.

Em sentido contrário à grande parte da doutrina, que defendia o sistema brasileiro como sendo o acusatório ou o misto (reunião de características dos dois sistemas), Aury Lopes Jr. sempre defendeu que o sistema vigente no país era o inquisitório. Com o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o autor mudou a sua opinião, bem como os demais autores que compactuavam opinião semelhante.

Assim, conforme leciona Aury Lopes Jr., "Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de oficio violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório." (LOPES JR., 2020).

Essa afirmação é retirada da redação do artigo 3° A do Código de Processo Penal brasileiro que afirma: "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". (BRASIL. 1941).

2.1 Prisão preventiva

Vicente Greco Filho (2012) diz que a prisão preventiva é aquela decretada com a finalidade de garantir a ordem pública, econômica, necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena. Pode ser decretada, ainda, em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de medidas cautelares.

Para CAPEZ (2014) prisão preventiva tem natureza cautelar; tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil.

O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garan-

> tia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941)

De acordo com as lições de Aury Lopes Jr., por muito tempo era permitida a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, evidenciando os traços inquisitoriais do processo penal brasileiro, mas esse cenário mudou:

> Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator ranço inquisitório), em franca violação do sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial. (LOPES JR., 2020)

Assim sendo, utilizando do entendimento de Renato Brasileiro (2019), a prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que é decretada pela autoridade judiciária competente após a representação do Delegado de polícia ou do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

2.2 Pressupostos de cabimento

Conforme estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só será cabível se presentes algumas hipóteses específicas:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941)

Com relação a garantia da ordem pública, não é o fato de estar a sociedade com medo do suspeito, tal garantia se exterioriza, na verdade, no fato de ser o suspeito perigoso, e que caso não seja preso, haverá a probabilidade de o mesmo cometer mais crimes. Assim, não pode se considerar o clamor da sociedade como motivo suficiente e determinante para a decretação desse tipo de prisão.

Assim, para Mendes e Branco (2017, p. 532) "além disso, 'clamor público' é expressão porosa, capaz de assumir amplos e múltiplos significados, o que é incompatível com a segurança jurídica e com a eficácia dos direitos fundamentais."

Com relação ao tema, Nucci (2014) dispõe:

> Trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem econômica, diz respeito a repressão aos crimes financeiros em especial os que ocorrem contra o sistema finan-

ceiro nacional, principalmente aqueles que lesem ou afetem a ordem financeira. Busca evitar a reiteração de prática de condutas que gerem perdas financeiras significantes e, ainda, evitar que seja colocada em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro (LOPES JÚNIOR, 2020).

Pelo fundamento da conveniência da instrução criminal, a prisão preventiva visa assegurar a produção de provas garantindo-se, desta forma, o devido processo legal. Nucci (2014) estabelece que:

> Trata-se do motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.

A garantia da aplicação da lei penal tem o significado de garantir a finalidade útil do processo criminal, essa finalidade consiste em proporcionar ao Estado a possibilidade de exercer seu direito de punir, aplicando a devida sanção ao autor do crime.

Já o descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares é autoexplicativo. Como sendo a prisão preventiva medida excepcional, o magistrado, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, seu assistente ou querelante, pode substituir a medida ou impor outra em cumulação, e em último caso, pode decretar a prisão preventiva do agente.

De acordo com Pacelli (2019), os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria se compõe do *fumus delicti*, ou, em tradução livre, aparência do delito, o que corresponde ao *fumus boni iuris* que deve estar presente em um processo cautelar. Assim sendo, a aparência do delito precisa estar presente na decretação de toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.

3. A CADH no ordenamento jurídico interno brasileiro

Desde a transição democrática, vislumbra-se a conquista dos direitos humanos e sua inserção no direito brasileiro. Essa conquista é verificada por diversas perspectivas, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, aderida pelo país em 1992, o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, dentre vários outros instrumentos internacionais reconhecidos internamente.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um documento de 1969, mas só foi ratificada pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992. Castilho (2018) explica a demora na ratificação do documento pelo país: "A demora pode ser explicada pelo fato de que o Brasil estava vivendo um regime de exceção no momento da conferência, e os governantes não aceitavam ingerência externa nos assuntos considerados políticos".

De acordo com Castilho (2018), "O documento mais importante do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou internacionalmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica".

Encontra-se no texto desta Convenção, uma serie de direitos importantíssimos para qualquer um que tenha qualidade de ser humano, tais como o direito à duração razoável do processo, à audiência de custódia, ao recurso à instância superior.

Contudo, observa-se que a Convenção não estipula prazo para a duração da prisão preventiva, o que acarreta consequências negativas para aquela que irá sofrer a reprimenda estatal, visto que ele não terá expectativa de quanto tempo ficará à disposição do Poder Judiciário em prisão cautelar.

Por ter sido ratificada pelo Brasil, existe a expectativa que haja a adequação dos dispositivos internos ao texto da Convenção, internalizando no direito brasileiro as suas normas protetivas.

4. A AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL NA PRISÃO PREVENTIVA

Ao contrário de algumas legislações ao redor do mundo, o Código de Processo Penal não delimita uma previsão a respeito do prazo para

a duração da prisão preventiva. No entanto, há uma exceção, que se trata do artigo 22 da Lei 12850/13, que trata das ações praticadas por organizações criminosas. Nesse dispositivo há a expressa previsão de que a instrução deve ser encerrada no prazo de 120 dias prorrogáveis por igual período, quando o acusado se encontrar preso. Ainda, outra exceção encontra-se prevista no art. 390 do Código de Processo Penal Militar, que estabelece o prazo de 50 (cinquenta) dias para a conclusão da instrução criminal quando o acusado estiver preso.

No entendimento de Renato Brasileiro (2019), no direito brasileiro realmente a prevalência da ausência de prazo da prisão preventiva, ao contrário da prisão temporária que há prazo expresso em lei. Ainda, de acordo com o autor, a ausência de prazo pode levar a uma verdadeira pena antecipada, e isso fere diretamente os direitos humanos, e as garantias fundamentais do processo.

Parte da doutrina considera que essa ausência de prazo constitui caráter *rebus sic standibus*, como se vê:

> A decretação da prisão preventiva não se faz por prazo determinado, isto é, possui caráter rebus sic stantibus (persiste enquanto estiverem presentes os requisitos para sua decretação). Entretanto, é certo que não pode o réu permanecer preso preventivamente por prazo indeterminado, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal. Nesse caso, a jurisprudência tem criado mecanismos para a aferição da existência do chamado "excesso de prazo". (BONFIM, 2012)

Assim, se consolidou um entendimento jurisprudencial na qual, se o acusado estiver preso, o processo criminal na 1° instância deveria ser concluído em 81 dias, caso contrário, restaria caracterizado o excesso de prazo. Isso se deve ao fato de que se a prisão preventiva ultrapassar um prazo razoável, haveria a violação da razoável duração do processo.

Para a fixação desse prazo, a jurisprudência utilizou do somatório de todos os prazos existentes para a prática de atos processuais no Código vigente, não abrangendo, entretanto, os prazos da movimentação cartorária, mas a partir de 2008 esse prazo se elevou para 86 dias, conforme estabelece Pacelli e Fischer (2018):

> A partir, então, da ausência de regulação expressa da matéria, a jurisprudência nacional procedeu a uma somatória geral dos prazos, chegando a uma média de 81 (oitenta e um) dias, nos quais teriam sido computados todos os prazos expressos, incluindo a sentença. Na Justiça Federal, como se prevê o prazo de 15 dias para a conclusão do inquérito, prorrogáveis por mais 15, referido prazo final será de 101 dias. Desde o ano de 2008, porém, com as modificações trazidas pela Lei nº 11.719, referido prazo de 81 deve ser alterado para 86 dias (e de 106, na Justiça Federal). (PACELLI; FISCHER, 2018)

Fato é que não há expresso em lei o prazo que deve perdurar a prisão preventiva. Nem mesmo com a atual atualização a legislação processual penal realizada pelo pacote anticrime (Lei n.º 13.964/2019) houve previsão semelhante ao prazo legal para a fixação desse tipo de prisão.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

No constitucionalismo da pós-modernidade, a dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro da ampla cartela de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as Constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. (VASCONCELOS, 2017)

De acordo com as palavras de Clever Vasconcelos (2017) a dignidade da pessoa humana "cuida-se do conjunto de diversos direitos fundamentais indeterminados; por exemplo, o mínimo existencial e a proteção do Estado a sofrimentos evitáveis".

Da mesma forma, Alexandre de Moraes:

> A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral

> inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. (MORAES, 2017)

Não obstante, os ensinamentos de Mendes e Branco:

> Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. (MENDES; BRANCO, 2017)

No entendimento de Lopes Jr. (2020), o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório.

No que se refere ao status jurídico-normativo no âmbito da ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a condição de valor, princípio e/ou regra. A dignidade é responsável por conferir unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional.

4.2 Da omissão do legislador brasileiro

Adotou-se no ordenamento jurídico brasileiro a chamada "doutrina do não prazo", mesmo que o código de processo penal estabeleça alguns prazos, como a prisão temporária, não prejudica a adoção da referida doutrina.

Essa omissão referente ao prazo de duração da prisão preventiva resulta em graves danos ao acusado. Renato Brasileiro de Lima evidencia um caso real:

> Segundo notícia divulgada pelo site da Folha de São Paulo em 26 de julho de 2009, o Conselho Nacional de Justiça teria descoberto o que considerava ser, à época, um dos casos mais graves da história do Judiciário no país: o lavrador V. R. A., com 42 anos, teria passado quase 11 (onze) anos preso no Espírito Santo sem nunca ter sido julgado. Acusado de ter praticado um homicídio em 1998, V. R. A. teria passado por quatro presídios e não teve direito de sair da prisão nem mesmo para o enterro da mãe, em 2007. O lamentável caso confirma um dos maiores problemas da prisão preventiva no ordenamento pátrio: sua indeterminação temporal. (LIMA, 2019)

A omissão do legislador gera a discricionariedade dos tribunais. Nesse sentido, busca-se um prazo coerente, com a observância do princípio da razoabilidade. Percebe-se, portanto, que essa omissão do legislador pode, de certa forma, causar insegurança jurídica, pois cada tribunal adota ao seus critérios no que se refere ao prazo. Importante mencionar o entendimento de Avena:

> A propósito deste entendimento, nota-se que o STF tem deferido a ordem de habeas corpus, nos casos a envolver alegação de excesso de prazo, somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual: a) Seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação; b) Resulte da inércia do próprio aparato judicial, em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5.º, LXXVIII; e, por fim, c) Seja incompatível com o princípio da razoabilidade, ou, quando o excesso de prazo seja gritante (AVENA, 2018).

Conforme visto anteriormente neste estudo, há uma construção jurisprudencial que estabelece o prazo de 81 dias, e alguns autores apresentados entendem necessária a extensão desse prazo para 86 dias. No entanto, conforme Pacelli e Fischer (2018), este prazo de 81 dias não é estabelecido legalmente, como deveria ser, e levou em consideração a possível duração total de um processo criminal.

Por outro lado, esse critério é puramente indicativo, tendo em vista que, a depender do caso concreto, pode haver a necessidade de um prazo diferente. Ademais, esse prazo deveria ser estabelecido por lei, de forma a garantir segurança jurídica ao sistema criminal.

Assim, no entendimento de Aury Lopes Jr. (2020), "o ideal seria a clara fixação da duração máxima do processo e da prisão cautelar, impondo uma sanção em caso de descumprimento (extinção do processo ou liberdade automática do imputado)". Ausentes critérios fixadores, o poder judiciário utiliza-se de critérios específicos para se estabelecer um prazo, como é o caso do critério da razoabilidade e da proporcionalidade, e da razoável duração do processo.

A gravidade no que se refere à ausência de prazo é mencionada na doutrina, como é destacado no seguinte entendimento:

> Assim como o Direito Penal está estritamente limitado pelo princípio da legalidade e o procedimento pelas diversas normas que o regulam, também a duração dos processos deve ser objeto de regulamentação normativa clara e bem definida. No Brasil, a situação é gravíssima. Não existe limite algum para a duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição) e, o que é mais grave, nem sequer existe limite de duração das prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, mais abrangente de todas. (LOPES JR., 2020)

Ademais, há a indefinição de prazo da prisão cautelar nos próprios documentos internacionais, conforme visto anteriormente. Essa indefinição deveria ser abandonada também por esses documentos, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos:

> Deve haver um marco normativo interno de duração máxima do processo e da prisão cautelar, construído a partir das especificidades do sistema processual de cada país, mas tendo como norte um prazo fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com isso, os tribunais internacionais deveriam abandonar a doutrina do não prazo, deixando de lado os axiomas abertos, para buscar uma clara definição de "prazo razoável", ainda que

> admitisse certo grau de flexibilidade atendendo às peculiaridades do caso. Inadmissível é a total abertura conceitual, que permite ampla manipulação dos critérios. (LOPES JR., 2020)

Deveria o legislador estabelecer de forma clara os limites temporais das prisões cautelares (e do processo penal, como um todo). Um bom exemplo a respeito da fixação de prazos processuais penais é o Código Penal Paraguaio, de acordo com o artigo 136 do CPP paraguaio, o prazo máximo de duração do processo penal será de 4 anos, após o qual o juiz o declarará extinto.

5. CONCLUSÃO

Conforme foi visto no desenvolvimento do presente estudo, a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro não é descrita com a estipulação de um prazo máximo de duração, e isso se deve a adoção da doutrina do "não prazo", onde vários institutos processuais penais não manifestam expressamente limites para a sua duração.

Desde o surgimento das prisões, na modernidade existe uma tendência ao encarceramento em massa. As prisões cautelares são utilizadas frequentemente como medidas de urgência, visando atender a opinião pública com a falsa ilusão de que a justiça estaria sendo feita de forma rápida. A ideia estabelecida entre os leigos é a de que somente aquele que está preso de forma preventiva será efetivamente punido, e que caso o acusado estiver solto, a justiça irá falhar.

Desta forma, em respeito ao princípio da presunção da inocência, a prisão preventiva não deve ser utilizada como forma de antecipação da pena sobre o investigado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um tratado internacional de direitos humanos que foi assinado pelo Brasil, e é de suma importância para o estudo do prazo da prisão preventiva. Nessa Convenção também não se encontra estabelecido um prazo limite para a duração da prisão preventiva, há somente a previsão de que o processo deve ter duração razoável, ou ser colocada em liberdade, caso se encontre preso.

Por esse motivo, o Código de Processo Penal deve ser adaptado, no que for pertinente, ao que se estabelece na Convenção, estabelecendo um prazo razoável e concreto a ser adotado nas prisões preventivas.

Assim, é necessária a convencionalidade entre o processo penal brasileiro e o direito internacional, adequando-se ao disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: "Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo".

Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Assim, a prisão preventiva deve ser utilizada como última opção, e deve haver a previsão legal expressa a respeito de sua duração.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 04 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Mapa das prisões** 2014. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoes>. Acesso em: 04 abril 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 04 mai. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. Ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. Ed. São Paulo, Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O ÍNDICE DE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA ENVOLVENDO DIREITOS HUMANOS

Anna Luiza Massarutti Cremonezi

Introdução

Os Direitos Humanos são a razão de muitas discussões ao longo da história, seja sua natureza, seus princípios, seu caráter histórico ou seu caráter mutável, é inegável que muito já foi debatido cobre a temática, por diversas pessoas. Desde doutrinadores famosos até as pessoas não versadas no assunto, todos têm interesse em conhecer seus direitos básicos, sejam eles mais tradicionais e consolidados, como o direito à vida e à propriedade, ou mais inovadores e polêmicos, como o direito à informação, ao meio ambiente e à água potável.

Muito se fala na sua teoria, em como serão consolidados os direitos, qual lei protegerá o quê, qual direito está previsto estritamente na Constituição e qual está apenas subentendido, como está previsto na lei, mas, também é necessário questionar como esse direito será exercido.

Tal questionamento deve exceder da noção estrutural e administrativa do Estado, além da noção de qual órgão será responsável por garantir o que, deve-se, acima de tudo, questionar quem irá fiscalizar a proteção de direitos tão importantes, pois as normas estatais têm como característica seu poder de coerção.

Em específico, se deve questionar quem exerce o poder coercitivo do Estado, sendo o responsável por dizer qual é o direito mate-

rial em cada discussão, qual é o órgão que representa essa medida da jurisdição. Além de conhecer a existência da ferramenta, é também necessário entender seus requisitos assim como a utilização da ferramenta em si.

1. O fundamento da competência do artigo 109, §5° da CF

Hoje, vige em nosso país, a "Constituição Cidadã", resultado direto da redemocratização brasileira, marcada por seu caráter extensivo. Tem como principal fundamento os valores relativos à proteção dos direitos fundamentais, como o da dignidade humana, do devido processo legal, defendendo com especial tratamento os direitos e liberdades individuais, os direitos sociais e os direitos difusos, inclusive os colocando em uma posição superior de cláusula pétrea.

> É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve a ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania (SILVA, Pág. 90)

Nesse sentido, tão importante quanto o empenho em elencar e destacar os direitos fundamentais, é oferecer sua devida proteção, principalmente atribuindo de forma adequada a competência, assegurando um julgamento justo e célere, de forma adequada e competente, penalizando aqueles que os ferirem com o peso necessário.

Apesar do grande empenho, a Constituição, não tratava adequadamente da competência em casos de grave ofensa aos direitos humanos.

Tal discussão surgiu pela primeira vez, em 1996, nas discussões do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos. A ideia foi atribuir à Justiça Federal a competência para julgar os crimes que representavam grande prejuízo aos Direitos Humanos, sendo inclusive proposto pelo presidente Fernando Henrique Cardoso um projeto de emenda constitucional – PEC de número 386-96.

> A PEC de n° 368/96 justificava na exposição de motivos a necessidade da existência da federalização devido ao fato de que historicamente, por fatores sociais, econômicos e culturais os Estados membros tinham desenvolvido uma postura mais distante do respeito aos Direitos Humanos e que a adoção desse instrumento poderia significar um combate à impunidade e um maior controle dos conflitos sociais, de maneira a evitar a violência generalizada. Ainda foi alegado que a Justiça e o Ministério Público Federal encontravam-se mais distantes das influências de poder locais, o que significava a garantia imparcialidade na condução das investigações das graves violações aos direitos humanos (CASTILHO) - grifo nosso.

Tal pedido foi, também, fundamentado no conhecimento de que as instituições federais, por geralmente, possuem melhores condições de investigar, julgar e fiscalizar, com processos tramitando mais celeremente.

A União era muito cobrada, internacionalmente, por um posicionamento mais firme em relação às graves violações de direitos fundamentais, em razão da notória impunidade posterior aos horrores durante a Ditadura Militar.

Tal cobrança foi reforçada pelo artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, que responsabiliza a União pelo cumprimento de tratados internacionais protetores dos Direitos Humanos, sendo que diversas violações eram da competência estadual, não sendo tão eficientemente investigados, dando a sensação de impunidade. É necessário relembrar que os órgãos estaduais são mais sobrecarregados, além de possuírem menor renda.

Nesse sentido, é válido ressaltar o argumento do Senador Bernardo Cabral, durante a discussão da PEC, então numerada 29/2004:

> A federalização dos crimes contra os Direitos Humanos é uma necessidade e uma imposição jurídica, que tem como fundamento principal o fato de a previsão de Direitos Humanos e da necessidade de sua proteção terem por sede normativa trata-

> dos e acordos internacionais, firmados pela União em nome da República (CASTILHO).

Há tratamento especial em relação à matéria em outros países, no sentido de qual seria o órgão ou entidade responsável por assegurar o cumprimento de tratados internacionais.

Na Europa, há o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, possuindo jurisdição sobre os 47 países que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH, incluindo países como Alemanha, Itália e Portugal. Suas decisões possuem caráter vinculativo, podendo inclusive levar os governos a alterarem sua legislação, com o benefício de todos possuírem legitimidade para fazerem queixas.

Segundo o site da instituição, uma Câmara tem a competência para realizar um exame de admissibilidade acerca da queixa, então estabelecer os fatos, realizar conciliações e decidir sobre o mérito da questão. O procedimento, cuja transparência é o seguinte: filtrada por um Comitê de três juízes (que, por unanimidade, poderá declarar a petição inadmissível), a petição individual será encaminhada a uma Câmara de sete juízes, que decidirá sobre sua admissibilidade e, depois de uma tentativa de conciliação, decidirá sobre o mérito. Observe que há um procedimento especial em razão de matéria especialíssima.

A competência, nesse caso, é atribuída à um comitê supranacional, responsável por fiscalizar e julgar qualquer violação, com poder de sentença. Por ser uma câmera de responsabilidade específica, financiada por quase 50 países, subentende-se que possui profissionais extremamente especializados no tema, bem como estrutura modelo, observando tanto a celeridade quanto a necessidade de uma sanção equivalente.

Já no sistema americano, temos a Comissão de Direitos Humanos, que é, simultaneamente, um órgão ou etapa "processual" no sistema de petições individuais estabelecidos sob a Convenção e a Declaração Americana.

Nesse sentido, ela é uma mescla de Comitê de Direitos Civis e Políticos do Pacto Internacional de 1966 e de Comissão de Direitos Humanos da Nações Unidas. Sua riqueza vem justamente do caráter parcialmente público e parcialmente judicial. Temos concentrado em

um único órgão a investigação dos fatos, a apreciação dos argumentos jurídicos e a imposição de sanções.

Novamente, percebe-se um tratamento específico, tanto por profissionais extremamente especializados, quanto por uma estrutura adequada de investigação e julgamento.

A tendência internacional é a especialização de tratamento, envolvendo, preferencialmente, câmaras especializadas, que exercem a jurisdição estatal. No entanto, no Brasil, não há um tratamento especial para a matéria, mas, somente, uma cláusula constitucional, não regulamentada, que permite a tentativa de deslocamento da competência.

Ao final, o artigo recebeu a seguinte redação:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, *poderá suscitar*, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, *incidente de deslocamento de competência* para a Justiça Federal. – Grifo nosso

2. A classificação da competência e suas consequências

Inicialmente, é necessário nos atermos ao conceito de competência, aproveitando-nos das sábias dos doutos Dinamarco e Lopes, em "Teoria Geral do Novo Processo Civil", a "competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício a lei ou a Constituição atribui a um órgão jurisdicional- ou, como se costuma dizer, ela é a medida da jurisdição", para tanto, observa-se as regras gerais de competência a fim de analisar

Em nosso sistema jurídico, pode-se falar de competência relativa ou absoluta, originária ou recursal, sendo que os critérios considerados são as pessoas envolvidas no litígio, a natureza/valor da causa, a hierarquia de órgãos jurisdicionais, o espaço territorial e a soberania nacional

bem como a matéria, tendo a Constituição Federal como arcabouço de toda a estrutura

> *Absoluta* é a competência insuscetível de sofrer modificações, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas). Trata-se de regra fixada em atenção ao interesse público.
>
> *Relativa*, ao contrário, é a competência passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causa, porque atende principalmente ao interesse particular (THEODORO JÚNIOR, pág. 209)

Analisa-se, então, qual a competência de uma lide que envolve grave violação aos direitos humanos.

Apesar de ser matéria tão importante, inexiste um tribunal específico para sua atribuição, sendo necessário recorrer à estrutura existente. Para fim de análise, suponhamos nos tratar de uma ação criminal, que não envolve autarquias federais ou empresa pública federal nem a União ou militares, discutindo se A violou os direitos fundamentais de B, sendo que em momento algum foram cometidos crimes políticos ou previstos em acordo internacional nem existe relação trabalhista. É importante ressaltar que as circunstâncias do crime sãos horríveis, sendo inquestionável à grave ofensa aos direitos fundamentais

Inexistindo tribunal especializado, devemos recorrer à estrutura instalada. Primeiramente, qual seria o tipo de justiça adequado, em termos de competência originária?

Descarta-se inicialmente tanto a Justiça Eleitoral quanto a Trabalhista e Militar, em razão de sua matéria e integrantes da relação jurídica. Também não encontramos razão para utilizarmo-nos da Justiça Federal, por não envolver entidade pública, tratados internacionais ou estrangeiros, restando à Justiça Estadual a competência residual.

Por questão metodológica, é necessário ater-se, em primeiro lugar, às questões de competência absoluta, que são as ratione materiae, a ratione personae e a funcional, determinando que haverá a distribuição à uma vara especializada, se ela existir na comarca, por exemplo,

se envolver menores, e a comarca tiver a estrutura, será direcionada à Vara da Adolescentes em conflito com a lei, caso contrário, será encaminhado à Vara Criminal, e, dependendo da natureza, posteriormente ao Tribunal do Júri.

Ao analisar friamente, percebe-se que a competência dessa matéria não é específica, apesar do assunto o exigir, será de competência de um juiz qualquer, que lida com diversas outras matérias, não podendo se especializar no assunto, como seria necessário. Aliás, a realidade é tão longe do ideal, que, dependo da comarca, não haverá a condição ideal de investigar o fato, podendo ser corrompido por pessoas localmente influentes.

Nesse sentido, é necessário ater-se, momentaneamente, a teoria dos direitos fundamentais, observando que tratamos de direitos sociais e políticos, tradicionalmente ligados à liberdade e à igualdade do ser humano. Como núcleo, é possível apontarmos a dignidade humana, conceito antigo à humanidade. Sarlet aponta o conceito de dignidade oriundo da Bíblia Sagrada, que traz em seu corpo a crença em um valor intrínseco ao ser humano, não podendo ser ele transformado em mero objeto ou instrumento. Em diapasão, afirma Chaves Camargo:

> [...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. *Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser*. – grifo nosso

Ou seja, tratamos de matéria de suma importância, em posição de destaque na Constituição, que foi gravemente ofendida, mas não possui um tratamento adequado, tendo sua competência atribuída a uma vara qualquer, não especializada nem devidamente capacitada.

> Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não

> se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim *qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados* (BOBBIO, pág. 17)

Para realmente coibir novas violações aos direitos fundamentais é necessário que exista um aparato jurídico capaz de, adequadamente, garanti-los, assegurando a correta a justiça, que envolve a correta investigação e, também, a correta distribuição de competência em relação ao importantíssimo tema.

E nesse sentido, justamente na Carta Magna, encontra-se o incidente de deslocamento de competência, no artigo 109, *in verbis*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, *poderá suscitar*, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, *incidente de deslocamento de competência* para a Justiça Federal. – Grifo nosso

Observemos, que não se trata de competência originária, absoluta ou relativa, mas sim, de uma possiblidade de deslocarmos a competência, em razão da matéria, que deve ser suscitada por pessoa específica, podendo ou não ser apreciada.

3. Os critérios para o deslocamento da competência

Quando nós nos voltamos ao art. 109, em específico ao seu parágrafo 5°, percebemos uma ferramenta cujo objetivo é proteger a tão preciosa esfera dos direitos humanos. Temos que, caso estes sejam severamente violados, o procurador-geral da república terá a titularidade para suscitar o deslocamento da competência.

Em primeiro lugar, é necessário observar que a federalização de crimes graves não é exclusiva ao âmbito criminal, conforme defendido por alguns doutrinadores, mas, também relativa ao âmbito civil pois pode abranger condutas que não sejam consideras criminosas, inclusive, para tal conclusão, devemos observar a exposição de motivos da PEC 386/96, que defendeu a inclusão das causas civis e criminais na esfera da competência federal nas quais Procurador-Geral da República manifeste interesse, conforme explicado por Cazzeta (2009, p.164).

Outro aspecto interessante do artigo está em sua redação, trata-se de sua predileção pelo termo "grandes violações de direitos humanos", o que traz ao debate a discussão de quão significativa deveria ser essa ofensa. É também necessário questionar se, em razão do conceito de Direitos Humanos, que tem em sua essência a seu caráter histórico, há a possibilidade de alguma violação não ser grande?

Observe que o dispositivo legal parece distinguir entre violações grandes e pequenas, como se violar um direito fundamental de alguém não fosse tão grave em determinada circunstância. Qual seria o elemento diferencial? Quem seria responsável por defini-lo?

Esse aspecto é profundamente preocupante por voltar a submeter a proteção dos direitos humanos à política e à mídia, que, na realidade, serão os determinadores de qual caso merece título de grande violação, junto com o correto procedimento, enquanto o outro não merece o título, por alguma razão desconhecida, apesar de ofender os direitos de outrem, justamente por terem o poder de influenciar quanto a isso.

Ainda nessa vertente, a redação também é falha ao apontar somente o Procurador-Geral da República como titular para requisitar o deslocamento de competência. A natureza teórica dos direitos humanos demonstra como seu respeito é de interesse de todos, devendo ser seu deslocamento de competência tratado como de ordem pública, recebendo tratamento semelhante e permitindo que os interessados a aleguem. Entretanto, em razão da natureza do pedido, de afastar a competência de um lugar, atribuindo a outro, é também notória a necessidade de um procedimento mais formal. Tentando um acordo, seria possível atribui-la a todos os procuradores do Ministério Público Federal.

No sentido de ampliar a titularidade, é necessário relembrarmos a função da constitucionalização da ferramenta, que é assegurar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

> Atualmente, além de uma garanta de mero ingresso no Poder Judiciário com suas pretensões em busca de reconhecimento e satisfação, aquele dispositivo constitucional representa a garantia de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional *efetiva, adequada e tempestiva* (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão de tutela eventualmente devida. (DINARMARCO; LOPES, pág. 55)

Destarte, é necessário ressaltar que por ser um deslocamento de competência, seu pedido não o configura automaticamente, sendo necessário a análise do Superior Tribunal de Justiça.

Outro aspecto interessante da redação é o vínculo com as obrigações oriundas de tratados internacionais, observando a Emenda Constitucional número 45/04, que introduziu no ordenamento jurídico a constitucionalização de tratados e convenções internacionais.

O Brasil é signatário de uma séria de tratados internacionais, além de convenções, que objetivam reprimir, apurando e punindo os delitos que ferem gravemente os Direitos Fundamentais, vinculando a essas atitudes, o deslocamento da competência, pois há um rol de responsabilizações.

Nessa vertente, fica implícito que as violações não previstas em acordos internacionais, ainda que possuam caráter altamente agressivo, não poderão ter sua competência deslocada. Por exemplo, há doutrinadores, entre eles Zulmar Fachin, que defendem o acesso à água potável como sendo um direito fundamentais, mas inexistem acordos internacionais que qualifiquem seu desrespeito como necessário de responsabilização, logo, mesmo que seja altamente violado, não será passível de deslocamento da competência.

Em último aspecto, é necessário observarmos uma exigência implícita na clausula, mas amplamente discutida por doutrinadores e extremamente presente na jurisprudência – a incapacidade da competência originária, representado por suas instituições e autoridades, de levar

a cabo toda a extensão necessária a matéria, seja em razão de omissão, ineficácia, falta de vontade política, entre outros motivos, sendo este último requisito um grande motivador das decisões do STJ para acolher o deslocamento.

Aliás, é interessante ressaltar que a maioria das decisões teve como fundamento principal este quesito.

Entende-se que a competência de alguma matéria deve ser perpetuada, sendo inclusive protegida por diversos artigos tanto do Código de Processo Penal quanto pelo Código de Processo Civil. O deslocamento de uma competência somente deve ser feito em casos necessários, para evitar a atribuição discricionária de uma lide ao tribunal que as partes preferirem, ao invés do competente, o que ofenderia diversos princípios processuais.

É também necessário ressaltar que, apesar de diversas propostas, inexiste regulamentação legal ou regimental dispondo acerca do seu trâmite e processamento, restando ao tribunal julgador, a determinação destes.

4. Efetividade do deslocamento na jurisprudência e suas possibilidades

Considerando os critérios para o deslocamento da competência, é interessante analisar a posição do Tribunal bem como a utilização de uma ferramenta com potencial tão grande, considerando que ela já existe há quinze anos.

Em primeiro aspecto, é necessário ressaltar que sua utilização é relativamente baixa, tendo sido aceita somente 3 vezes, e suscitado pouco mais de 10. Assim, analisemos 4 casos especiais, sendo dois deferidos e dois indeferidos, nos atendo aos fatos, a decisão e sua fundamentação.

Inicialmente, tratemos da Chacina do Cabula, julgado ainda em novembro de 2018.

Em fevereiro de 2015, houve uma chacina no bairro do Cabula, na cidade de Salvador, 12 pessoas, com idade entre 15 e 28 anos, morreram e outras 6 ficaram feridos, e, nesse caso, em específico, é necessário ressaltar que nove policiais militares são acusados de participar do fato.

No julgamento do deslocamento de competência, a Terceira Seção prestou uma atenção especial nas evidências de que os órgãos do sistema estadual não demonstravam condições de seguir na apuração, processo e julgamento com a devida isenção, em razão de consideraram os outros requisitos preenchidos.

É necessário ressaltar que, no momento do recebimento do deslocamento de competência, em decorrência do tratamento que as autoridades policiais e da Justiça Estadual estavam dando ao caso, tendo absolvido sumariamente os policiais militares, mesmo antes da defesa às acusações ter sido apresentada.

Destarte, a competência foi mantida na Justiça Estadual, pois não foi encontrada existência suficiente da carência das condições necessárias para desempenhar as funções, em principal determinaram não haver suficiente inaptidão da competência originária.

> *INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. CHACINA DO CABULA*.
>
> OPERAÇÃO POLICIAL CONDUZIDA EM SALVADOR/BA QUE RESULTOU NA MORTE DE 12 PESSOAS ENTRE 15 E 28 ANOS E EM 6 FERIDOS, EM FEV/2015. DENÚNCIA OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, ACUSANDO OS POLICIAIS ENVOLVIDOS NA OPERAÇÃO DO COMETIMENTO DO CRIME DESCRITO NO ART. 121, § 2º, I (SEGUNDA FIGURA - TORPE), III (ÚLTIMA FIGURA - PERIGO COMUM) E IV (SEGUNDA FIGURA - EMBOSCADA), DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IDC SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONJUNTO COM APELAÇÃO DIRIGIDA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIA DE QUE OS ÓRGÃOS DO SISTEMA JUSTIÇA (ESTADUAL) CAREÇAM DE ISENÇÃO OU DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA DESEMPENHAR AS FUNÇÕES DE APURAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO CASO.*

> (IDC 10/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 19/12/2018) – grifo nosso.

Em seguida, analisaremos o incidente de deslocamento de competência relativo à greve dos policiais militares no estado do Espírito Santo, que foi julgada em outubro de 2018.

Em fevereiro de 2017, houve, por 21 dias, a paralisação de Polícia Militar Estadual. O (então) procurador intentou a transferência da competência baseado na exposição da sociedade à criminalidade, com altos índices de saques, arrombamentos, vandalismo, roubos, queimas de ônibus, tiroteios, assassinatos e conflitos sociais, gerando medo na sociedade, que permaneceu confinada às suas casas.

Foi também argumentado que a incapacidade das instâncias e autoridades locais já fora demonstrada, pois falharam em oferecer respostas efetivas e que, em decorrência da integração da Justiça Militar Estadual aos membros das corporações militares, haveria alto risco de parcialidade, ressaltando inclusive a existência de acordos para a não instauração de processos administrativos em adicional à desistência das ações propostas contra as associações de policiais e familiares.

Ainda foi ressaltado a alta possibilidade de condenação do Estado brasileiro no âmbito internacional, remetendo à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao ressaltar que houve uma grave violação humanitária, atentando contra a vida, a integridade pessoal, as garantias judiciais, a honra, a dignidade e a proteção judicial.

Ainda assim, a competência restou inalterada.

> INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC). *GREVE DE POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO*. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.
>
> *INEFICÁCIA DAS INSTÂNCIAS LOCAIS E RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL, QUANTO AOS CRIMES MILITARES PRÓPRIOS OBJETO DO IDC, NÃO CARACTERIZADOS*. INDEFERIMENTO.

> (IDC 14/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 22/08/2018) – grifo nosso

Em seguida, temos outro caso polêmico, por sua vez, julgado em outubro de 2014.

Em outubro de 2013, foi assassinado o promotor de justiça estadual Thiago Faria Soares, no Agreste de Pernambuco. Houve indícios do assassinato ter resultado da ação de grupos de extermínio locais, na região denominada "Triângulo da Pistolagem".

A decisão foi, principalmente, motivada pelo certo e notório conflito institucional entre os órgãos envolvidos com a investigação e persecução penal dos autores ainda não investigados, que foram motivadas pela falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público.

É impossível não ressaltar o caráter político da decisão, que aparenta ter tratamento especial, por envolver um membro do Ministério Público, sendo ainda mais ressaltado pelo procurador não ter sido a única vítima dos grupos de extermínio, mas ter sido o único cuja competência foi alterada.

Diante dos fatos, o STJ considerou necessária a alteração da competência.

> INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO INSERIDO EM CONTEXTO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO. GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. CONFIGURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE TRATADO INTERNACIONAL. ESTADO-MEMBRO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE APURAR VIOLAÇÕES E RESPONSABILIZAR O(S) CULPADO(S).
>
> *EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA QUE SE MOSTRA DEVIDO.*
>
> (IDC 5/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014) – grifo nosso

Em seguida, temos outro assassinato, julgado em outubro de 2010.

Em janeiro de 2009, foi assassinado um advogado e vereador pernambucano, chamado Manoel Bezerra de Mattos Neto, tendo muitos indícios do assassinato ter sido motivado pela persistente e conhecida atuação do vereador contra grupos de extermínio, que permaneciam impunes (foram relatados cerca de duzentos homicídios com características de execução sumária).

Em virtude da natureza, do motivo e dos envolvidos, o caso acabou por atrair a atenção de diversas organizações da sociedade civil, das autoridades municipais da localidade, das Secretárias de Segurança tanto de Pernambuco quanto da Paraíba, dos respectivos ministérios públicos e Tribunais da Justiça, do Senado Federal e da Polícia Federal, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), da Ordem dos Advogados e do Ministério Público Federal, chamando atenção do (então) Procurador-Geral da República Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, inclusive, é válido relembrarmos suas ponderações:

> A despeito de tais recomendações, a inércia estatal quanto à repressão e investigação dos grupos de extermínio não apenas persistiu, como ainda, de acordo com documentos extraídos do requerimento formulado pelas organizações da sociedade civil JUSTIÇA GLOBAL e DIGNITATIS – ASSESSORIA TÉCNICA POPULAR, acabou resultando na morte do vereador MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO, cuja atuação no enfrentamento dos grupos de extermínio era conhecida

Em adendo, a grave violação dos direitos humanos foi justificada pelas circunstâncias do homicídio, pois além de ferir o bem da vida, também fere o Estado, pelo desafio dos criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos.

A competência foi alterada.

> INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS ESTADUAIS DOS ESTADOS DA PARAÍBA E DE PERNAMBUCO. HOMICÍDIO DE VEREADOR, NOTÓRIO DEFENSOR DOS DIREITOS

> HUMANOS, AUTOR DE DIVERSAS DENÚNCIAS CONTRA A ATUAÇÃO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA FRONTEIRA DOS DOIS ESTADOS. AMEAÇAS, ATENTADOS E ASSASSINATOS CONTRA TESTEMUNHAS E DENUNCIANTES.
>
> ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA.
>
> (IDC 2/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 22/11/2010)

Nesse sentido, é interessante compararmos com o assassinato de Marielle Franco, em 14 de março de 2018, que também era conhecida defensora de pessoas marginalizadas, foi assassinada de forma violenta, houve comoção nacional em favor do caso, inclusive chegou a ser suscitada, mas não foi realmente intentada.

Considerações finais

Ao abordar um tema tão precioso, é necessário se ter alguns cuidados tanto metodológicos quanto conceituais, afinal, trata-se de uma ferramenta que pode alterar competência, mesmo que esta tenha caráter absoluto, como foi discutido.

Tal ferramenta é ainda mais importante, em razão de sua matéria, estamos discutindo grandes violações aos direitos fundamentais, tratamos de monstruosidades comportamentais, de caráter grave e urgente. Aliás, o seu caráter é tão fundamental, que se faz necessário um tratamento especial.

A preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, não somente através de legislações, tratados e projetos sociais, tornou-se mais forte na década de 90, com grandes doutrinadores, como Norberto Bobbio, defendendo a necessidade de adequação também do judiciário em coibir a sua violação.

O resultado, no âmbito nacional, após muito debate e muita pesquisa, foi o Incidente de Deslocamento de Competência, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004, que também trouxe outras mu-

danças, tendo como principal característica o fortalecimento do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça para a manutenção da ordem constitucional.

No entanto, apesar de haver uma belíssima ferramenta nova, ela não foi muito utilizada. Aliás, sequer houve regulamentação de seu uso. O desuso foi tamanho que em 11 anos de existência, no período de 2004 a 2015, somente foi suscitada 5 vezes, sendo aprovada, apenas em 3 casos, dos quais dois foram aqui analisados, sendo eles a execução do ex-vereador e advogado Manoel Mattos (2010) e o assassinato do promotor de Justiça estadual Thiago Faria Soares (2014). Outros 5 foram suscitados no período subsequente, sendo 1 rejeitado por ilegitimidade, 2 ainda não foram julgados e os outros 2 também tiveram sua recusa também analisada, sendo eles a Chacina do Cabula (2015) e a greve dos policiais militares no Espírito Santo (2017).

Inicialmente, é válido nos atermos ao caso que foi rejeitado por ilegitimidade, em razão de ter sido suscitado por uma pessoa física e não pelo Procurador Geral da República. É compreensível a necessidade de requisitos mais rigorosos, em razão da natureza do pedido, que mal utilizado, poderia ofender alguns princípios processuais, mas há de se questionar se eles não poderiam ser mais flexibilizados, por exemplo, requerendo que o pedido seja feito apenas por procuradores federais, o excesso de formalidade pode prejudicar a ferramenta, principalmente, em razão da natureza política humana.

É necessário ressaltar, também, que o principal critério que não foi atendido é o da prova da incapacidade local para gerir o processo e a investigação. Na sua maioria, é considerado que o caso simplesmente não teve repercussão ou influência o bastante para impedir a imparcialidade do julgamento. Nesse sentido, devemos nos questionar, qual é o nível de repercussão ou de envolvimento das autoridades locais necessários para atrapalhar a imparcialidade?

O Incidente de Deslocamento de Competência possui natureza nobre e justificada, se bem aplicado, pode realmente coibir violações agressivas aos Direitos Humanos, mas, para tanto, é necessário, em caráter de urgência, sua regulamentação. Da forma que esta, foi corrompida, se tornando apenas mais uma ferramenta de politicagem em um país notoriamente corrupto.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *IDC 10/DF*, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901212626>. Acesso em 09.04.19

_____. *IDC 14/DF, Rel***.** Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901212626>. Acesso em 09.04.19

_____. *IDC 5/PE***,** Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901212626>. Acesso em 09.04.19

_____. *IDC nº 2 / DF (2009/0121262-6)*. Min. LAURITA VAZ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901212626>. Acesso em 09.04.19

_____. *IDC nº 2 / DF (2009/0121262-6) - relatório*. Min. LAURITA VAZ.Disponívelem:<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=8083812&tipo=91&nreg=200901212626&-SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20101122&formato=PDF&salvar=false >. Acesso em 11.04.19

CAMARGO, A. L. Chaves. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Federalização de violações contra direitos humanos***.** Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/fede-

ralizacao-de-violacoes-contra-direitos-humanos-ewvc >. Acesso em 08.04.19.

CAZZETA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o incidente de deslocamento de competência***.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

Constituição (1988*). Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil.* 3° edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=applicants/por&c=. Acesso em 30/04/2019

SARLET, Ingo Wolfgand. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24° edição. São Paulo: Malheiros. 2005

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum- vol. I*. 57° edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O CONTROVERTIDO USO DA PSICOGRAFIA COMO PROVA PROCESSUAL

Roberta Ceriolo Sophi
José Geraldo da Silva

Introdução

Desde o início das eras a raça humana tem procurado a espiritualidade, necessidade essa influenciada por questões "sociais, econômicas, políticas e culturais que dirigiram a conduta do conglomerado humano" (AZEVEDO, 1997, p. 13).

Na Mesopotâmia, ainda no período neolítico, surgiram as primeiras vilas e comunidades urbanas, e daí a figura emblemática dos intermediários entre as divindades e os homens. Esses mensageiros dos deuses eram vistos como oráculos que transmitiam a vontade divina aos seres humanos. (CAMPBELL, 2005, p. 125, 340).

Com o passar dos tempos acreditou-se que os espíritos das pessoas que já teriam vivido na Terra, mas que retornaram ao mundo invisível, poderiam se comunicar com os vivos. Sendo para uns, cercada de mistérios, tabus e mitos, e, para outros, absorvida como fenômeno natural, ora respeitada, ora escrachada pelos mortais. (CAMPBELL, 2005, p.110).

Esse estudo versará se há possibilidade de utilização dessas comunicações como meio de prova e sua legitimação nos processos judiciais, e se o nosso ordenamento jurídico já amparou decisões embasadas em prova psicografada.

Importante frisar, nestas considerações iniciais, que o Brasil é um Estado laico deste 1890, através do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, de autoria do jurista Ruy Barbosa, que proibia a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, e consagrava a plena liberdade de cultos; sendo que a nossa CF/88, declara a laicidade estatal nos seguintes termos do seu art. 19:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

No Brasil, à luz do art. 5º, XXXV, CF/88, que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", mercê o princípio da inafastabilidade da jurisdição, toda causa que demande um pronunciamento a respeito do direito de cada um, deve obrigatoriamente passar pela análise do Judiciário.

1. Prova judiciária

Prova, com fulcro no art. 369, CPC entende-se como todo meio legal e moralmente legítimo com intuito de confirmar os fatos alegados e auxiliar a convicção do magistrado.

No art. 155, CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial...".

Como ensinou MARQUES (1999, p. 323),

> A prova é elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram, e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam suas alegações.

O juiz, na sua missão de julgar determinada causa, necessita saber como os fatos ocorreram, e se ocorreram, analisar de forma imparcial

e sob vários prismas, a fim de ser descortinada sua ignorância e emitir a prestação jurisdicional.

Por isso, indicou DINAMARCO (2009, p. 42), que

> dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o conhecimento da realidade fática e esses meios, em conjunto, compõem a instrução probatória. O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento dos fatos e consequente firmeza para proferir a decisão.

Não nos olvidemos que na solução de qualquer problema, seja jurídico ou matemático, o fundamental é montar a equação corretamente, como observou WATANABE (2000, p. 62),

> analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos, não se deslembrando o juiz, jamais, da advertência alhures feita de que o profissional do direito não se deve envergonhar de lidar com os fatos, pois o direito nasce dos fatos, é a condição fundamental para a prática da justiça.

Provar é convencer alguém da verdade sobre alguma coisa. Provar, em sua acepção jurídica, "significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes ao processo" (CHIOVENDA, 1998, p. 109).

Destarte, ao definir provas, diz LIEBMAN (2003, p. 80), que as mesmas são

> os meios que servem para dar o conhecimento de um fato, e por isso, a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato; e chama-se de instrução probatória a fase do processo dirigida a formar e colher as provas necessárias para essa finalidade. Se a justiça é o fim da jurisdição, a prova é

> um instrumento essencial, porque não pode haver justiça senão fundada na verdade dos fatos a que se refere.

Analisar os meios probatórios sempre embasados nos princípios processuais, em destaque aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No princípio do contraditório, as partes (bilateralidade do litígio) utilizam todos os meios lícitos para convencimento do magistrado.

O princípio da ampla defesa, com supedâneo na Magna Carta, art. 5º, 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". A fim de evitar o desequilíbrio, a desigualdade e injustiça processual. (TAVARES, 2017, p. 629)

2. Meios de prova em direito admitidos

A prova dos fatos, como ensinou SANTOS (2000, p. 331), "faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo. Vale dizer que a convicção do juiz quanto à existência dos fatos deverá basear-se em provas juridicamente admissíveis".

O fato, ou seja, acontecimento com reflexo no mundo jurídico, axiomático (incontroverso, evidente, intuitivo), notório (conhecido) e presunções legais não dependem de prova.

Outros fatos dependem que a prova seja admissível (legal ou consuetudinariamente), pertinente (relação com o litígio), concludente (convincente) e possível (plausível).

Diz o art. 369, CPC que os litigantes têm o direito de utilizar todos os meios legais, "bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

Os protagonistas, no processo judicial, têm o direito de utilizar todo e qualquer meio legal para demonstrar a verdade, para que seja feita a devida justiça. A psicografia não está elencada expressamente na legislação pátria, como também não está censurada, desautorizada ou vetada, logo, poderia ser utilizada.

Nesse entendimento, MARCÃO (2006, p 27): "Não há no ordenamento jurídico vigente, qualquer regra que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia, para que seja valorado como prova em processo penal. Não se trata de prova ilícita".

O dispositivo legal supracitado (art. 369, CPC) complementa as possibilidades de confirmação do alegado no processo por fundamento "moralmente legítimo". Moral está relacionada com conceitos particulares, íntimos, intrínsecos, formadores da personalidade individual.

A personalidade individual é influenciada pela noção de moralidade imposta pelas regras familiares, religiosas, aos costumes da comunidade dentre outros fatores, instigando o desenvolvimento pessoal e a perspectiva de vida.

Brasil é um Estado Democrático de Direito, caracterizado por ser laico, e como tal não pode discriminar e nem aferir preconceitos de qualquer natureza. O Estado não pode deixar de analisar a possível veracidade de um fato fulcrado em prejulgamentos, relutância ou repúdio se corroborada a autenticidade por outros métodos científicos.

Nos dizeres do advogado criminalista Nereu Lima (GERCHMANN, 2006), em entrevista à Agência Folha, de Porto Alegre, sobre a utilização de carta psicografa em procedimentos judiciais, afirma que "ela não é analisada isoladamente, mas em conjunto de informações. Os jurados decidem de acordo com sua consciência".

Existem ainda as provas emprestadas de outros processos, como consta da emanação normativa do art. 372, CPC: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório."

A prova emprestada é permitida com intuito do livre convencimento do juiz, sempre atentado o princípio do contraditório.

O art. 375, CPC ainda diz que "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial".

O exame pericial, na questão controversa da psicografia como meio de prova, é de extrema necessidade para autenticar a mensagem, o documento expedido, através do exame grafotécnico.

Dentre os meios de prova especificados pelo CPC os que normalmente se produzem em juízo: depoimento pessoal; confissão; documentos; testemunhas; perícia e inspeção judicial.

Toda prova há que ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária, como ensina THEODORO JÚNIOR (2018, p. 898),

> tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo [...]. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. Os meios legais de prova são os previstos nos arts. 369 a 484 do NCPC; mas, além deles, permite o Código outros não especificados, desde que moralmente legítimos (art. 369).

O CPP (arts. 158 a 250) apresenta rol exemplificativo dos meios de prova, pois, o avanço técnico-científico-intelectual constantemente colabora com suas pesquisas e estudos ampliando os meios de esclarecimento, evidência e validação dos acontecimentos.

3. Espiritismo no Brasil

O espiritismo foi proibido no Brasil, e sua prática considerada crime contra a saúde pública, nos termos do art. 157, do Código Penal Republicano de 1890, *in verbis*:

> Art. 157 – Praticar o Espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública: Penas: de prisão celular por um a seis meses e multa de 100$ a 500$000.

A mesma redação do dispositivo acima foi reproduzida no art. 157, da Consolidação das Leis Penais de 1932. (PIERANGELI, 2001, p. 290, 351)

Destarte, mesmo contando com a laicidade estatal o Brasil penalizava criminalmente os praticantes do espiritismo (1890-1940), religião surgida na França em 1857, com a publicação da obra "O Livro dos Espíritos", publicada pelo Professor Hippolyte Léon Denizard Rivail, que se escudava sob o pseudônimo de Allan Kardec (KARDEC, 2012).

No Brasil o espiritismo contava, de acordo com os cálculos do IBGE de 2010, com cerca de 3,8 milhões de seguidores em todo o país, fora os religiosos de outras crenças que professam o espiritismo como segunda religião, e os cerca de 30 milhões de simpatizantes. (FERREIRA, 2014, p. 6-7).

4. Fenômeno psicográfico

No Dicionário de Caldas Aulete (GEIGER, 2011, p. 1126), tem-se que a psicografia é a "descrição de fenômenos psíquicos [...] escrita feita por um médium sob a influência direta de um espírito desencarnado".

Segundo o Glossário Teosófico (BLAVATSKY, 2004, p. 525), psicografia foi uma:

> Palavra usada primeiramente pelos teósofos. Significa escrita sob o ditado ou a influência do 'poder anímico' de alguém; os espíritas contudo adotaram este termo para designar a escrita produzida pelos médiuns sob a orientação de 'espíritos' que voltam à terra.

Para os espíritas, ensinou KARDEC (2004, p. 178), que

> Na psicografia direta ou manual, obtida pelo próprio médium, o Espírito estranho que se comunica age sobre o médium; este, sob essa influência, dirige maquinalmente seu braço e sua mão para escrever, sem ter a menor consciência do que escreve.

A primeira psicografia conhecida e catalogada em terra brasileira ocorreu na Bahia no dia 17/09/1865 (FERREIRA, 2014, p. 18). O médium mais conhecido do mundo foi Francisco Cândido Xavier,

vulgo Chico Xavier, que psicografou 439 livros (SILVA NETO SOBRINHO, 2010, p. 55).

Ensinou CARNELUTTI (2000, p. 564) que quando falamos de provas verdadeiras e falsas queremos indicar com isso as provas que são idôneas para fundamentar um juízo verdadeiro ou falso.

Questão controvertida é a credibilidade do documento psicografado, que segundo CARNELUTTI (2000, p. 564):

> O problema da verdade das provas coloca o estudioso frente ao árduo conceito da falsidade [...] A falsidade é obra do homem destinada a provocar um juízo infundado e, portanto, a formação de provas falsas; por isso consiste na *inmutatio naturae*, ou seja, na modificação direta ou indireta (por representação ou por indicação) da ordem natural das coisas.

A fidelidade de uma carta psicografada, ou de qualquer outro documento escrito de próprio punho, portanto, sempre ficaria na dependência da análise do resultado do exame grafotécnico, visando extirpar documentos fraudulentos do processo judicial.

5. Credibilidade da prova

É do ensinamento de CHIOVENDA (1998, p. 114) que

> Em qualquer meio e em qualquer motivo de prova é necessário distinguir a eficácia objetiva e a atendibilidade. Por exemplo: a afirmação de um fato, diretamente influente sobre a controvérsia, por parte de uma testemunha ocular, é um motivo de prova objetivamente muito eficaz; sua atendibilidade, porém, pode ser muito escassa, se, por exemplo, a testemunha é suspeita ou pouco séria.

Para que uma mensagem psicografada possa ter alguma credibilidade como prova, requer-se a confirmação de outros meios probatórios, e a comprovação técnica pericial da letra e assinatura do suposto autor.

A principal prova de uma carta psicografada ficaria a cargo da grafotécnica, que "é a parte da documentoscopia que estuda as escritas com a finalidade de verificar se são autênticas e, em caso contrário, determinar a sua autoria." (MENDES, 2015, p. 1)

É do conhecimento científico nacional que o perito Carlos Augusto Perandréa pesquisou durante 13 anos a respeito das cartas psicografadas, relatando suas conclusões de forma científica em sua obra A psicografia à luz da grafoscopia (PERANDREA, 1991, p. 7-67). Nessa obra ele quis provar, através da comparação das grafias, que as mensagens psicografadas pelo médium Francisco Cândido Xavier eram provenientes de diferentes personalidades as quais eram tidas como autoras das escritas.

6. Credulidade dos julgadores

O juiz, como qualquer ser humano, está em busca da verdade real dos fatos que ensejaram a produção de determinado processo submetido a seu julgamento.

E a avaliação da verdade passa necessariamente pelos filtros que o homem acumulou ao longo de sua existência: conhecimento, religião, conceitos e pré-conceitos, costumes etc.

Como ensinou JAPIASSU (1981, p. 37):

> Não existe mais uma forma indiscutível e inquestionável de saber, na qual as diferentes fisionomias da verdade poderiam ser retomadas, ressituadas e sistematizadas [...]. Estamos condenados a conviver com um mundo no qual coexistem diferentes formas de discursos, várias maneiras de se conceber o homem e a própria verdade".

Intolerância e fanatismo causam cegueira intelectual, impossibilitando uma visão imparcial às transformações e anseios sociais. Inflexibilidade afasta a busca da verdade e, por consequência, da justiça íntegra com holofote no princípio da dignidade humana. JAPIASSU (1981, p. 36) acrescenta:

> Toda afirmação científica ou filosófico-dogmática, não só é perniciosa e ilusória, mas enganadora e mistificadora. Uma verdade absoluta alimenta-se do espírito de intolerância, de sectarismo e de fanatismo. O remédio contra essa doença intelectual consiste em preservar a todo custo um interesse vital pela busca da verdade.

Posto isso, nos termos do art. 4º, da LINDB: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Eis o que disciplina o art. 232, do CPP: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares."

Destarte, não obstante inexista na lei qualquer alusão à validade de uma carta psicografada, mas apenas a um documento, caberá ao juiz, após a análise do referido laudo grafotécnico, julgar sobre sua pertinência de acordo com o dispositivo da LINDB.

A carta psicografada, quando for a única prova, mesmo em se tratando de prova inominada, não deveria ser admitida como tal. Nesse entendimento, a psicografia somente poderia ser admitida judicialmente quando corroborada por outros meios probatórios em direito admitidos.

7. Legitimidade ou ilegitimidade da prova produzida no processo

O CPC, em seu art. 375, diz que: "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial".

Quanto à autoria do documento o art. 410, CPC, diz "Considera-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos". Por fim, enuncia o art. 426, CPC, que "O

juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.".

O art. 369, CPC diz que, "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.". No diapasão do art. 371, "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.".

Nesse sentido, MARINONI e MITIDIERO (2010, p. 99) ensinam que,

> A valoração da prova não se confunde com o convencimento judicial. O que existe entre valoração e convencimento é um nexo teleológico. A valoração da prova é livre, tendo o juiz apenas que apontar nas suas decisões em quais elementos se apoiou para formar o seu convencimento. É o sistema da livre valoração motivada, também conhecido como sistema da persuasão racional da prova. Trata-se de assunto bem regulado de há muito no direito brasileiro.

O caso cível mais famoso do Brasil, que envolveu a psicografia, foi o processo em que a viúva de Humberto de Campos, Catharina Vergolino de Campos, processou a Federação Espírita Brasileira e Francisco Cândido Xavier, cujo agravo de petição nº 7.361, foi decidido pelo extinto Tribunal de Apelação do Distrito Federal, sendo relator o desembargador Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, da 4ª Câmara, que no acórdão da ação declaratória, em que a agravante pleiteava a declaração de existência ou não de um fato (se eram ou não do "espírito" de Humberto de Campos as obras referidas na inicial), do qual hipoteticamente, caso ocorresse ou não, poderiam resultar lesões jurídicas que a suplicante enunciava. A conclusão foi que a decisão de primeiro grau de jurisdição deveria ser confirmada (TIMPONI, 2010, p. 293-305), não assistindo razão a agravante.

No litígio penal, a defesa da sociedade e o interesse da repressão, exigem que se empreguem todos os meios para a descoberta do culpado, e para a aquisição do exato conhecimento de todas as circunstâncias da infração, e por esta razão qualquer diligência que possa esclarecer a verdade, é admissível no juízo penal e na fase preparatória da investigação levada a efeito pela polícia judiciária.

A prova penal é um episódio do processo, porque nele é que tem de ser demonstrada a procedência da pretensão punitiva, ou sua improcedência.

Se a finalidade do processo é a justa solução do litígio, a da instrução criminal é a descoberta da verdade. O magistrado sopesa os dados colhidos durante a instrução e, depois de formar sua convicção, aplica os mandamentos legais adequados aos fatos assim esclarecidos.

O juiz da causa não esteve presente no palco dos acontecimentos, não presenciou a cena do crime, e não foi testemunha ocular dos fatos. A restauração do acontecimento pretérito, então, deverá ser feita pelo conjunto probatório colocado à disposição da autoridade judiciária, para que se possa avaliar e aquilatar a verdade real.

Assim, a colheita das provas subordina-se ao princípio da verdade real. Dispõe o art. 155, CPP:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Estabelece o art. 155, Parágrafo único, CPP, que "Somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil", que seriam a certidão de nascimento, casamento, óbito etc.

Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo. Entretanto, existem limitações decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia à pessoa humana, os quais impedem que, para a procura da verdade real, lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova (como torturas, gravações clandestinas, coação moral irresistível, hip-

nose, narcoanálise, detector de mentiras, dentre outras), sendo que a psicografia não se situa nesse rol.

O art. 5º, inciso LVI, CF/88 determina que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

O jurista NUCCI (2009) não admite a psicografia como prova no processo penal, por entender que

> [...] é inadmissível no processo, como meio de prova, uma vez que se volta a fato impossível de ser demonstrado: a vida após a morte [...].A psicografia é uma forma legítima do espiritismo de fazer valer a sua crença no mundo espiritual, daí por que a comunicação entre vivos e mortos não pode ultrapassar as fronteiras da fé e atingir os caminhos da legalidade.

Por seu turno, BORGES (2009), contesta a posição de Nucci dizendo que a psicografia é questão científica, e não religiosa; e, sendo um documento lícito, seria admissível como prova em Direito, haja vista que

> As provas documentais podem ser forjadas, fotos são suscetíveis de manipulação, equipamentos eletrônicos não estão isentos de falhas, periciais nem sempre são confiáveis, os detectores de mentira não funcionam em pessoas de temperamento frio ou que sabem controlar suas emoções. É o conjunto de provas coerentes entre si que influem no julgamento, e nem mesmo a unanimidade é garantia de uma decisão correta. Se assim o fosse, não existiriam erros judiciários. (BORGES, 2009)

As provas produzidas por meios ilícitos não podem ser admitidas ou valoradas no processo. Estas provas são aquelas produzidas contrariando a uma norma legal específica (de direito material ou de natureza processual).

Na opinião intermediária de MARCÃO (2007),

> Não há no ordenamento jurídico vigente qualquer regra que proíba a apresentação de documento produzido por psico-

> grafia, para que seja valorado como prova em processo penal. Não se trata de prova ilícita [...]. O Estado é laico [...]. Como prova documental, a credibilidade de seu conteúdo, em razão da fonte, não pode ser infirmada com absoluta certeza, tanto quanto não poderá ser fielmente confirmada, não obstante a existência de relatos a respeito de confirmações de autoria atestadas por grafologistas.

Fernando Capez (2019, p. 373) ensina que "a previsão legal das provas (CPP, arts. 158 a 250) não é exaustiva, mas exemplificativa, uma vez que se admitem em nosso direito as chamadas provas inominadas".

No Brasil há nove casos conhecidos da aceitação da psicografia como meio de prova nos julgamentos judiciais, sendo: caso Humberto de Campos (1944); caso Henrique Emmanuel (1976); caso Maurício (1976); caso Gilberto (1979); caso Gleide Maria Dutra (1980); caso Heitor Cavalcante (1982); caso Niol (1982); caso Paulo Roberto Pires (1997); caso Ercy da Silva Cardoso (2003).

Dentre os quais destacamos os quatro mais célebres que reacenderam as discussões sobre a admissibilidade da psicografia como meio de prova no direito brasileiro. (POLÍZIO, 2009, p. 83)

Dois deles ocorreram no Estado de Goiás, no ano de 1976, nos meses de fevereiro e maio, havendo sido ambos os casos submetidos ao Juiz de Direito, Dr. Orimar de Bastos, que não professava o espiritismo. No primeiro caso (caso Henrique Emmanuel) o réu era João Batista França, que foi absolvido sumariamente por influência de uma carta psicografada por Chico Xavier. No segundo caso (caso Maurício), outra carta psicografada pelo médium Chico Xavier também acabou por influenciar os jurados, que absolveram ao réu José Divino Nunes, por seis votos contra um.

O terceiro caso (caso Gleide Maria Dutra) ocorreu em 1980, no Estado do Mato Grosso do Sul, ocasião em que o réu José Francisco Marcondes Fernandes de Deus, absolvido por homicídio doloso, foi levado a novo julgamento, onde acabou sendo condenado por homicídio culposo (sem a intenção de matar) a cumprir pena de um ano de detenção, tendo como vítima sua esposa, a ex-miss Campo Grande

Gleide Maria Dutra, que fora atingida com um tiro no pescoço, no qual também fora utilizada uma carta psicografada pela suposta vítima.

O caso mais recente ocorreu na cidade de Viamão, no ano de 2006, quando a ré Iara Marques Barcellos fora absolvida pelo Tribunal do Júri, após apresentar uma carta psicografada pela suposta vítima Ercy da Silva Cardoso, que morrera vitimado por disparos de arma de fogo, tendo sido Iara acusada de mandante do crime. A carta foi psicografada pelo médium Jorge José Santa Maria, da Sociedade Beneficente Espírita Amor e Luz (POLÍZIO, 2009, p. 122).

Como a acusação recorreu da decisão, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a absolvição da ré, nos autos do Processo 70016184012, em 11 de novembro de 2009, "decidindo que não havia motivos para que fosse determinado novo julgamento no caso em que uma carta psicografada foi apresentada entre as provas da defesa". (Jornal *Zero Hora*. Edição de 11 de novembro de 2009, seção de Justiça)

Desta forma, o entendimento do TJ/RS é o de que cartas psicografadas podem ser adotadas como prova no Tribunal do Júri gaúcho.

Conclusão

A carta psicografada pode ser admitida como meio de prova processual desde que não seja a única prova existente, mas sim, uma prova a mais que possa corroborar e legitimar determinada linha de defesa existente nos autos.

Os protagonistas, nos processos judiciais, têm o direito de recorrerem a todo e qualquer meio legal para demonstrar a verdade, para que seja feita a devida justiça.

A psicografia não está elencada expressamente no rol exemplificativo da legislação brasileira sobre as provas judiciais lícitas, como também não está censurada, desautorizada ou proibida como ilícita.

Carta psicografada já absolveu réus em nove processos judiciais brasileiros, sendo questão controvertida a credibilidade do documento psicografado, onde a fraude deve ser descortinada pelos exames grafotécnicos.

O que legitima ou legaliza uma prova são as suas circunstâncias e contextualizações. Assim, desde que a psicografia seja um dos meios probatórios, e o exame grafotécnico indique que a assinatura ou grafia da letra da pessoa alegadamente apresentada como o missivista seja verdadeira, inexistiria impeditivo legal para a sua admissibilidade.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **História do direito, ciência e disciplina**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1997. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67354/69964. Acesso em: jul. 2020.

BLAVATSKY, Helena P. **Glossário teosófico**. Trad. Silvia Branco Sarzana. 5ª ed. São Paulo: Ground, 2004.

BORGES, Valter da Rosa. **Da legitimidade da prova espírita no processo penal brasileiro.** Carta Forense. Maio de 2009.

BUENO, Taciano. **O Espiritismo confirmado pela ciência**. São Paulo: J.R., 2006.

CAMPBELL, Joseph. **As máscaras de deus**. Trad. Carmem Fischer. São Paulo: Palas Athena, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. 2. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

CROOKES, William. **Fatos espíritas**. Trad. Oscar D'Argonnel. 11ª ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2010.

DELANNE, Gabriel. **O fenômeno espírita**. Trad. Francisco Raymundo E. Quadros. 8ª ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2005.

DENIS, Léon. **Cristianismo e espiritismo**. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9ª ed. v.1. Bahia: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio da língua portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Fábio. Brasil, Pátria do Espiritismo. **Espiritismo: filosofia, ciência, religião**. São Paulo, nº 8, ano 4, p. 18-24, 2010.

FRANZOLIM, Ivan. **Análise do mercado editorial espírita**. São Paulo: Mythos, 2008.

GEIGER, Paulo (Org). **Novíssimo aulete: dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.

GERCHMANN, Léo. **Carta psicografada ajuda a inocentar ré por homicídio no RS.** Agência Folha. Entrevista feita em 30/05/2006. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u122179.shtml. Acesso em: 9 jun. 2020.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-

-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao. Acesso em: jun. 2020.

JAMES, William**. As variedades da experiência religiosa: um estudo sobre a natureza humana**. São Paulo: Cultrix, 1991.

JAPIASSU, Hilton. **Questões epistemológicas**. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**. Trad. Sandra Keppler. 6ª ed. São Paulo: Mundo Maior Editora, 2012.

KARDEC, Allan. **O livro dos médiuns**. Trad. Salvador Gentile. 70ª ed. Araras, SP: Instituto de Difusão Espírita, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual Civil**. v. 2. Tocantins: Intelectos, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Trad. Paolo Capitanio. v. 1. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCÃO, Renato. **Psicografia e prova penal**. Carta Forense. Janeiro de 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **O projeto do cpc: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas: Millennium, 1999.

MENDES, Lamartine Bizarro. Atual. Wanira Oliveira de Albuquerque. **Documentoscopia**. 4ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2015.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comprada dos princípios da prova em matéria criminal na alemanha, França e inglaterra**. Campinas: Bookseller, 1997.

MOTA JÚNIOR, Eliseu Florentino. **Direito autoral na obra psicografada**. Franca, SP: A Nova Era, 1999.

MYERS, Fredrich W. H. **A personalidade humana: sobrevivência e manifestações paranormais**. São Paulo: Edigraf, s/d.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A ilegitimidade da psicografia como meio de prova no processo penal à luz da reforma processual penal de 2008**. Carta Forense. Maio de 2009.

PERANDRÉA. Carlos Augusto. **A psicografia à luz da grafoscopia.** São Paulo: FE Ed. Jornalística, 1991.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

POLÍZIO, Vladimir. **A psicografia no tribunal**. São Paulo: Butterfly, 2009.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. **Chico xavier**. São Paulo: Abril, 2014.

RICHET, Charles. **Tratado de metapsíquica: o encontro entre ciência e espiritismo.** Trad. Victor Tollendal Pacheco. 2ª ed. v. 1 e 2. São Paulo: LAKE, 2008.

RIO GRANDE DO SUL.**Tribunal de justiça do estado do rio grande do sul**. Boletim. Mantida a absolvição de acusada que apresentou carta psicografada ao Júri. Disponível em: http://www.tjrs.jus.be/versao_impressao/impressao.php. Acesso em: jun. 2020.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico**. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21ª ed. v. 2. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA NETO SOBRINHO, Paulo da. ***Chico xavier e a polêmica das psicografias.*** Espiritismo & Ciência Especial – Chico Xavier. n. 41, p. 55, 2010.

SOUZA, Jorge de. **Quem é o autor: um ensaio sobre as mediunidades intuitiva e de inspiração.** Bragança Paulista, SP: Lachâtre, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TIMPONI, Miguel. **A psicografia ante os tribunais: no seu tríplice aspecto: jurídico, científico, literário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2010.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **História das ideias religiosas no brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1968.

WALLACE, Alfred Russel. **O aspecto científico do sobrenatural**. Trad. Jáder dos Reis Sampaio. Niterói, RJ: Lachâtre, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no crocesso Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEGUELIN, João Marcos. **Memória espírita: papéis velhos e histórias de luz: história do espiritismo no rio de janeiro do século XIX.** Rio de Janeiro: León Denis, 2005.

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO PROCESSO PENAL - UMA NOVA PERSPECTIVA DE DANO

Thiago Frederico Martins de Oliveira
Marcela Carvalho Caldeira
Ana Paula dos Santos Gomes Pimenta da Silva

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a teoria da perda da chance, instituto próprio do direito civil, e a sua aplicabilidade no processo penal, decorrente da inobservância de garantias e de princípios Constitucionais, o que poderia acarretar prejuízo para o acusado, que perde a chance de uma absolvição, com a não produção de determinada prova, e de que forma, essa não produção de prova está ligada à condenação e à possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance no processo penal.

Bem como visa a analisar a relativização da aplicação dos princípios da presunção da inocência, da ampla defesa e do contraditório, princípios que são corolários do processo penal, ao passo que a inobservância destes princípios, pode representar real prejuízo ao acusado, diante da impossibilidade do acusado de se defender com todos os recursos que estariam disponíveis, tendo em vista que cabe ao órgão acusador a comprovação da conduta imputada e dos fatos, cabendo à defesa, a contraprova, ou seja, rebater as provas produzidas pela acusação.

Sabe-se que para um Estado Democrático de Direito se faz necessário o respeito a todas as normas, regras e princípios jurídicos, pois no ordenamento pátrio prevalece o entendimento do garantismo, penal e processual penal, para regular tais relações.

Mormente o presente trabalho se justifica pela importância da observância dos princípios e garantias constitucionais no contexto probatório do processo penal, especialmente o princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, em que pese tratar-se de um dos princípios mais relevantes no processo penal, vem sofrendo mitigação, pois há certa resistência de parte do judiciário, que mesmo sem provas suficientes para embasar um decreto condenatório, sentencia sem que o Estado tenha de fato, comprovado efetivamente a culpa do acusado, e sem que os fatos tenham sido elucidados verdadeiramente, baseando-se em mero juízo de probabilidade, de ter o acusado por certo cometido as condutas que lhe foram atribuídas.

O principal motivo que possibilita a aplicação da teoria da perda da chance no processo penal decorre da proteção que o princípio da presunção da inocência possui, e também recalcitra no princípio da ampla defesa e no princípio do contraditório, que se não forem acatados, importará em real prejuízo ao acusado, ao passo que cabe à acusação se valer de todos os meios de provas possíveis a comprovar, de forma inequívoca, a culpa, e elucidar os fatos, cabendo à defesa a possibilidade de rebater as provas produzidas pela acusação, e apresentar a contraprova, quando for possível.

A presente pesquisa demonstra-se relevante, inicialmente porque se baseia na importância de observação de princípios e garantias constitucionais, que são os pilares do direito penal e do direito processual penal, segundo porque o bem jurídico a ser resguardado, quando se trata da possibilidade de condenação e de privação da liberdade, é um dos mais importantes, senão o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, que é a liberdade do indivíduo.

Deve ser considerado que, em que pese os princípios Constitucionais serem passíveis, em tese de ter sua aplicabilidade relativizada, essa relativização deve ser vista com cautela, uma vez que se faz necessária a ponderação dos bens jurídicos em evidência, o direito da punição

estatal, não pode se sobrepor de maneira absoluta ao direito individual de liberdade.

O método de pesquisa adotado no presente trabalho é bibliográfico, para que através das pesquisas de cunho exploratório em doutrina que trate de princípios e garantias constitucionais, bem como da temática relacionada à teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil, e o liame subjetivo que permite sua aplicabilidade no contexto probatório do processo penal, bem como foram utilizados artigos e legislação.

Fora utilizada também, pesquisa jurisprudencial dentro do contexto probatório no processo penal, para que seja possível alcançar o objetivo deste artigo.

A hipótese a ser confirmada ao final da pesquisa será a possibilidade da aplicação de um instituto próprio do direito civil, no âmbito processual penal, especificamente no contexto probatório do processo penal, o argumento que por ser um instituto de outro ramo do direito, e por tal motivo não pode ser empregado no processo penal, é válido?

O prejuízo provável ou real aos acusados em processo penal, através da inobservância de princípios constitucionais, que dá azo a decretos condenatórios, é suficiente para se considerar a possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance no processo penal? Ou seja, a ofensa a princípios constitucionais, quando há prejuízo à defesa, permite a utilização de instituto próprio do direito civil, no processo penal, e especificamente no ambiente probatório do processo penal?

INSTITUTO DA PERDA DA CHANCE

O INSTITUTO DA PERDA DA CHANCE NO DIREITO CIVIL E SUA APLICABILIDADE PARA O DIREITO PENAL

A teoria da perda origina-se no direito civil, no âmbito da responsabilidade civil, visando dar tratamento a impasses entre particulares, em que pese se tratar de um instituto do direito civil, a aplicação da teoria da perda de uma chance, começa a repercutir no processo penal, no contexto probatório do processo penal, especialmente, porque cabe

ao Estado a comprovação da culpabilidade e a elucidação dos fatos imputados ao acusado.

Pode-se dizer que "A tarefa do processo penal está no saber se o acusado, é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato." (CARNELUTTI-2019).

A perda da chance na produção de uma ou mais provas, na fase instrutória, pode importar em condenação, e neste caso, recalcitra, em um primeiro momento, o princípio da presunção da inocência, uma vez que, mesmo sem a certeza quanto à culpabilidade e a dinâmica dos fatos, o resultado acaba sendo a condenação, tem-se então, uma mitigação do princípio basilar do direito penal, que é o princípio da presunção da inocência.

Se há condenação sem que tenham sido utilizadas todas as provas possíveis, que serviriam para afastar qualquer dúvida quanto à autoria das condutas impostas ao acusado, neste caso, ocorre o desrespeito do princípio *in dúbio pro réu*, que preleciona que, se há dúvida, o litígio deve ser encerrado com a absolvição, e não condenação. Ocorre que o que se percebe, é por vezes o contrário.

A perda da chance probatória no processo penal também fere o princípio da ampla defesa, ao passo que o acusado tem o direito de se valer de todos os elementos que esclareçam a verdade dos fatos, ressaltando que no processo penal, o ônus da prova é do órgão de acusação, cabe à acusação a produção de todas as provas que sejam capazes de ilidir qualquer dúvida quanto à culpabilidade e a veracidade dos fatos, ao passo que cabe à defesa, rebater as provas produzidas pelo órgão acusador.

Desta forma, a perda da chance da absolvição, decorrente da não produção da prova, contrapõe-se ao princípio da presunção de inocência, uma vez que se não há certeza quanto à culpabilidade não pode ocorrer à condenação, e se esta ocorrer, acarreta também afronta ao princípio do contraditório, pois não há igualdade entre acusação e defesa, não há equilíbrio entre a informação e a possibilidade de reação, a legítima expectativa que tem o acusado de rebater as acusações e as provas em seu desfavor são frustradas, e consequentemente importa

uma defesa deficiente, o que causará prejuízo ao acusado, se resultar em um decreto condenatório.

Conceituando "A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal." (TARTUCE-2018).

Resta assim conceituada a teoria perda de uma chance no direito civil, que pode ser aplicada no contexto probatório do processo penal. No processo penal a teoria da perda de uma chance, resta caracterizada na perda da chance do indivíduo de comprovar sua inocência, devido a não produção de uma, ou mais provas, quer seja pela desídia estatal em não requerer a produção da prova no momento oportuno, quer seja pela conveniência de optar pela prova de fácil produção, ou reprodução, em detrimento de outras provas que seriam capazes de elidir qualquer dúvida quanto à dinâmica dos fatos.

Evidencia-se que há certa resistência dos tribunais em permitir a aplicação da teoria da perda da chance no âmbito do processo penal, sob o argumento de que tal instituto é típico do direito civil, e por esta razão seria inaplicável ao processo penal, senão vejamos o julgado do TJ/RJ sobre o tema:

> (...)Por outro lado, completamente descabida a almejada aplicação da teoria da perda de uma chance probatória ao processo penal, invocada pela Defesa em sede de contrarrazões, aduzindo a deficiência estatal na produção da prova, insurgindo-se, também, contra a aplicabilidade da Súmula 70 do TJRJ, que considera estar em desacordo com o princípio constitucional da presunção de inocência, alegando a necessidade de produção de outras provas pela Acusação.(...)Destarte, tem-se que as peças que compõem o painel probatório são suficientes e convergem, todas, no sentido de proclamar o consciente envolvimento do Apelado na prática delituosa de que se cuida, sendo desnecessário dizer que a jurisprudência tem relevado pequenas contradições acerca de dados acessórios do fato, quando o contexto global aponta claro para a certeza de sua realização e respectiva autoria (TJERJ, Rel. Des. Muinos Pineiro, 2ª CCrim, ApCrim 8841-31/09, julg. em

> 30.10.2012; TJERJ, Rel. Des. Antonio Bitencourt, 1ª CCrim, ApCrim 247843-86/2011, julg. em 27.11.2012). Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para condenar o Recorrido pela prática do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, em regime fechado e com expedição de mandado de prisão (com validade estimada em 11.09.2030, após decorrido o prazo de embargos ou concluído o seu julgamento (um só recurso)). apelação nº0059065-25.2017.8.19.0001 – DJ 13/03/2018.

No caso dos autos em referência, trata-se de recurso do Ministério Público decorrente de absolvição da acusação de tráfico de drogas, o juízo *a quo* julgou improcedente a pretensão estatal, tendo em vista que as únicas provas produzidas nos autos consubstanciaram-se, exclusivamente no depoimento dos policiais responsáveis pela prisão, em que pese à presunção de veracidade das alegações dos policiais, estas alegações por si só, não podem servir como único meio de prova para embasar um decreto condenatório, os depoimentos dos policiais devem ser valorados de acordo, e corroborados com outros meios de prova, a serem produzidos sob o crivo do contraditório, e assim teriam o condão de ilidir qualquer dúvida quanto à autoria delitiva.

Não obstante o julgado supracitado, ainda que de maneira exígua, a recente jurisprudência começa a admitir a aplicabilidade da teoria da perda da chance no processo penal, especialmente, quando no caso concreto, se tratar de acusação por tráfico de drogas, caso a única prova da traficância produzida sob o crivo do contraditório, seja o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, que inevitavelmente se limitam a reproduzir as alegações narradas em sede policial, ou seja, alegações aduzidas no momento de lavratura do auto de prisão em flagrante.

Neste sentido:

> No campo do processo penal, pois, a idéia que preside é a acumulação dos elementos de convicção por parte da acusação. Em uma frase, **toda prova é necessária e nada é dispensável**. Nas

> hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a **não** produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída. E é justamente no conteúdo dos parênteses que reside o grande problema: como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória? Essa importante questão será enfrentada adiante. É cada vez mais comum, notoriamente com a chancela do próprio Poder Judiciário, que as condenações ocorram exclusivamente com base na palavra dos policiais. Isso significa, em síntese, que não se possui mais nada a fazer no processo em contraditório. Confirma-se o que se disse no flagrante ou no inquérito policial. Isso é, evidentemente, pouco democrático, porque havia chances de se produzir provas para além dos próprios agentes estatais. Nos casos de tráfico, a questão beira ao paroxismo. De regra, as provas da condenação advêm somente dos depoimentos dos policiais e não encontram guarida no restante do acervo probatório. Muitas vezes, os policiais afirmam que a abordagem se deu logo após observarem a venda para um usuário de droga, mas nenhum possível comprador de droga é identificado ou presta declaração, nem é conduzido à autoridade policial. Conseqüentemente, dito usuário jamais será ouvido em juízo. Nem sequer quando a venda ocorre em veículos, as placas dos tais compradores são anotadas. Assim, os agentes de segurança pública deixam de colher a prova potencialmente isenta, não por ausência de possibilidade de produção da prova mais adequada, mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço e pela confiança na atribuição de alta confiabilidade aos seus próprios relatos. (MORAES DA ROSA, 2017).

Apenas a probabilidade de ter o agente cometido as condutas que lhe foram impostas, não pode ter o condão de embasar um decreto condenatório, ao contrário, se a autoria e materialidade forem incertas,

nesta hipótese, o que se espera é um decreto absolutório, a absolvição, e nesta hipótese, o *decisum* estaria em consonância com o princípio constitucional da presunção da inocência ou *in dúbio pro réu*.

A condenação com base exclusivamente no depoimento dos policiais revela-se frágil, inicialmente, pois culmina na ratificação do que foi produzido na fase pré-processual, no inquérito policial, alegações do momento da lavratura do flagrante, ou seja, sem crivo do contraditório e ampla defesa.

Neste mesmo sentido: "Toda prova é necessária e nada é dispensável" (MORAES DA ROSA, 2017).

Não se trata de escolha das provas por conveniência estatal, mas sim de produção de todas as provas possíveis, que sejam capazes de elucidar os fatos, e comprovarem autoria e materialidade, inclusive, porque no processo penal a produção da prova cabe a quem a alega, a acusação, é o que se extrai da primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Não se pode olvidar que o sistema processual pátrio, é o acusatório, desta feita, não há redistribuição, ou inversão do ônus da prova, cabe ao órgão acusador a comprovação dos fatos e da culpabilidade, é o que se extrai do HC Nº 27.684 – AM, julgado no STJ, a seguir:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTO APRESENTADO PELA DEFESA IGNORADO PELO ÓRGÃO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL E INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEXTA TURMA HC Nº 27.684 – AM MINISTRO PAULO MEDINA JULGADO EM: 15/03/2007. (STJ, 2007).

Em que pese os casos concretos supracitados permitirem a visualização de possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance em casos de tráfico de drogas, também é possível que ocorra em outras situações, por exemplo; em casos de furto, ou roubo, quando existirem

imagens de circuito interno de filmagem, na hipótese em que a polícia deixa de requerer as filmagens de quem as possua, ou se o pedido for demasiadamente longo, hipótese em que as imagens já tenham sido destruídas, neste caso, a perda da chance em produzir a prova é evidente, ainda que se tenha alguma prova testemunhal, esta deve ser valorada com cautela.

Sob uma perspectiva defensiva, ainda é possível visualizar a aplicação da teoria da perda da chance em casos de violência doméstica, nos casos em que a acusação seja por de agressões físicas, caso em que a vítima deve ser submetida à exame de corpo de delito, ou passar, no mínimo por atendimento médico, para que seja realizado exame de corpo de delito indireto, uma vez que deve restar comprovada a materialidade do crime, pois nestes casos a palavra da vítima tem relevante valor probatório, contudo, a presunção de veracidade da palavra da vítima deve ser valorada com cautela.

Considerando a relevância do bem jurídico tutelado, em se tratando do direito à liberdade, devem-se utilizar todas as provas possíveis a comprovação ou não dos fatos imputados ao acusado, e não deve se permitir escolha por conveniência estatal, desta ou daquela prova por ser mais fácil sua produção, ou reprodução, quando se tratar de depoimento dos policiais que realizaram a prisão, haja vista que tendenciosamente, o depoimento a ser prestado em juízo será o mesmo do momento lavratura do auto de prisão.

Hipótese em que não ocorre o contraditório judicial propriamente dito, haja vista que a narrativa dos policiais será consubstanciada na repetição do depoimento dado na fase pré processual, qual seja; o momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMITEM A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO PENAL

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Presunção da inocência ou da não culpabilidade**,** elencado no Artigo 5º, incisos LVII –LVII, da CRFB/1988, "ninguém será conside-

rado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." O princípio da presunção da inocência é o princípio basilar no processo penal, trata-se de garantia fundamental, a ser observada na prestação da atividade jurisdicional, de modo que o acusado deve ser tratado como inocente, e, somente ao final do processo, se comprovada a autoria delitiva, é que passará a sofrer as conseqüências inerentes a uma condenação.

Parte da doutrina conceitua o princípio da presunção da inocência, sob dois enfoques:

> "A doutrina tem ressaltado que a presunção de inocência possui duplo aspecto, de regra probatória, que impõe o in dubio pro reo, como solução para dúvida sobre fato penalmente relevante no processo penal, e como regra de tratamento do acusado, que impede que a lei ou o juiz dê a quem é apenas réu em ação penal tratamento equivalente àquele dado ao condenado por sentença transitada em julgado." (BADARÓ-2012).

A presunção de inocência infere que o indivíduo tem o direito subjetivo de ter contra si uma sentença baseada num juízo de certeza e não mera probabilidade, desta feita, espera-se que seja observada a necessidade de produzir todas as provas necessárias, e não apenas as mais fáceis de produção ou reprodução para satisfazer a conveniência estatal, afim de que se alcance a livre convicção motivada do juiz, baseada em elementos informativos decorrentes da produção de provas colhidas em contraditório judicial, sendo vedado julgar com base exclusiva em elementos produzidos no inquérito policial.

A presunção de inocência pode ser também compreendida:

> "a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada."(LOPES JR-2016).

Conceitua a presunção da inocência da seguinte forma:

> "a) a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); b) a dimensão de garantia (regra do Estado); e c) a dimensão probatória (regra de juízo). Presunção de inocência revela, em primeiro lugar, uma regra de tratamento, que favorece do indiciado ao réu, desde a investigação preliminar até, e inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores (por tribunal superior entende-se o órgão judicial com competência em todo o território nacional). Todos os imputados indiciados ou acusados) devem ser tratados ; como se inocentes fossem, até que advenha a certeza jurídica da culpabilidade oriunda de uma sentença penal irrecorrível[...]Em segundo lugar, a presunção de inocência representa uma regra probatória que se exprime através da máxima latina que orienta a apreciação de prova penal. No processo penal , a carga probatória é toda da acusação. Mesmo diante da inércia da defesa técnica, o acusado deverá ser absolvido se o Estado não for capaz de demonstrar a autoria, a materialidade e a culpabilidade descritas na denúncia (ou queixa) [...´] Por fim, o principio da presunção da inocência é também dirigido ao Estado, como regra de garantia contra as opressões tanto públicas quanto privadas. Dito de outra forma: O Estado, para concretizar o principio da presunção de inocência, recebe do legislador constituinte o dever de adotar todas as medidas que permitam assegurar ao indiciado ou acusado tratamento digno."(-CASARA-2015).

No processo penal a carga probatória é da acusação, não cabe ao acusado provar que não estão presentes os pressupostos a ensejar uma condenação, não há possibilidade de inversão do ônus da prova, como existe no processo civil, o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.

No estado democrático de direito, o processo tem um rito a seguir, tanto no âmbito administrativo, quanto judicial, é preciso seguir

as normas de caráter procedimental, legalmente instituídas, e daí decorre o devido processo legal, que tem como corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório assegura a total paridade de condições no processo, pode se dizer que o contraditório se materializa no direito que tem a parte de ter ciência e contraditar, impugnar, e apresentar contraprova a tudo que a parte contrária trouxer ao processo, e assim afastar as condutas imputadas ao acusado, para comprovar a verdade dos fatos.

"O contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado." (PACELLI-2017).

O princípio do contraditório é corolário do devido processo legal, tanto que, também é de observação obrigatória fora do processo penal, no processo civil e administrativo, sendo certo que sua inobservância importa em cerceamento de defesa, tornando o *decisum* passível de anulação.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa está consagrado no artigo 5º Inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil, podendo-se afirmar que a ampla defesa se materializa na possibilidade do acusado em processo penal a utilizar-se de todos os meios necessários a afastar a acusação que lhe foi imposta. A ampla defesa desdobra-se em autodefesa e defesa técnica.

A autodefesa é exercida pelo próprio acusado, e consubstancia-se no direito de participar de todos os atos do processo, bem como de manter-se inerte, exercendo o direito de permanecer em silêncio, se assim desejar. A defesa técnica é exercida por defensor constituído, que obrigatoriamente deve participar do processo, caso o acusado não tenha advogado, haverá a nomeação de advogado dativo ou defensor público.

A ausência de defesa técnica no processo penal importa em nulidade absoluta se houver a comprovação de prejuízo para o réu.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e pela novidade de caráter de defesa e aplicabilidade do instituto, deve-se considerar que o Direito é uno, as divisões efetuadas devem ocorrer para balizamento e não para segregação de determinado ramo, logo quando percebe-se que o prejuízo será maior que o benefício, a entender como a liberdade do indivíduo deve-se abarcar o referido instituto da perda da chance, sob pena de condenar um inocente.

Em que pese à resistência de parte do judiciário, em especial de juízes com viés ideológico punitivista, o argumento de não aceitação da teoria da perda da chance no processo penal, por se tratar de instituto de outro ramo do direito, não merece prosperar, pois em se tratando de possibilidade da perda da liberdade, da possibilidade de ter o nome incluso no rol de culpados, deve-se, considerar de maneira absoluta, que os princípios basilares do processo penal não podem sofrer relativização, pois neste caso, estaria em total desacordo com a Carta Magna, e estaria indo de encontro à proteção que as cláusulas pétreas possuem.

Quando há condenação baseada exclusivamente em depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, não há uma construção da idoneidade do relato, que se daria através de corroboração por outros elementos independentes da palavra do policial, e assim revela a dependência que se tem da prova testemunhal.

Nas condenações por tráfico de drogas, faz-se mister considerar que o depoimento do policial deve ser corroborado por outros meios de prova, não se trata de presunção de mentira ou de presunção de verdade, não pode toda prova ser concentrada na palavra do policial, em detrimento das testemunhas da defesa bem como da tese defensiva.

A omissão Estatal, quando não há a produção das provas aptas a comprovar os fatos, aniquila a possibilidade de produção da prova e acaba de certa forma, impondo ao acusado, ônus que não lhe é atribuído haja vista que no processo penal não há inversão do ônus da prova,

portanto, o acusado não deve provar que é inocente, cabe à acusação, ao Estado comprovar a ocorrência do crime.

A busca da persecução penal, do arbítrio estatal quanto, ainda, busca assegurar à sociedade a resposta jurisdicional de qualidade, não pode se sobrepor aos direitos individuais do acusado, a necessidade de resposta à sociedade não deve ser utilizada para desmerecer o princípio constitucional da presunção da inocência, como direito fundamental do indivíduo, sendo certo, que ao Estado cabe o papel de assegurar a prestação jurisdicional com base na certeza no cometimento das infrações penais, e jamais apenas em juízo de probabilidade, caso contrário estaria revelando uma injustiça qualificada.

A aplicabilidade da teoria da perda da chance no processo penal começa a ganhar espaço, e certamente, deve ser difundida sob um viés garantista, principalmente porque se leva em consideração o elevado valor da liberdade, como direito fundamental do indivíduo, e por tal razão, está intimamente conexo ao princípio basilar do direito penal, que é princípio da presunção da inocência.

Diante do expedido, conclui-se que, sob uma perspectiva garantista, é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, não obstante, seja originariamente um instituto do direito civil. Há que se considerar que princípios e garantias constitucionais, em especial quando se tratar de dispositivo revestido pelo manto de proteção de cláusula pétrea, não devem, dado seu relevante papel no direito penal e processual penal, sofrer mitigação.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Em caso de empate inocência deve ser assegurada**. disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-out-22/gustavo-badaroem-empate-presuncao-inocencia--assegurada acesso em : 31 mar.2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasilia, DF: Senado Federal, disponível em:h-

ttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html, acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Decreto Lei 3689. **Código de processo penal**. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm acesso em: 31 mar.2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 3ª Ed. 5ª tiragem - São Paulo: CL EDIJUR , 2019.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo.** Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES DA ROSA, Alexandre. **A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal**. Revista Brasileira de Direito, 2017.disponível em https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095/1483 acesso em: 07 mar.2020.

MORAES DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 5 Ed. Santa Catarina: Emais Editora, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta turma. **Habeas Corpus**: HC Nº 27.684 – AM. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ: 15/03/2007 disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679858&num_registro=200300488230&data=20070409&formato=PDF acesso em 31 mar. 2020

TARTUCE, Flávio, Direito Civil, V. 2.**Direito das obrigações e responsabilidade civil**, 13. Ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA RIO DE JANEIRO **Apelação criminal** nº 0059065-25.2017.8.19.0001. DJ: 13/03/2018. Relatora Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, disponível em http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805008978, acesso em: 25 Mar. 2020.

PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO, LEGITIMIDADE PROCESSUAL E TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS.

Fabrício Veiga Costa
Graciane Rafisa Saliba

1. Introdução

Busca-se, com a presente pesquisa, apresentar um debate jurídico acerca da problemática e da necessidade de discussão da procedimentalização do processo coletivo desvinculado de acepções autocráticas e individualistas. O advento do direito coletivo como ramo cientificamente autônomo demonstra a necessidade de proposições tendentes à criação de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, justamente para alcançar o desvencilhamento com o modelo de processo centrado em pretensões de cunho individual.

Faz-se necessária a sistematização da legislação brasileira esparsa referente aos direitos coletivos, com a finalidade de buscar a construção de um sistema jurídico de proteção das pretensões dos interessados difusos nos moldes democráticos. Reformas processuais pontuais não são suficientes para a ruptura com a acepção instrumentalista de processo, centrada no ideal individualista e liberal. Faz-se necessário repensar o processo constitucional a partir do entendimento de que o devido processo legal, a isonomia processual, a publicidade dos atos processuais, o

contraditório e a ampla defesa são corolários indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais garantidos no plano constituinte.

É nesse contexto teórico que se torna necessário pensar o processo coletivo sob à ótica crítica do princípio da supremacia da constituição, para, assim, implementar a participação dos interessados no provimento a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. A democratização do acesso à jurisdição coletiva pelo principio da participação é o fundamento suficiente para superar o entendimento dogmático de uma jurisdição autoridade, centrada no poder do julgador, e assim expor proposições suficientes ao entendimento da jurisdição como um direito fundamental assegurado indistintamente a todos os cidadãos de discutirem pretensões tanto de conotação individual quanto coletiva.

A pergunta-problema proposta, como meio de delimitar o objeto de análise, funda-se na seguinte indagação: o modelo de processo coletivo brasileiro vigente, ao excluir o cidadão do rol dos legitimados ativos à propositura da ação civil pública, observa o modelo constitucional-democrático-participativo de processo?

A hipótese cientifica que conduzirá todo o estudo proposto nessa pesquisa gira em torno da seguinte problemática: o atual modelo de processo coletivo proposto pela Escola Instrumentalista corrobora com o paradigma do Estado Democrático de Direito? Certamente não, uma vez que o fato do direito processual coletivo ser discutido sob o patamar da representatividade não é suficiente para viabilizar a participação direta dos interessados difusos e coletivos na construção isonômica do provimento jurisdicional, cujos efeitos da decisão afetarão indistintamente todos aqueles a quem devem ser assegurados o direito de participação no debate de todos os temas correlatos à pretensão inicialmente deduzida.

Através da pesquisa teórico-bibliográfica e documental, foi possível construir análises críticas, temáticas, interpretativas e comparativas, por meio das quais demonstrou-se que o modelo participativo adotado pelo texto da constituição brasileira de 1988 é o referencial teórico hábil a legitimar democraticamente a participação de todos os interessados difusos na construção argumentativa do provimento final. O método dedutivo foi o parâmetro utilizado para a delimitação do objeto da

pesquisa, pois partiu-se de uma abordagem ampla, qual seja, o modelo de processo coletivo brasileiro centrado no sistema representativo, recortando-se o debate da participação popular na formação do mérito a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas, privilegiando a jurisdição democrática como direito fundamental.

2. O modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito

As bases para a compreensão do Estado Democrático de Direito encontram-se na hermenêutica discursivo-constitucional, ou seja, na superação do personalismo hermenêutico, de interpretações meramente literais, gramaticais, históricas, teleológicas. Nesse sentido, a compreensão da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na pós modernidade (LEAL, 2002, p. 30), para que as normas jurídicas sejam interpretadas a partir da Constituição. A jurisdição não pode mais ser estudada como o poder dever do Estado Juiz de dizer o direito no caso concreto, nem o processo ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005); a jurisdição dever ser compreendida como um direito fundamental e o processo como garantia constitucional (DIAS, 2004, p. 107-118). A superação do pessoalismo do julgador na análise do caso concreto é pressuposto teórico para o entendimento crítico-epistemológico de que o processo coletivo democrático é um espaço que legitima todos os interessados difusos e coletivos no debate amplo e constitucionalizado de todas as questões que integram a pretensão metaindividual deduzida em juízo.

A garantia de participação na construção do mérito do processo coletivo não deve ser uma prerrogativa adstrita ao personalismo do julgador, haja vista tratar-se de um direito fundamental garantidor da implementação da cidadania. O sistema representativo como parâmetro ao estudo do processo coletivo é a demonstração do caráter autocrático da legislação pátria, ao limitar o entendimento da legitimidade processual apenas àquelas pessoas autorizadas e escolhidas pelo legislador, como é o caso da exclusão do cidadão como legitimado para a propositura da ação civil pública.

Os direitos fundamentais, considerados o substrato interpretativo da presente teoria, serão enunciados jurídicos processualmente decididos por uma sociedade apta efetivamente ao exercício da cidadania. A pressuposição democrática é que o direito seja legitimamente projetado e construído por uma comunidade política consciente e conhecedora do projeto constitucional consistente na democratização da atividade legiferante (LEAL, 2004, p. 95-96). Nesse contexto propositivo, o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito pressupõe o conhecimento da teoria processual dos direitos fundamentais discursivamente construídos pelos seus destinatários. O referente lógico-jurídico para a compreensão da teoria neo-institucionalista do processo é a principiologia constitucional. Nos dizeres de Leal

> De conseguinte, o que se busca com uma teoria neo-institucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um Discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitariazação continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático (LEAL, 2004, p. 97).

O processo deve buscar na hermenêutica constitucional democrática o referencial para a previsibilidade e objetividade das decisões judiciais. A qualidade democrática de uma sociedade jurídico-política é definida pela produção das normas jurídicas a partir da institucionalização do processo constitucional (LEAL, 2004, p. 98). O povo deve ser o pressuposto da legitimidade, criação, aplicação e alteração do direito.

O enunciado do processo para a teoria neo-institucionalista encontra-se nos princípios institutivos (LEAL, 2000, p. 103): contraditório, isonomia e ampla defesa. A marca fundamental do contraditório no paradigma do Estado Democrático é a igual oportunidade de participação dos interessados na construção dos provimentos estatais (LEAL, 2002). Para Dierle Nunes, o principio do contraditório é entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação

(NUNES, 2004, p. 42). Gonçalves entende que o contraditório tem como base a liberdade na busca da decisão participada (GONÇALVES, 1992, p. 128). Através do contraditório, deve ser assegurada a defesa, não podendo ninguém ser condenado sem ela (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 159).

É imprescindível a observância do contraditório pelo juiz, que deverá adotar as providências necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar (ARAÚJO, 2003, p. 119). Trata-se de um direito-garantia das partes exercerem livremente o direito de nada dizerem (LEAL, 2004, p. 103). Propugna-se pela correlação existente entre o contraditório, a igualdade e o direito de ação. O exercício da função jurisdicional se dará com a obrigatória participação em contraditório dos interessados nos efeitos dos provimentos judiciais (DIAS, 2004, p. 87-88). Nesse contexto, observa-se que o principio do contraditório desencadeia uma serie de implicações na aquisição e na valoração da prova em vista da decisão sobre o fato (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 160). Nesse sentido, destaca-se

> Indispensável ao exercício do contraditório, a isonomia, enquanto direito-garantia constitucionalizada, preza pela liberdade de tratamento jurídico igual que não se opera pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual, ou seja, tal princípio constitucional não pode ser utilizado para conferir tratamento jurídico discriminatório aos indivíduos (LEAL, 2004, p. 103).

No âmbito do processo coletivo democrático, o contraditório efetiva-se com a oportunização conferida a todos os interessados difusos e coletivos de debater amplamente todos os pontos controversos da demanda no âmbito da constitucionalidade vigente. Ou seja, afastar o cidadão do rol dos legitimados e impedi-lo de participar processualmente do debate de todos os pontos controversos das demandas coletivas é a forma mais clara de deslegitimar democraticamente o provimento final.

Importante esclarecer que o grau de democraticidade do provimento final numa ação coletiva está diretamente vinculado à oportunidade efetiva conferida a todos os interessados difusos e coletivos de

participarem discursivamente da construção do provimento final, algo que se torna inviável quando se compreende o processo coletivo na perspectiva do sistema representativo. A igualdade passa pelo exercício amplo, efetivo e irrestrito dos direitos fundamentais nos patamares constitucionais. A isonomia é o princípio garantidor da igualdade argumentativa na formação do discurso de produção e aplicação do direito ao caso concreto.

A legitimidade democrática do provimento final nas ações coletivas está diretamente vinculada à oportunidade de argumentação ampla dos pontos controversos e produção de provas no âmbito processual, além da garantia conferida a todos os interessados de que seus argumentos e provas produzidos serão obrigatoriamente apreciados pelo magistrado em decisão jurídico-constitucionalmente fundamentada. Passaremos a seguir a discutir a problemática da reconstrução do processo coletivo a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas para, assim, compreender o modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito.

3. Teoria das ações coletivas como ações temáticas.

A construção do mérito participado no processo coletivo pressupõe a ruptura com o entendimento do direito coletivo a partir do sistema representativo para, consequentemente, repensá-lo no modelo participativo. Por isso, é imperiosa a ampliação do rol de legitimados para, assim, permitir que o maior número possível de interessados possa defender suas teses em juízo. O processo coletivo no modelo constitucional democrático deve viabilizar amplamente o exercício da cidadania através da participação ampla e direta de todos os interessados na construção do mérito da demanda. Ou seja, o mérito da demanda não pode ser predefinido apenas pelos legitimados previamente determinados em lei, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional perpassará pela ampliação da participação de todos os legitimados e interessados na demanda: "Quanto maior fosse a participação na formação do mérito, maior seria a legitimação da decisão do processo coletivo em relação aos efeitos que produzi-

ria em face dos interessados difusos" (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 181). É nesse contexto que se constrói a teoria das ações coletivas como ações temáticas:

> A ação coletiva dever ser a demanda que propõe um tema, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período de tempo fixado na lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 179).

A formação participada do mérito no processo coletivo não se dará no momento inicial de propositura da ação, mas sim será construído mediante a oportunização efetiva de todos os interessados difusos juridicamente legitimados apresentarem temas coerentes com a pretensão inicialmente deduzida em juízo para, a partir desse contexto, reconstruir o processo coletivo democrático a partir do sistema participativo. "A criação de um procedimento específico para as ações temáticas é algo indispensável na conjuntura da construção participada do mérito processual e, especialmente, no estabelecimento dos limites da demanda" (COSTA, 2012, p. 230).

O momento processual para a estabilização da demanda dar-se-á através da fixação dos pontos controvertidos, que será após a efetivação do direito de participação em contraditório no processo decisório que afetará todos os interessados. A realização de audiências públicas para o debate de questões transindividuais objeto de ações coletivas é imprescindível na delimitação e debate amplo dos pontos controversos da demanda por todos os interessados difusos. No âmbito do processo coletivo democrático verifica-se que toda coletividade é diretamente atingida pelos efeitos jurídicos do provimento final, razão essa que legitima sua participação discursiva na definição e debate amplo dos pontos controvertidos.

A implementação do contraditório, enquanto princípio institutivo do processo (LEAL, 2000) dar-se-á através da efetiva participação de

todos os interessados difusos na construção do mérito do processo coletivo e, conseqüentemente, na construção participada do provimento jurisdicional.

Serão considerados legitimados à construção do mérito do processo coletivo todos aqueles interessados que demonstrarem que sofrerão os efeitos da decisão judicial. Nesse sentido temos:

> Proposta uma ação cuja decisão envolva bem que afete um numero indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do Ministério Publico, o que já ampliaria o rol dos legitimados presentes na ação e envolverá um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade.
>
> Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 183).

Admitir o Ministério Público como o legitimado exclusivo e principal à propositura das ações coletivas é legitimar a violação do princípio do contraditório e ampla defesa, em razão da impossibilidade de participação de todos os interessados difusos na construção participada do mérito coletivo, pois dessa forma suprime-se o direito de debate amplo dos pontos controversos e das provas processualmente produzidas pelas partes interessadas. A publicização da pretensão deduzida é o fundamento para a construção participada do mérito, mediante ampla fiscalidade por todos aqueles juridicamente interessados.

3.1. A construção do mérito processual pelo sistema participativo

A compreensão critica do mérito participado perpassa pelo entendimento do processo e das ações coletivas sob a ótica do processo

constitucional no Estado Democrático de Direito. Toda problemática proposta passa inicialmente pela distinção jus-filosófica existente entre direito e interesse.

Inicialmente é importante ressaltar o pensamento de Ihering, considerado um utilitarista, que compreendia o direito a partir da idéia de existência de um fim prático. É como explicita Vicente de Paula Maciel Junior, citando Edgard Bodenheimer "Ihering calcou o ponto centrar de sua Filosofia do Direito no fim. O fim como criador de todo o Direito, não havendo norma jurídica que não deva sua origem a um fim ou motivo prático" (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 20). È nesse contexto que Vicente de Paula Maciel Junior afirma que "Ihering entendia que os direitos não existem apenas para realizar a idéia de vontade jurídica abstrata" (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 20). Dessa forma, sabe-se que para Ihering os direitos são vistos como interesses juridicamente protegidos.

A compreensão de direito a partir da obra de Ihering é se dá em bases propostas pelo liberalismo, baseando-se na premissa de direitos individuais. Além disso, não se pode pensar o direito enquanto ciência sob a ótica processual, uma vez que os fundamentos metajuridicos e de cunho axiológico representam o norte de toda a obra de Ihering. Dessa forma é possível afirmar que atualmente a inaplicabilidade da Teoria de Ihering evidencia-se na necessidade de proteção jurídica não apenas de direitos individuais e de relações jurídicas e privadas construídas entre particulares, mas, acima de tudo, no interesse em proteger direitos coletivos, cuja titularidade é da coletividade, e não apenas de um individuo em si.

A partir das considerações iniciais apresentadas, afirma-se que os interesses jurídicos são construções individuais e de caráter liberal, cuja aplicabilidade no âmbito coletivo torna-se inviável. Dessa forma, sabe-se que juridicamente o mais adequado não é falar em interesses metaindividuais ou transindividuais, conforme preconiza alguns autores, mas sim em direitos coletivos, cuja efetivação dar-se-á através das ações coletivas e do processo coletivo. Nesse sentido revela-se o entendimento do professor Vicente de Paula Maciel Junior:

> Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma,

> os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão interesses difusos foi idealizada tomando como pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 57-58).

A garantia efetiva da participação pressupõe a publicização e a divulgação ampla da pretensão através de editais e outros meios de comunicação efetivos, tais como os veículos de comunicação, para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão metaindividual. Essa foi a proposta adotada pela nova Lei de Ação Civil Publica em seu artigo 13, que consagra no plano infraconstitucional o direito de todos os interessados difusos e coletivos de participarem o debate processual da demanda transindividual, cujos efeitos jurídicos do provimento final atingirão a todos os interessados.

Importante esclarecer nessa publicização o objeto exato a ser discutido, com o propósito de impedir alegações e discussões impertinentes e não relacionadas com a pretensão inicialmente deduzida. O controle dessa participação mediante a apresentação dos temas suscitados pelas partes interessadas será feito democraticamente pelo Ministério Publico e pelo magistrado, priorizando-se, sempre que possível, o debate que venha acrescentar, enriquecer e contribuir para o julgamento da lide.

Imagine, por exemplo, uma ação civil pública cuja pretensão é a extinção de festas populares na cidade de Ouro Preto, visando a proteção do patrimônio histórico-cultural, que é patrimônio da humanidade. Certamente o judiciário deverá se incumbir de divulgar amplamente o objeto da presente ação coletiva, para oportunizar efetivamente a participação de todos aqueles interessados na proteção do patrimônio histórico-cultural da cidade de Ouro Preto. Tal participação não será

assegurada apenas aos cidadãos de Ouro Preto nem de Minas Gerais, tendo em vista a existência de sujeitos indiretamente interessados no objeto da presente ação coletiva.

Talvez o grande desafio prático enfrentado pelo Judiciário seja instrumentalizar efetivamente tal participação, argumento esse que deve ser rechaçado e que não pode ser utilizado como subterfúgio à supressão da construção participada do mérito participado das ações coletivas. Considerando que tal participação é um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos juridicamente interessados e atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional, afirma-se que problemas estruturais enfrentados pelo judiciário jamais poderão ser argumentos utilizados para suprimir tal participação.

Ressalta-se, ainda, a obrigatoriedade de observância efetiva dos princípios constitucionais da isonomia processual, contraditório e ampla defesa, para que não haja participações meramente formais na discussão do mérito das ações coletivas. No momento da construção do provimento jurisdicional o magistrado deverá apresentar argumentos jurídicos suficientes para admitir ou rechaçar as alegações apresentadas por todos aqueles que participaram do debate jurídico da pretensão coletiva.

É importante que fique claro que o foco de discussão para a construção participada do mérito na teoria das ações coletivas como ações temáticas é o objeto, e não o sujeito, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional não se limita em oportunizar a todos os cidadãos o direito de participar diretamente da construção do provimento, mas sim oportunizar, mediante o principio da publicidade, que sejam apresentados todos os temas e argumentos possíveis, coerentes e pertinentes com a pretensão inicialmente deduzida. È nesse sentido que o mérito participado deve ser pensado: garantir efetivamente a oportunidade de apresentação de todos os temas, argumentos e alegações pertinentes a pretensão coletiva ou difusa inicialmente deduzida em juízo, como forma de definir o objeto do processo coletivo e conseqüentemente viabilizar a construção participada do mérito.

4. Legitimidade processual ativa do cidadão propor ação civil pública e participar discursivamente da construção do mérito processual

A compreensão do processo coletivo democrático, na perspectiva constitucional, condiciona-se à desconstrução do sistema representativo, com o advento do sistema participativo, parâmetro indispensável à garantia da legitimidade democrática de ampla argumentação e construção discursiva do mérito processual e provimento final por todos os interessados difusos e coletivos. O princípio democrático deve "permitir aos cidadãos o seu desenvolvimento, mediante a liberdade de participação nos processos políticos, econômicos e sociais em consonância com o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária segundo ditames da constituição" (FERREIRA, 2016, p. 36). Dessa forma, "o sistema representativo deve ser suplantado em prol de um sistema participativo", pois será somente mediante o resgate da participação popular que se torna juridicamente viável a interferência procedimental do cidadão, com a consequente "legitimidade das decisões e da construção da ciência processual sob o prisma do Estado Democrático de Direito" (FERREIRA, 2016, p. 167-168).

"A ativação do povo ocorre com o reconhecimento aos cidadãos da prerrogativa de veicular pretensões fundamentadas que vinculem a produção de decisões públicas, especialmente no que concerne ao gozo de direitos fundamentais (autoinclusão) (GRESTA, 2014, p. 57). "É a partir do conceito de procedimento que se extrai um novo conceito de processo", haja vista que "Elio Fazzalari inclui o processo na classe do procedimento, caracterizando-o pelo elemento do contraditório, entendido como a possibilidade de os destinatários do provimento participarem de forma simétrica na construção deste, seja ele final ou interlocutório" (PINHEIRO, 2016, p. 194).

O artigo 5., da Lei 7347/85, estabelece expressamente um rol taxativo de legitimados ativos à propositura da ação civil pública: Ministério Público; defensoria pública; união, estados, distrito federal e municípios; autarquias, empresas públicas, fundações e sociedade de economia mista; associações constituídas há pelo menos um ano, que

inclua entre suas finalidades institucionais a proteção de direitos coletivos ou difusos. O cidadão individualmente foi excluído do referido rol de legitimados ativos, embora sofra diretamente os efeitos jurídicos do provimento final.

Em razão disso, fica evidente que a lei de ação civil pública adotou como critério regente de sua sistematização teórica o sistema representativo, motivo esse que explicita sua não recepção pelo texto da constituição brasileira de 1988. No momento em que a referida lei afastou o cidadão do rol dos legitimados ativos, deixou de adotar o sistema participativo e, por conseguinte, inobservou o modelo constitucional de processo. O cidadão, embora sofra todos os efeitos jurídicos do provimento final, fica impossibilitado de integrar o espaço processual de ampla dialeticidade dos pontos controversos que integram a demanda metaindividual.

Tal fato é explicado porque "a base de todo o processo coletivo brasileiro vigente encontra-se no sistema representativo. Trata-se de modelo de processo através do qual o legislador, solitária e unilateralmente, é quem define os legitimados à propositura de uma ação coletiva" (COSTA, 2012, p. 129). A adoção desse modelo autocrático de processo coletivo pelo direito brasileiro fortalece a discricionariedade judicial, robustecendo o exercício unilateral e solipsista da atividade jurisdicional pelo magistrado. "O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores", ressaltando-se que "esse poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo" (STRECK, 2012, p. 93).

"No âmbito da processualidade democrática o magistrado não pode se utilizar de argumentos metajurídicos (axiologizantes) como justificativa para inviabilizar o exercício ou retirar a titularidade dos direitos fundamentais previamente definidos no plano constituinte" (COSTA, 2016, p. 192). Sempre que o legislador ou o magistrado se utiliza de técnicas procedimentais para limitar o espaço processual de discursividade da pretensão deduzida contraria o modelo de processo constitucional democrático. No momento em que a lei de ação civil pública impede expressamente o direito de o cidadão propor a referida

ação coletiva, deixa de adotar o sistema participativo, expressamente previsto no plano constitucional, além de limitar o espaço de argumentação jurídica dos pontos controversos e formação participada do mérito processual.

"O processo constitucional eleva o processo à instituição constitucionalizada orientada pelos direitos e garantias fundamentais, cuja viga-mestra é o devido processo constitucional, que é o espaço normativo (*locus* de discursividade)", pois é "onde será possível a ampla defesa realmente ampla e plenária pela, pela exauriência argumentativa" (CRUZ, 2016, p. 66).

Ressignificar teoricamente a forma de compreender o processo coletivo no Estado Democrático de Direito constitui um meio de adequá-lo ao sistema participativo. Dessa forma, a legitimidade de os interessados participarem da formação do mérito processual deverá decorrer da pretensão inicialmente deduzida em juízo. Não será o legislador quem terá legitimidade jurídica de definir aprioristicamente os legitimados ativos à ação civil pública. Pelo contrário, com fundamento na teoria das ações coletivas como ações temáticas, a partir do objeto da ação coletiva é que será possível dimensionar os sujeitos afetados juridicamente pelos efeitos do provimento final. Após essa análise feita pelo magistrado, deve-se instituir procedimento legal de ampliação do espaço processual de debate, privilegiando a exauriência argumentativa como meio de assegurar a legitimidade democrática do conteúdo decisório.

6. Conclusão

A reconstrução do processo coletivo a partir do modelo constitucional de processo passa pelo entendimento da teoria das ações coletivas como ações temáticas, que utiliza o sistema participativo como instrumento de ampla fiscalidade a ser exercida pelo cidadão, focando todo seu debate não no sujeito, mas sim no objeto. Dessa forma, o rol de legitimados ativos à propositura da ação civil pública não pode ser taxativo e deve contemplar amplamente todo aquele que demonstrar interesse jurídico na pretensão deduzida em juízo, ou seja, todo inte-

ressado difuso ou coletivo afetado pelos efeitos jurídicos do provimento final tem legitimidade democrática de participar do debate dos pontos controversos e da produção de provas no âmbito processual.

É nesse contexto da reflexão cientifica que o presente debate ressalta a necessidade de implementação da disciplina de teoria geral do processo coletivo como forma de superação do entendimento individualista e autocrático no estudo do processo coletivo vigente, proposto pela Escola Instrumentalista. Manter a compreensão do processo coletivo a partir de concepções liberais e individualistas é legitimar o sistema representativo e, assim, afastar os interessados difusos e coletivos da construção discursiva do provimento final das ações civis públicas.

Nesse ínterim é oportuna a necessidade de sistematização de toda a legislação pertinente ao direito e ao processo coletivo democrático, para que se obtenha a autonomia cientifica necessária ao reconhecimento de tal disciplina. A existência de legislações esparsas centradas ainda no sistema representativo certamente compromete a identidade do tema em questão.

A regulamentação da procedimentalização do processo coletivo democrático é considerada matéria urgente, tendo em vista a finalidade de esclarecer como se efetiva a possibilidade de participação e de exercício do contraditório e da ampla defesa por todos aqueles juridicamente interessados. É de suma importância, ainda, a delimitação do momento processual da estabilização da pretensão deduzida e até qual fase do procedimento será possível a intervenção de terceiros para construir discursivamente o mérito processual coletivo. Outra questão que merece destaque diz respeito aos reflexos da estabilização da demanda na constituição da coisa julgadas e de seus efeitos legais, que não integrou especificamente o objeto da presente pesquisa.

A democraticidade na formação do mérito processual nas ações civis públicas decorre da legítima oportunidade de participação de todos os sujeitos interessados na formação discursiva do provimento final. Considerando-se os direitos difusos e coletivos, sabe-se que a garantia da legitimidade democrática do provimento jurisdicional passa diretamente pela oportunidade efetiva conferida aos interessados difusos e coletivos de definirem os pontos controversos da demanda, debaterem

e produzirem provas no sentido de esclarecê-los. Ao magistrado incumbe o dever de manifestar-se de forma jurídico-constitucionalmente fundamentada sobre todos os pontos controversos debatidos e todas as provas produzidas pelas partes interessadas.

Limitar ou restringir a participação dos interessados difusos na construção do provimento final de uma ação civil pública é legitimar um modelo autocrático de processo ainda pautado na autoridade pressuposta do magistrado mediante decisões solitárias e solipsistas. O modelo constitucional de processo coletivo no Estado Democrático materializa a oportunidade de os destinatários do provimento final serem seus co-autores.

A lei da ação civil pública, especificamente no ponto em que estabelece o rol taxativo dos seus legitimados ativos, excluindo-se o cidadão, é considerada materialmente não recepcionada pelo texto constitucional, pois ofende o sistema participativo, que no artigo 1., da constituição brasileira de 1988, autoriza todos os interessados difusos e coletivos participarem dialogicamente da formação participada do mérito processual. Pensar o processo coletivo a partir do objeto, não mais sob a ótica do sujeito, é um meio de superar os juízos apriorísticos impostos pelo legislador quando previu o referido rol taxativo. A partir do objeto da ação civil pública proposta, o magistrado verificará quais são os sujeitos potencialmente atingidos pelo provimento final e, assim, assegurará o direito de todos, indistintamente, participarem democraticamente da construção do conteúdo decisório.

7. Referências

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al*. Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRASIL. **Vademecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte:Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

COSTA, Fabrício Veiga. **MÉRITO PROCESSUAL** – a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **LIQUIDEZ E CERTEZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CRUZ, Clenderson. **A AMPLA DEFESA NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS,Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **TEORIA DO PROCESSO COLETIVO NO MODELO PARTICIPATIVO**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plinio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos**. Igualdade e Diferença – Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.**Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRESTA, Roberta Maia. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**.Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

PINHEIRO, Guilherme César. **A VINCULAÇÃO DECISÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** – por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verdes são também os direitos do homem: responsabilidade administrativa em matéria de ambiente**. Cascais: Principia, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O QUE É ISTO – DECIDO CONFORME MINHA CONSCIÊNCIA?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POSSIBILIDADE DO IMPLEMENTO DAS AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE DIREITOS SUCESSÓRIOS NO BRASIL: APONTAMENTOS ACERCA DA MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Maria Clara Santos da Mata Silveira
Samantha Caroline Ferreira Moreira

1 - INTRODUÇÃO

O direito de sucessões sempre esteve presente por várias décadas, desde o Direito Romano até o mais novo Código Civil. A sucessão nada mais significa a transmissão dos bens móveis ou imóveis para os seus herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários.

É assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.(PEREIRA, 2017, p.6-7).

No Brasil, o direito de herança é assegurado pelo art. 5º, XXX, da Constituição Federal que o incluiu entre as garantias fundamentais, e previsto na lei n.10.46, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o vigente Código Civil em seus artigos 1784 a 1828.

Entretanto, como em muitos processos judiciais, o problema não é o objeto da lide, mas sim as questões sentimentais envolvidas. Nos processos de inventário e partilha, os conflitos familiares são um dos maiores impedimentos para a resolução rápida do procedimento.

Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrechoque de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. (SILVA, 2014, p.31)

A disputa por dinheiro é sempre muito sensível – principalmente quando o herdeiro não teve nenhuma contribuição, direta ou indireta, na construção do patrimônio familiar. Nesse caso, os conflitos são ainda menos sensatos. Em geral, aliás, as disputas entre familiares sobre patrimônio e dinheiro herdado são irracionais e, pela lógica, inexplicáveis. Tornam-se discussões passionais, alimentadas por dificuldades e conflitos existentes entre familiares e herdeiros. Um processo que mina o relacionamento familiar. (BORNHOLDT, 2016, p. 1)

Nesse sentido, para estes tipos de processos, o Código de Processo Civil/2015 trouxe novas formas extrajudiciais de resoluções de conflitos, como por exemplo a mediação, com escopo de proporcionar a resolução dos conflitos consensualmente e de forma célere, desafogando o judiciário, visando assim a pacificação social e eficiência da prestação jurisdicional.

Ocorre que, mesmo havendo expressa previsão legal, a mediação ainda não está sendo utilizada como parte da resolução dos processos de direitos sucessórios. Desta forma, o presente estudo analisará a ausência da sua implantação já que poderá ser mais uma forma de obter a solução para a realização do inventário consensual e célere.

1 BREVE HISTÓRICO - A BUSCA PELA EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Está enraizada uma cultura do litígio em nós. A partir do momento em que ocorre um conflito, as partes quase que automaticamente já

buscam ajuizar uma ação. O fato é a sociedade brasileira presume que somente na Justiça poderá se obter a resolução para seus conflitos, o que não é verdade, já que através das medidas extrajudiciais de conflitos podem propiciar soluções até mesmo mais efetivas.

Quando se depara com algum conflito, delega-se a um terceiro (Poder Judiciário) que o resolva, crendo que ele dará a melhor decisão e que fará justiça. Acontece que muita das vezes, essa decisão nem sempre agrada por completo os litigantes. É claro, cada parte tem sua justificativa, tem sua razão e sua especificidade.

Quanto mais as pessoas forem instruídas a pensar em termos de julgamentos moralizadores que implicam que algo é errado ou mau, mais elas serão treinadas a consultar instâncias exteriores - as autoridades - para saber a definição do que constitui o certo, o errado, o bom e o mau (ROSENBERG, 2006, p. 47).

Desta forma que a sociedade brasileira desenvolveu a cultura do litígio. As pessoas depositam no Poder Judiciário suas expectativas de que somente lá é que irão conseguir resolver os seus conflitos e não conseguem enxergar que são capazes de resolvê-los sozinhas. Recebem uma sentença que vai ser-lhes imposta, aumentando ainda mais o litígio, a percepção de um vencedor e outro perdedor, o que consequentemente só agrava a cultura do conflito e nada mais.

A cultura da litigiosidade que leva um conflito ao Judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa de solução autocompositiva, também fortalece o sentimento adversarial das partes no decorrer da solução do problema na esfera jurisdicional. (SALES; ANDRADE, 2011, p.3).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ressaltam que a Corte Europeia dos Direitos do Homem pacificamente entendeu que: "respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; a atuação do órgão jurisdicional". (DIDIER JR; ZANETI JR., 2009, p.4).

Por força da arraigada "cultura da sentença" e do desconhecimento de muitos, o Poder Judiciário acaba sendo utilizado com única e natural via de enfrentamento de conflitos. (FERNANDA TARTUCE, 2016, p.5)

Destarte, o ideal é a racional distribuição do tempo do processo com efetividade[24] do resultado e decisão tempestiva, na medida em que o julgamento tardio irá perdendo seu sentido reparador, por isso a CF/88 assegura em seu art. 5º, § 1º, o direito ao processo sem dilações indevidas. (MOREIRA, 2005, p. 35)

A partir dessa busca desenfreada pelo judiciário é que o tornou ineficiente, visto que o mesmo não consegue cumprir com o princípio da celeridade processual e acaba muita das vezes não agradando as partes por sua demora e por seus resultados. O cenário então é o que vemos hoje, processos se arrastando por vários anos.

Nesse contexto, cumpre citar que os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça são "em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018." (CNJ, Justiça em Números 2019, p. 84)

Sem sombras de dúvidas, a cultura do litígio reflete o grande crescimento das demandas judiciais e por consequência a morosidade no Poder Judiciário.

É inegável que a crise do Judiciário decorre da crise do Estado contemporâneo, que não tem mais condições de solucionar todos conflitos existentes na sociedade. Há uma miríade de problemas enfrentados pelo Judiciário de vários países e as soluções encontradas têm se mostrado insuficientes e inadequadas, (AMARAL, 2009, p. 39).

Posto isso o legislador não viu outra saída senão a criação de novos métodos de soluções de conflitos para garantir a efetivação do acesso à justiça.

Em especial, a mediação vai surgir justamente para tentar mudar essa cultura do litígio, ela vem como uma ferramenta de diálogo, fazendo as partes decidirem juntas a lide, sem precisar que um terceiro dê a decisão.

24 Tratando de busca por celeridade processual é inafastável a menção à Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que tratou de estabelecer as diretrizes da denominada Reforma do Poder Judiciário, estabelecendo o dever de preocupação do Congresso com a celeridade dos instrumentos processuais. Dentre as inovações trazidas pelo texto, estão o novo inciso LXVIII do artigo 5º da CF, a alteração de competências, as férias dos juízes e dos magistrados de 2º grau, a repercussão geral, o cabimento dos recursos especial e extraordinário, a súmula vinculante e outras tantas que tentam alterar a realidade atual desse sistema (MOREIRA, 2005, p. 35).

2 PROCEDIMENTO DOS PROCESSOS DE SUCESSÕES (INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS);

Com o falecimento, há a transmissão automática dos bens. Entretanto, para se fazer a mudança do patrimônio é necessário a abertura do inventário. Este inventário poderá ser realizado de duas maneiras, judicial ou extrajudicial.

Inventário, palavra de origem latina (invenire, inventum), significa, na acepção comum, enumeração ou descrição de algo. É, pois, etapa fundamental do procedimento que visa à decisão final de partilha dos bens do de cujus.(Paulo Cézar Carneiro, 2019. P.24)

O inventário extrajudicial ocorre quando os herdeiros são capazes e concordes, já o inventário judicial se dá quando há testamento e ou herdeiro incapaz, sendo que o inventário judicial pode ser de forma amigável (arrolamento) ou da forma tradicional (inventariança) quando os herdeiros não estão em comum acordo.

Em termos sucintos, no inventário serão arrolados e avaliados os bens do monte, citados ou habilitados os herdeiros, pagas as dívidas reconhecidas, colacionados os bens doados em vida pelo falecido, e calculado o imposto devido pela transmissão. Trata-se, portanto, de uma espécie de descrição e liquidação do acervo hereditário a ser, em breve, partilhado, e de uma determinação de quem concorrerá nessa divisão. (Paulo Cézar Carneiro, 2019. P.24.)

Na primeira fase do inventário judicial, o juiz nomeará o inventariante e intimará para apresentar as primeiras declarações em 20 dias, que compreendem o quadro de herdeiros, credores, dívidas, bens a serem transmitidos e créditos do espólio. Feita as primeiras declarações, o juiz citará os herdeiros, testamenteiros se houver, o cônjuge ou companheiro, e intimará a Fazenda Pública e o Ministério Público se houver incapaz. Concluídas as citações, as partes terão 15 dias para impugnarem as primeiras declarações.

Caso haja controvérsia entre as partes ou interesse de menores, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio. Essa avaliação também poderá ser impugnada pelas partes. Logo após, haverá o recolhimento do ITCMD e a Fazenda do Estado se manifestará sobre a

quitação ou não do imposto. O próximo passo será a conferencia do plano de partilha pela contadoria judicial. Prosseguindo o feito, serão apresentadas as ultimas declarações, que em via de regra são iguais a primeira, e estando tudo correto o juiz homologará a partilha. Nesta decisão o juiz expedirá o alvará para autorizar a transferência dos bens móveis. Após o trânsito em julgado da decisão homologatória, será expedido o formal de partilha, que no caso de bens imóveis, deverá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis local.

Como dito inicialmente para realizar o inventário extrajudicial, todos os herdeiros devem ser maiores e capazes, devem estar em comum acordo e não pode existir testamento deixado pelo falecido. Para realização desse inventário as partes deverão estar representadas por um advogado. Este inventário será realizado. Depois de recolhido todos os impostos e emolumentos cartoriais, será lavrada a escritura de inventário e partilha pelo tabelião no Cartório de Notas.

A partilha, por sua vez, é a fase final do procedimento sucessório, em que se haverá de atribuir a cada um dos herdeiros a porção que lhe couber dos bens e direitos do acervo, pondo fim à comunhão hereditária. (Paulo Cézar Carneiro, 2019. P.25.)

3.1 Tempo de Espera no Judiciário

Quando há a morte de um ente querido, as partes possuem duas possibilidades de fazer o inventário, como dito antes, o judicial e o extrajudicial. Geralmente os herdeiros não estão em consenso e optam diretamente em ir para o judicial. Este também acaba sendo um problema do inventário extrajudicial, que apesar de ser mais célere e mais simples, muita das vezes eles não é escolhido por dois motivos: o seu gasto pode acabar sendo maior do que o inventário judicial e como dito anteriormente, dificilmente as partes vão estar em comum acordo. Consequentemente, os herdeiros vão para o judiciário tentar desembaraçar o inventário.

A vivência da perda gera o início do processo de luto, que, como apontado, encerra cinco etapas: negação, raiva, depressão, barganha e aceitação. É preciso ter sensibilidade ao lidar com os envolvidos.

Quando uma pessoa nega o fato, externa raiva ou padece de depressão pela morte de alguém, dificilmente consegue engendrar opções práticas para resolver problemas. Nas fases de barganha e aceitação é que será viável haver clareza para compreender e buscar saídas produtivas. Respeitar o tempo dos envolvidos, como se percebe, é crucial. (TARTUCE, 2019, p.81)

Ocorre que o inventário judicial acaba demorando anos e anos, não só pelo congestionamento que já está presente no Poder Judiciário, como também porque os herdeiros não chegam em um consenso. Há na maioria dos processos brigas entre os herdeiros e até discussões familiares antigas são levadas a tona. Acabem que por fim, a família não vê outra opção, a não ser ajuizar uma ação. Infelizmente, voltamos ao ponto de início, qual seja a cultura do litígio.

Desta forma, ingressar com um processo de inventário é desanimador para a sociedade, tendo em vista a sua burocratização, seu custo elevado, o seu desgaste emocional e principalmente sua demora. .

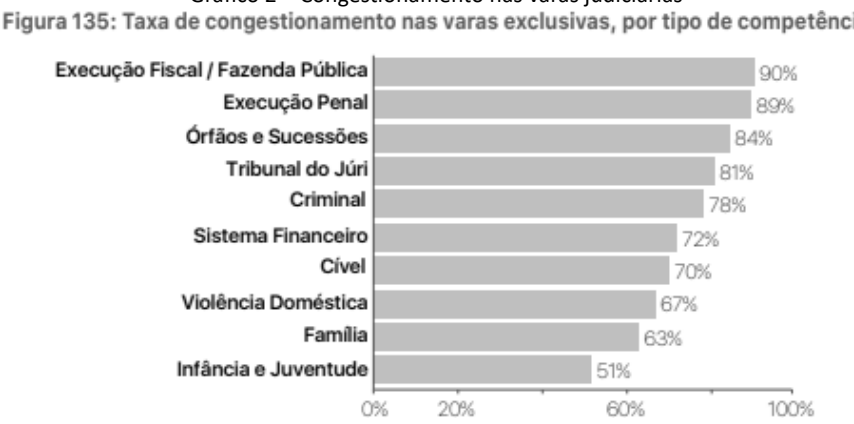
Conforme apresentado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em 2019, na pesquisa justiça em números, em sua figura 13, as varas de sucessões estão em segundo lugar na média de processos pendentes e baixados por unidade judiciária exclusiva, apresentando somente 1.130 processos baixados e 6.048 processos em tramitação, conforme demonstrado seguir:

Gráfico 1 – Médias de processos baixados e em tramitação nas varas

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, (2019).

Já na figura 135, a vara de sucessões aparece em terceiro lugar com taxa de 84% de congestionamento.

Gráfico 2 – Congestionamento nas varas judiciárias



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, (2019).

Não sobeja dúvidas que a sociedade e o Poder Judiciário está diante de uma taxa de congestionamento inacreditável. Oitenta e quatro por cento de congestionamento significa que quase todos os processos de sucessões estão engarrafados na sua respectiva vara. É muito processo parado.

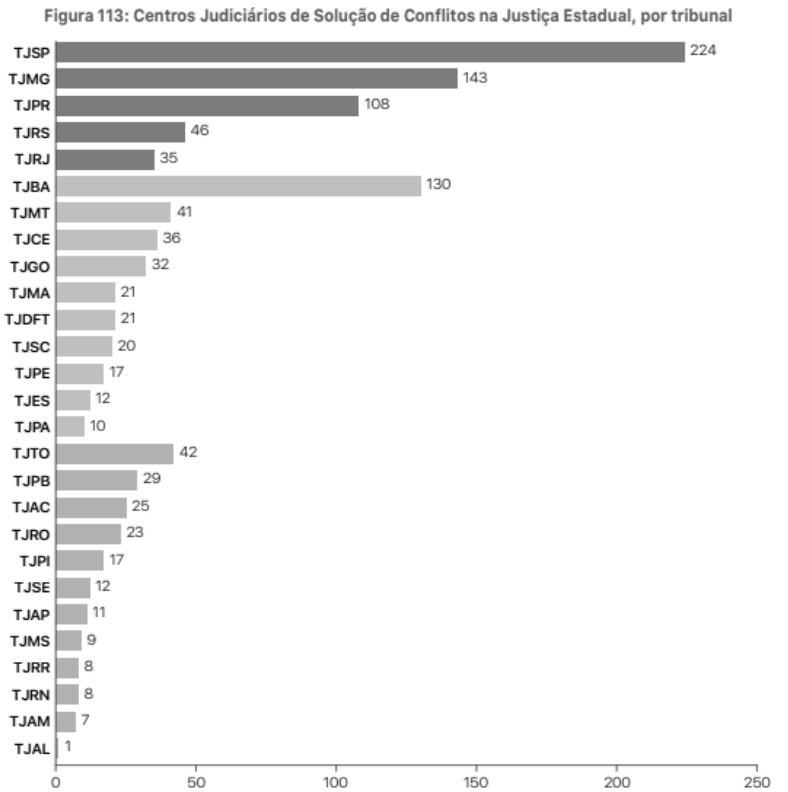
A demora corrente retira do Poder Judiciário a legitimidade que se espera enquanto pacificador social por excelência. Ademais, causa na sociedade um descrédito da força normativa das leis. (VIEIRA e MOREIRA, 2018, p.173).

Esses e mais outros motivos fizeram com que houvesse a necessidade do aprimoramento da justiça. Em 2010 o CNJ publicou a resolução nº 125, conferindo a possibilidade da utilização dos mecanismos consensuais, mediação e conciliação como tratamento adequado aos problemas jurídicos. Logo, em 2015 com a criação do novo Código de Processo Civil o legislador estabeleceu artigos incorporando também os meios de solução consensual de conflitos e houve também a Lei da Mediação de Conflitos, materializada pela Lei Nº 13.140/15, todos preocupados de fato com a efetividade e a celeridade do Poder Judiciário.

Nesse sentido e acompanhando as necessidades sociais, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a necessidade de aperfeiçoar o tratamento dado aos conflitos de interesses conduzidos à esfera judiciária, considerando a importância de meios mais adequados à administração de certos problemas e prevenção de novos litígios. (SALES e ANDRADE, 2011, p.8).

De acordo com o CNJ, em sua pesquisa Justiça em Números de 2019, na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2018, 1.088 CEJUSCs instalados. A Figura 113 indica o número de CEJUSCs em cada Tribunal de Justiça. Esse número tem crescido ano após ano. Em 2014, eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808 e em 2017 chegou a 982.

Gráfico 3 – Números de CEJUSCs por Tribunal de Estado



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, (2019).

Como visto, o Conselho Nacional de Justiça criou diversas medidas para ampliar as formas alternativas de soluções de conflitos. No entanto, ainda é preciso de mais. Esses números trazidos na pesquisa de 2019 do CNJ, só nos mostra o quão longe ainda estamos.

Faltam instrumentos ao Judiciário para lidar com a esfera afetiva e psíquica dos afetos e desejos e com a esfera psicossocial (papéis e funções) dos vínculos desfeitos. Nesta sede é que a mediação pode dar sua melhor contribuição, pois vem resgatar o indivíduo e suas responsabilidades. Ajuda a entender o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações familiares. À medida que estas ficam mais claras para as partes, também se clarificam para o Estado, assim como as responsabilidades deste para com os indivíduos. (DIAS, 2002, p.1).

É preciso então difundir ainda mais a mudança da "cultura da sentença" para a cultura da paz. Somente quando a resolução consensual se tornar a primeira opção da sociedade brasileira, é que poderemos dizer que realmente mudamos a nossa cultura e por conseguinte o judiciário estará de fato cumprindo com todos os seus princípios.

A substituição do paradigma bélico (resolução do conflito através de batalhas das quais um sairá vencedor e outro, vencido) pelo paradigma da cooperação, por meio da trégua, faz-se necessária para que se possa levar as partes em conflito a atuar pela busca da mudança, do crescimento e da evolução das relações. Cabe-nos, sim, ajudá-las a abrir clareiras, em vez de trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que as auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo. (MOTTA, 2000, p. 52.)

4 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A mediação é uma das formas de soluções de conflitos na qual uma terceira pessoa, imparcial (mediador), promove o diálogo entre as partes, para que assim elas consigam encontrar a melhor solução para o problema em que estão enfrentando. Ela é o melhor método a ser utilizado nos casos em que há vínculo entre as partes.

O processo autocompositivo denominado Mediação é uma resolução de conflitos em que, dois ou mais indivíduos, envolvidos em um litígio real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial – o mediador, em busca de espaço para criação de uma solução amigável e consensual, aceitável para ambas as partes, a custos razoáveis e, principalmente, de modo célere. (BARCELLAR, 2016, p. 55-60).

O método da mediação abrange a ideia de que as pessoas envolvidas em um conflito devem ser as protagonistas de suas soluções e de que a verdadeira pacificação das relações pessoais, somente se viabilizam mediante a conscientização e o empenho de cada evolvido na busca desse resultado, não cabendo a imposição das decisões judiciais.

'Mediação' procede do latim mediare, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Estes termos expressam o entendimento do vocábulo, que se apresenta como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias e de busca do melhor desenlace pelas próprias partes (SALES, 2003, p. 23).

A mediação tem como enfoque principal o tratamento mais amplo e abrangente da relação sob conflito. Na maioria dos casos, o verdadeiro conflito a ser tratado não é propriamente aquele que as partes envolvidas apresentam em suas "queixas" iniciais, o chamando "conflito aparente", mas outro conflito mais obscuro, que representa a verdadeira origem, raiz ou a causa dos demais conflitos aparentes, o chamado "conflito oculto. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2015, p.83)

Sendo assim, destaca-se também a importância do mediador, podendo ele apresentar alguma sugestão que muita das vezes as partes não conseguem enxergar, pois estão cegas ao conflito interno, devendo então estimula-las e ajuda-las a chegarem no acordo.

Nada impede que o mediador informe às partes sobre as opções possíveis, apresente opções utilizadas em casos semelhantes e faça sugestões. (ROBLES, 2009, p.34).

Em certa perspectiva, a missão do mediador é aproximar as pessoas para que elas possam compreender melhor diversas circunstâncias da controvérsia, proporcionando alívio de pressões irracionais ou elementos emocionais complicadores que impeçam a visualização realista

do conflito; assim, elas estarão preparadas para proceder a uma análise mais equilibrada da situação e, se o caso, atuar para entabular um possível acordo. (GARCEZ, 2003,p. 39.)

Desta forma, a maior eficácia da mediação se refere ao trabalho que é realizado, não somente sobre o conflito trazido, mas fundamentalmente sobre a relação interpessoal ou familiar em essência. A mediação contribui para que as próprias pessoas envolvidas tenham condições de autonomamente solucionarem os conflitos advindos da sucessão e os futuramente advindos da mesma relação familiar.

A mediação corresponde a uma nova ordem social, a uma nova estrutura de valores norteadores do ideal de justiça, típica de uma nova era, marcada pela consciência social do pós-segunda guerra mundial. Portanto, repisando a expressão arte da mediação, mediar é um caminho de humanização da prestação jurisdicional, a partir da mais livre e autônoma vontade do sujeito de direito. (IBDFAM, 2016, p.1)

Se cultivarmos a mediação, descartaremos não só a morosidade do Poder Judiciário, mas muito além, acabaremos com a cultura do litígio. Ela é a renovação que o sistema judiciário e a sociedade brasileira precisa, é a mudança de valores.

4.1 A importância da mediação como medida de solução de conflitos no inventário e partilha de bens

Os processos judiciais de direito sucessórios especialmente os de inventário e partilha de bens, como já visto não estão cumprindo com o princípio da celeridade processual e estão se arrastando por vários anos, em razão dos conflitos familiares existentes entre os herdeiros.

Apesar do legislador ter criado diversos dispositivos que aduzem sobre a possiblidade da mediação, ela ainda é pouco utilizada. Cumpre citar que os arts. 190, 334, 659 e 694 do CPC/2015 demonstram a possibilidade das referidas audiências.

Conforme demonstrado, em diversos artigos do CPC/2015 resta patente a possibilidade da realização das audiências tanto de conciliação como mediação para a solução do conflito, então por que não aplicá-las?

O inventário em si é um procedimento bastante delicado para as partes, visto que as partes acabaram de perder uma pessoa querida e muita das vezes os sentimentos ainda estão intensos.

Claro que em alguns casos as lembranças e sentimentos bons são os que ficam e não há discórdia entre os familiares, porém na maioria das vezes, os processos que vão ser autuados judicialmente, os herdeiros estão chateados por algum fato, estão brigados, amargurados e totalmente resistentes para fazer o acordo.

As disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz (SERPA, 1998, p. 18).

Na maioria das situações, o verdadeiro conflito a ser tratado não é propriamente aquele que as partes envolvidas apresentam em seus relatos iniciais, mas sim a outro conflito mais obscuro e interno que representa a verdadeira origem das causas dos demais conflitos aparentes.

Os conflitos familiares são bastante complexos, tendo em vista que envolvem emoções e sentimentos ocultos, tais como: mágoas, dores, vinganças, dentre outros. Muitas vezes, ele não eclode por um único motivo, sendo um conjunto de mágoas somadas ao longo da convivência. (...)É justamente nos conflitos familiares que transparecem sentimentos como: hostilidade, vingança, depressão, ansiedade, arrependimento, ódio, mágoa etc., dificultando a comunicação entre os mediados. Quase sempre, durante uma crise, os parentes não conseguem conversar de forma ordenada e pacífica para resolver suas controvérsias.(SALES e VASCONCELOS, 2005, p.3 e 5)

Desta forma, é preciso analisar minuciosamente e entender qual é o conflito que está barrando o inventário amigável. A partir do momento em que buscarmos entender o porquê da discussão e percebermos o quanto estamos atrasando não só o judiciário, como também a vida dos herdeiros, realizaremos mais as audiências de mediação, pois ela é sim o método mais adequado para solucionar o inventário, bem como os demais conflitos familiares.

O processo de inventário e partilha é extremamente burocrático, oneroso e se delonga por vários anos, descumprindo o princípio da celeridade processual.

Ao apreciar todas as obras, como por exemplo a de Fernanda Tartuce, Maria Berenice Dias, Paulo Márcio Reis Santos e Samantha Caroline Ferreira Moreira, consegue-se enxergar que os métodos alternativos devem ser inseridos cada vez mais nos processos de Direito de Sucessões, em especial no inventário, pois é um dos procedimentos mais delicados e burocráticos que existe. Com isso, a ação de inventário, por exemplo, que poderia vir a demorar anos para ser resolvido judicialmente, pode ser tratado de forma mais madura e em tempo menor com a mediação.

Ante a morosidade dos processos judiciais, bem como a delicadeza auferida nos processos de Direito de Sucessões, é necessária a inclusão das audiências de mediação como método mais eficaz para a solução desses conflitos. Só assim ocorrerá um inventário mais simples, mais rápido e principalmente menos sofrido para os familiares envolvidos.

Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa) [...]. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem.[...] A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação. (WARAT, 2004, p. 26)

Desta forma, a maior eficácia da mediação se refere ao trabalho que é realizado, não somente sobre o conflito trazido, mas fundamentalmente sobre a relação interpessoal ou familiar em essência. A mediação

contribui para que as próprias pessoas envolvidas tenham condições de autonomamente solucionarem os conflitos advindos da sucessão, trazendo assim paz para a família.

5 CONCLUSÃO

Discutiu-se ao longo do artigo os desafios a serem enfrentados no ramo do direito de sucessões. Infelizmente a cultura brasileira do litigio ainda influencia na hora de realizar-se o inventário.

O conflito é inerente às relações familiares. É claro que toda família não possui somente momentos de alegrias, diversões e festas, há quase sempre uma discussão, mágoas e afins. Logo o processo de inventário tem que ser tratado da melhor maneira possível, com extrema cautela.

Como dito anteriormente, o inventário já é um processo que causa temor em diversas famílias. É um processo que perdura por tanto tempo e que leva junto com ele as angustias familiares. Com certeza, é um sofrimento.

Não é o judiciário que deve impor como deverá ser feita a partilha, pois antes de se chegar à discussão sobre a partilha, deve-se primeiro analisar o conflito obscuro ali presente. Tem que analisar o motivo pelo qual os herdeiros não chegaram a um consenso, e somente a mediação é capaz de descobrir essa verdadeira causa.

Certos inventários se delongam na justiça por esses conflitos, mágoas entre os herdeiros, que o Juiz ao analisar o processo não consegue compreender, por isso a mediação é tão importante.

A mediação vai restabelecer o diálogo entre os herdeiros, propiciando o bom relacionamento , curando as feridas deixadas pelos desentendimentos e pondo fim de forma rápida ao processo de inventário e partilha. Estamos falando então, da mais vantajosa opção de solucionar o conflito de sucessões, aplicável também para qualquer outro ramo do Direito.

As audiências de mediação tem papel importantíssimo em busca da mudança de cultura do litígio. Os instrumentadores do Direito, devemos apoia-las intensamente pois todos os envolvidos saem ganhando

nesse procedimento. Não existirá perdedor, mágoas, delongas, ressentimentos e o principal não existirá entes familiares brigados por herança.

Apesar de ser uma mudança longa, espera-se que a utilização dos métodos auto- compositivos, mas principalmente da mediação, sejam cada vez mais difundidos na sociedade brasileira, contribuindo assim para a prosperidade da cultura da paz e do diálogo.

Essa é a tendência no ramo do Direito, chamada nova era advocatícia. A mediação está vindo em peso, bem como as outras formas de soluções de conflitos amigáveis. Quem não aceita-las, vai ser ultrapassado. A nova era do Direito é a mediação, ela é o futuro bem próximo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, MERCEDES FERREIRA e SOBRINHO, AFONSO SOARES DE OLIVEIRA. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília | v. 3 | n. 1. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Portal da Legislação do Palácio do Planalto. Brasília. 2007.

CARNEIRO, PAULO CÉSAR PINHEIRO. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. Rio de Janeiro, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Relatório analítico.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Mediação Humanizada :**

um projeto singular da Defensoria Pública de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2015.

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11ª Edição Revista.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. **A mediação no confronto entre direitos e deveres**. 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem**. 2003.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** V. 7.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Mediação: uma nova ordem social**.2016.

MENDES, Juliana Rielli Silveira D'Angeles e VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **Formas de resolução de conflito: da cultura da sentença à da pacificação social no sistema judiciário brasileiro.** Santo Ângelo/RS. v. 08. n. 16. jul./dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição especial de Mediação**. 2012.

MONTEIRO SILVA, JAÍRA e MUNIZ DE SOUZA CRUZ, VIRGÍNIA. **A mediação como método de tratamento adequado ao processo de inventário e partilha**. 14/08/2019. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **A Eficiência da prestação jurisdicional e o códigode processo civil**- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MOTTA, M. A. P. **Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família**. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2000.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora.

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das sucessões – Parte I - Da mediação**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. VI - Direito Das Sucessões** - 24ª Ed. 2018.

PRESIDÊNCIA. **Resolução nº 125/2010**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2010. http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf

PRESIDÊNCIA. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2009. 1ª Edição.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**; São Paulo, SP: Ágora, 2006.

SALES, LILIA MAIA DE MORAIS e VASCONCELOS, MÔNICA CARVALHO. **A família na contemporaneidade e a mediação familiar**.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **A eficiente solução de litígios: uma proposta a partir da análise econômica do direito e dos meios alternativos de solução de conflitos.** In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., Aracaju/SE. **Anais...** Aracaju/SE: CONPEDI, 3 a 6 de junho de 2015. p. 86-106. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/6l9jk46k/Wjh892jI24G-6VsA1. pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. (In)**Efetividade da tutela jurisdicional e tempo econômico: um estudo com base na Análise Econômica do Direito**. In: CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa/PB. **Anais...** João Pessoa/PB: CONPEDI, 5 a 8 de novembro de 2014. p. 25-49.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/ artigos/?cod=02f83d35779d1914>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de Família**. Minas Gerais: Del Rey, 1999.

SIMÕES GOULAR, LEANDRO HENRIQUE. SANTOS, DOUGLERSON. **A** obrigatoriedade da mediação incidental à luz da reforma do código de processo civil.Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=803

VIEIRA, Geraldo da Silva e MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Institutos fundamentais de direito processual civil e o constitucionalismo democrático brasileiro**, Belo Horizonte, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO AO PROCESSO JUSTO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO: ENTRE A CELERIDADE PROCESSUAL E A DESIGUALDADE DIGITAL, O TRATAMENTO MARGINAL DOS EXCLUÍDOS DIGITALMENTE.

Luciane Mara Correa Gomes

INTRODUÇÃO

O legislador constituinte, ao se comprometer constitucionalmente com a garantia ao processo justo e a inafastabilidade da prestação jurisdicional, em 1988, tinha o compromisso de trazer a toda extensão territorial pátria estruturas que pudessem promover políticas de adequação ao acesso à Justiça como a acessibilidade por parte dos indivíduos, a cultura para o desenvolvimento em paridade de armas dos processos comunicativos dentro do sistema procedimental, a segurança na operacionalidade dos tribunais para desempenhar suas funções institucionais de modo idêntico do Acre até o Rio Grande do Sul sem fomentar qualquer mecanismo de desigualdade social entre os indivíduos que viessem buscar na prestação jurisdicional o termo para os seus conflitos

sócios jurídicos e que o Poder Judiciário passasse a ter em seus quadros os recursos humanos necessários a desempenhar suas competências de forma adequada. O grande anseio por ventos modernos sopravam sob o país em sua reorganização democrática após um intervalo de duas décadas sob a mesma carta constitucional.

Com a possibilidade de garantia da eficácia dos direitos fundamentais oriundos do novo texto constitucional, o volume de litígios foi acumulando um acervo processual que culminou na explosão da taxa de contingenciamento, conduzindo o legislador a implantar o processo eletrônico, como meio de imprimir na infraestrutura do campo judiciário, estratégias para que suas respostas àquelas celeumas pudessem ser tempestivas, eficazes e céleres, pois, face ao monopólio estatal da jurisdição, o Estado mostrava-se fragilizado. A inspiração legislativa de meios para otimizar a prestação estatal chegou ao Brasil no ano de 2006, com advento do processo eletrônico para impulsionar o procedimento por meio virtual sem que fosse exigido dos tribunais um espaço físico cada vez maior para o armazenamento dos volumes de processos, um efetivo maior de servidores do poder judiciário para dar andamento a estes feitos e um custo financeiro crescente para a materialização destes conflitos.

Se num ponto há a necessidade de desenvolver novas tecnologias para aplicação no campo judiciário, esta padronização deve acolher a todo país, exigindo o fomento de políticas públicas judiciárias para uniformização da prática de atos processuais desmaterializados, sob pena de dar azo a uma modalidade de segregação que é inerente à utilização dos métodos virtuais de solução de demandas. O Brasil, no ano de 2005, por dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), contabilizava uma nova categoria de pessoas à margem do desenvolvimento: os excluídos digitalmente. Pessoas desprovidas do acesso à rede mundial de computadores, à época da edição da legislação que instituía o processo eletrônico no país, totalizavam 4,5 milhões e, no ano de 2018, este número atinge 45,960 milhões, o que corresponde a 25% da população brasileira.

Diante deste quadro, o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado eficiente para o beneficiário da prestação juris-

dicional ao fixar regulamentos no que tange ao processo eletrônico e à ineficiência da infraestrutura, considerando que há políticas públicas destinadas a inserir o processo eletrônico com o fim de alcançar a celeridade processual. Noutro polo, não há por parte do Poder Executivo a iniciativa de dotar a população com programas destinados à inclusão digital, o que torna desprestigiado o desforço promovido por uma das esferas da república impulsionar o alcance constitucional da garantia ao processo eletrônico justo. Este é cenário contextualizado do Brasil onde se desenvolve o acesso à prestação jurisdicional por meio eletrônico.

A pesquisa se ocupa em identificar hipóteses para redução das barreiras econômicas que evidenciam a desigualdade entre as partes, pois diante de partes que não estão materialmente iguais o processo não terá condições de ser justo e esta condição está explícita a partir dos dados estatísticos obtidos na pesquisa desenvolvida pelo IBGE anteriormente citada. Esta impossibilidade de acesso ao sistema de telecomunicações por um quarto da população brasileira é capaz de reproduzir mecanismos de desigualdade a ponto de violar a previsão constitucional de acesso à justiça e, nesta linha de argumentos, a proteção que é conferida no plano internacional pela Convenção Americana, não é contemplada e se reproduz na esfera interna, com a normatização da preferência ao processo eletrônico no contexto sociológico apontado, cujo exercício estará material e formalmente inapropriado.

É possível considerar que a questão não está adstrita à concessão de recurso ao jurisdicionado que se encontra excluído digitalmente. É necessário planejar que o acesso ao processo eletrônico traduz a unidade de sistemas de acessibilidade entre os tribunais pátrios e a viabilidade igualitária à rede de telecomunicações, o que atenderia a normatividade posta pela codificação processual civil brasileira, sem confrontar com a Constituição Federal no que diz respeito ao acesso à prestação jurisdicional, sob o ponto de vista técnico. A pesquisa busca obter a solução adequada para o problema apresentado, demonstrando que o processo eletrônico que amplia a desigualdade causada pela exclusão digital não é um processo justo, especificamente identificando por meio da parcela da população é que atingida por esta implantação o prejuízo decorrente do mecanismo que torna a prestação jurisdicio-

nal célere e avaliar se a desigualdade material causada pelo meio digital afeta o conteúdo da expressão processo justo.

O estudo tem metodologia qualitativa, pautando a estrutura do trabalho em revisão bibliográfica em Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni e Humberto Dalla Bernardina de Pinho, contando ainda com a análise de dados estatísticos gerados pelo Projeto Justiça em Números com a produção do campo judiciário no ano de 2020, gerido pelo Conselho Nacional de Justiça, com recorte de conteúdo na observação dos dados colhidos na justiça estadual durante o ano de 2019, incluindo os juizados especiais cíveis.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ACESSO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DIGITAL OMO GARANTIA DE CELERIDADE PROCESSUAL

A prática de atos processuais por meio digital foi implantada no Brasil para atender a urgência da redução de custo operacional causado pelo volume de processos físicos que reclamam não só o espaço geográfico para o seu armazenamento como também o aumento no quantitativo de recursos humanos para a movimentação cartorária e a realização de atos processuais. Neste contexto, cabe avaliar que se o poder público não assegura que os interessados no litígio possam manejá-los em igualdade de armas, considerando que no Brasil 25% da população não possui, não tem conhecimento ou não utiliza um computador, está este grupamento despreparado para a atuação participativa no Poder Judiciário por conta de uma desarmonia causada pelo ordenamento infraconstitucional que colide com a garantia constitucional ao processo justo.

O ponto central para avaliar a fragilidade do grupo vulnerabilizado pela exclusão é conceber mecanismos de superação desta barreira de acesso. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, p. 421) considera que à medida que o tempo transcorrer, estas barreiras de acesso serão superadas pelos jurisdicionados, uma vez que simplificada a tramitação, esta se faz econômica para a sociedade como um todo, não obstante a necessidade de se investir em educação digital. Tomando esta diretriz como condutora à solução do problema de acesso digital ao processo, haverá redução na desigualdade causada pela exclusão digital

e, por consequência, haverá a predominância do processo virtual, contribuindo para o acesso de todos a uma ordem jurídica justa.

Sob este prisma cabe trazer à pesquisa a contribuição crítica feita por Leonardo Greco (2015, p.315), por ocasião da implantação do processo eletrônico, ao observar o resultado prático desta desmaterialização e a exigência de um aparato tecnológico eficaz para que a ausência de condições materiais não viesse comprometer a qualidade do acesso à prestação jurisdicional eletrônica. Sua atenção foi voltada aos assistidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Como patrocinadora de demandas da camada mais vulnerável economicamente nesta unidade federativa, a Defensoria é a titular de mais da metade dos processos existentes e, neste caso, a falta de equipamentos suficientes para a prática do ato processual por meio eletrônico, também se tornaria um impasse na sua realização.

Esta preocupação também compartilhada por Cassio Scarpinella Bueno (2015, p.168), em igual sentido, mas que amplia este acesso marginal à prestação jurisdicional virtual também "às pessoas portadoras de deficiência no tocante a acessibilidade aos seus sites na internet, ao meio eletrônico de prática e de comunicação dos autos processuais e à assinatura eletrônica", ressaltando o prejuízo causado com a falta de disponibilização de sistemas por parte das unidades do Poder Judiciário. Então, a conclusão a que se chega é que o processo eletrônico quando fomenta a desigualdade traduz a ineficiência do campo judiciário em dar efetividade às normas procedimentais criadas pelo Poder Legislativo e que não planejadas de forma abrangente a todos os usuários do serviço público judiciário.

Ao adotar estas duas críticas no que tange à problemática de acesso marginal à prestação jurisdicional desmaterializada, como necessárias para elucidar o que tem valor maior como garantia processual para estrutura do campo judiciário, é chamada a reflexão a despeito da melhor acomodação para o interesse coletivo, ou seja, deve o Estado primar pela satisfatividade de uma resposta célere para a demanda proposta ou considerar que os vulneráveis precisam se adequar a norma posta sem que o campo judiciário participe neste projeto de adequação igualitária ao processo virtual. Um recorte pontual è reflexão aqui proposta está

apontada para a redistribuição de encargos no processo eletrônico, em especial no que tange à comunicação e a prática de atos processuais, descentralizando dos serventuários estas tarefas, atualmente, delegadas aos interessados.

Um dado trazido à pesquisa é a hipótese ventilada por Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, p. 422) é a meta a que se destina o processo eletrônico como meio de resolução célere do litígio. Para o autor, esta distribuição de encargos irá agilizar as fases processuais e com esta celeridade, não será onerado o serviço público judiciário com a recorrente repetição de atos não praticados ou com arguição de invalidados, ou seja, o valor das custas judiciais será reduzido, já que a prática ao ser delegada às partes envolvidas no conflito, impondo a estas o encargo patrimonial desta tarefa e ainda reduz o volume de trabalho dos funcionários da serventia. Considerando o interesse direto das partes na realização dos atos de comunicação e sua prática, haverá a redução do custo financeiro das demandas com a redistribuição de encargos processuais, com a consequência lógica, de resolução do conflito de modo mais célere.

Nesta proposta é possível apontar que o contínuo avanço tecnológico está vinculado à acessibilidade das informações e esta necessidade é evidente no processo judicial. Assim como ocorreu no passado com as correspondências, livros e jornais. Se de um lado se propõe a uniformização do processo digital em todas as esferas do campo judiciário, a sua eficiência possa ser sentida como meio de conferir celeridade a prestação jurisdicional. Na outra ponta, como salienta José Miguel Garcia Medina (2015, p. 333), permitir tal prejuízo traduz em violação de convenção internacional ratificada pelo Brasil, destinada a proteção da dignidade enquanto pessoa humana, cujo dever é de assegurar o acesso a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação.

É possível asseverar que existe a quebra na isonomia entre os litigantes num primeiro momento e o descumprimento pelo Estado das suas convenções e normativas, desrespeitando as garantias processuais constitucionais, perpetuando signos de desigualdade, no momento em que é evidente a ausência de um sistema capaz de garantir a igualdade a todos. Este relevo sobre a deficiente estrutura do Poder Judiciário

para garantir o acesso ao processo eletrônico a todos os jurisdicionados aponta a postura omissiva estatal, fomentando a disparidade de armas, o que põe em prejuízo o pretenso desafogamento do campo judiciário para entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável.

3. INDICATIVOS DO TRATAMENTO DESIGUAL AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS NA ESFERA DO PROCESSO ELETRÔNICO

O processo eletrônico foi constituído pelo Estado para resolver um problema decorrente da morosidade judiciária, com um acervo maior de litígios, o campo judiciário não se habilitou a apresentar soluções céleres para a tramitação simultânea deste volume. Considerando que o objetivo da prestação jurisdicional é a tempestividade, que indicia a eficácia da decisão emitida e que atende de forma adequada o conflito, a hipótese de redistribuição dos trabalhos burocráticos entre os participantes do processo denota o descumprimento estatal na capacidade de melhor atenção ao serviço público judicial. Este posicionamento é assumido com base na crítica formulada por Antonio José Carvalho da Silva Filho (CUNHA, BOCHENEK, CAMBI, 2015, p. 416/417), o que conduz a reflexão de que a redistribuição destas tarefas aponta para a desigualdade entre os litigantes. Pode ser observado neste processo de desmaterialização dos atos processuais que uma espécie de desigualdade começa a despontar que é a incapacidade de acesso ao meio eletrônico para prática de atos judiciais, de comunicação eletrônica e de assinatura eletrônica.

Nesta esteira, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart Cruz e Daniel Mitidiero (2015, p. 248) esclarecem que a inexistência de condições técnicas e estruturais para estar em juízo por meio digital irá evidenciar a violação da paridade de tratamento. Segundo os autores, a inexistência de acessibilidade rompe com o princípio da igualdade, o que contrasta com os princípios constitucionais inerentes aos serviços públicos, ou seja, promover a sua entrega com a observância do atendimento a maior gama de indivíduos, sem a criação de barreiras que possam incidir em mecanismos discriminatórios ou atentatórios à dignidade da pessoa humana.

A exigência igualitária de condições mínimas e necessárias para enfrentar as dificuldades decorrentes das diversidades culturais, sociais e estruturais é precípua para que o Estado não venha a falhar na concessão do acesso à justiça e, com isto, garantir a celeridade processual, como também assegura o respeito à segurança jurídica e ao processo ético. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, p. 448) ressalta que este respeito à ética processual e de colaboração entre os sujeitos do processo encontra equilíbrio na garantia da paridade de armas e, como sendo coordenado pelo juiz, está no núcleo central da legislação que regulamenta o processo eletrônico e o processo civil. Esta segurança é pautada também na questão das constantes modificações e avanços existentes no campo das tecnologias da informação e que serão necessários para a manutenção do processo judicial eletrônico, sem que causem alterações dos sistemas processuais.

Nesta linha de argumento, Humberto Theodoro Junior (2015, p. 477) pondera que o Conselho Nacional de Justiça disciplina a incorporação progressiva dos novos avanços tecnológicos, não se tornando ultrapassado, pois serão modificados quando da necessidade de sua modernização. Além disto, indica que o Poder Judiciário não adotou as medidas necessárias para a falta de acesso às novas tecnologias, replicando métodos de desigualdades, o que não é aceitável. É fato que são questionamentos para os quais ainda na há uma resposta correta, todavia, são campos de atuação que influenciam toda a sociedade havendo condições e condutas para as quais não se estruturou e ajustes que são necessários sob pena de se incidir em velhos erros.

O estudo da paridade de armas no que diz respeito ao processo virtual deve ser a existência de recursos tecnológicos para a sua realização possível e adequado a todos os indivíduos. Dois pontos são relevantes quando se verifica a condição do indivíduo excluído digitalmente que necessita recorrer ao órgão judiciário. De um lado há a exigência estatal de que a tramitação processo será feita pela via desmaterializada com vias a garantir uma prestação jurisdicional mais célere, mais econômica e menos burocratizada. No outro polo, existe a obrigação de concessão de meios objetivos ao acesso virtual, isto se deve ao fato de que o Estado não uniformizou o acesso ao processo eletrônico dentro das esferas do campo judiciário. O instrumento regulamentador

existente no Brasil foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 185, que é anterior ao Código de Processo Civil e estabelece critérios materiais para a instalação de ambiente adequado ao processo eletrônico, com computadores, sistema de informática, *scanners*, equipe técnica hábil para auxiliar na prática de atos processuais por meio eletrônico. Na ausência de tais insumos materiais e de recursos humanos, preconiza o ato que o órgão judiciário poderá delegar a gestão de processos.

É oportuno identificar que o Conselho Nacional de Justiça, desde a sua criação, vem se estruturando para o desenvolvimento dos métodos de resolução da crise do Poder Judiciário. No entanto, neste singular ponto, não houve a percepção de que uma grande parcela da população não está tecnicamente habilitada a manusear os sistemas do processo eletrônico, seja pela ausência de conhecimento, seja pela restrição que o sistema oferece, através da ampliação de matrizes pelas quais se possam ofertar uma prestação jurisdicional mais célere é o que a doutrina tem inclinado a suscitar, sempre observando que a desigualdade existente se faz tanto por aspectos culturais, quanto por aspectos econômicos. Se por um lado a estrutura judiciária não apresentou soluções ao acúmulo de processos físicos, muito menos não apontou soluções de ordem técnica para extinguir a barreira cultural que existe, principalmente para as camadas que ainda não tem acesso à tecnologia da informação, necessária condição para atingir ao processo eletrônico.

É certo que haverá barreiras interferindo no campo da administração pública e sua adequação à legislação necessita promover canais de adaptação à nova realidade informatizada, sempre com inspirações de um processo mais dinâmico, menos materializado e condizente com a Constituição da República. Se as transformações legislativas foram conexas com os avanços sociais, as modificações inseridas foram alinhadas a organizar a estrutura do campo judiciário, mas nenhuma delas tão profunda quanto à desmaterialização do processo, que importa no prévio preparo dos litigantes e dos agentes envolvidos.

O estudo conduzido pela Fundação Getulio Vargas (2003, p. 27), que aborda o retrato social da inclusão digital doméstica aponta que a grande maioria da população não dispõe de computadores nos seus do-

micílios e de uma parcela ainda maior ser excluída da internet, adotando o seguinte recorte são domiciliados na área urbanizada, brancos, católicos, solteiros e não contribuintes da previdência social. A concentração é maior nos estados da região sudeste. A base desta pesquisa é o banco de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do ano de 2001, com levantamento do Censo Demográfico 2000 pelo IBGE e o resulta aponta a discrepância dentro de atributos sócio-demográficos. Os resultados formulam a comparação de acesso para tecnologias mais avançadas, como internet, o acesso às tecnologias de informação e comunicação revela *apartheids* racial e digital, ainda que os indivíduos estejam nas mesmas condições de educação e tipo de emprego.

Este resultado repercute no acesso à disponibilidade de mecanismos de acessibilidade no campo judiciário, o que irá fomentar o retrocesso, uma vez que o tratamento desigual ocorrido com a limitação de utilização dos sistemas de prática de atos processuais por meio eletrônico não deveria ser uma hipótese a ser ponderada pelo juiz, mas sim pelo Conselho Nacional de Justiça, uma vez que as políticas públicas judiciárias estão inseridas nas suas atividades primordiais e a eficácia dos processos eletrônicos, como meio de conferir ao processo uma razoável duração, como indicativo de eficiência da esfera judiciária.

4. O IMPACTO DA EXCLUSÃO DIGITAL NO ÂMBITO DO CAMPO JUDICIÁRIO E O ASPECTO DA CELERIDADE PROCESSUAL COMO MOTIVO DETERMINANTE PARA A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO VIRTUAL.

O trabalho passa a avaliar os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, para o ano de 2019, divulgados no Projeto Justiça em Números 2020, para compreender o impacto da exclusão digital no campo judiciário para avaliar se a implantação do processo eletrônico causa o afastamento dos indivíduos. Para tanto, o recorte é feito para observar o primeiro grau de jurisdição, feitos de natureza cível, incluindo os juizados especiais, da justiça estadual, por ser a unidade jurisdicional com maior volume de demandas distribuídas e que ainda possui o sistema de processo híbrido.

A estrutura da justiça estadual brasileira é composta por 14.877 unidades judiciárias, que são divididas em 9.627 unidades na justiça estadual, deste montante, 8.348 são varas e 1.279 juizados e, para orientar a pesquisa, cabe avaliar o quadro de recursos humanos, distribuído dentre as unidades judiciárias, responsável pela circulação da carga de trabalho. Com 12.472 magistrados e 174.487 servidores, sendo 148.303 são efetivos; 9.745 cedidos ou requisitados e 16.439 sem vínculo efetivo e 115.897 auxiliares, responsável por movimentar 17.136.250 casos novos, no ano de 2019, na esfera não criminal. Neste período foram julgados 20.148.591 casos e baixados 19.373.744 feitos, resultando num acervo de 44.454.514 processos.

Cumpre nortear a pesquisa com a avaliação do tempo de tramitação de uma lide, para que se possa ponderar a eficácia do processo eletrônico. A princípio, o tempo gasto para a prolatação de uma sentença, desde a sua distribuição, é de, em média, 1 ano e 11 meses na fase de conhecimento do primeiro grau de jurisdição, enquanto que na fase de execução, 5 anos e 8 meses. Nesta mesma proporção, quando a leitura dos dados estatísticos é dos processos em sede de juizados especiais há redução de tempo para a prolatação da sentença, pois na fase de conhecimento passa para 10 meses e na de execução reduz para um ano.

Considerando estes pontos, a justiça estadual brasileira recebeu, no ano de 2019, 19.579.314 casos novos; sendo no primeiro grau, 11.555.694 e 4.834.977, nos juizados especiais cíveis. Avaliando que em fase de conhecimento, apenas considerando os feitos de natureza não criminal foram distribuídos 5.553.623 em fase de conhecimento e 4.444.914 no rito de execução. Em se tratando de juizados especiais cíveis, estes números se apresentam da seguinte forma: no conhecimento, 3.514.142 e no de execução reduz para 1.031.689. No ano de 2019, foram proferidas 22.954.470 sentenças onde 8.066.485 foram produzidas em fase de conhecimento e 4.244.259 em fase de execução e, no mesmo período, nos juizados especiais cíveis foram proferidas 4.250.744 sentenças na fase de conhecimento e 1.082.134 na fase de execução, com 22.269.043 casos com a baixa definitiva, representando a consolidação da prestação jurisdicional Deste acervo, 13.412.061 processos em primeiro grau de jurisdição, sendo na fase de conheci-

mento 7.026.424 e na fase de execução 4.606.953 apenas os feitos de natureza não criminal. Esta perspectiva, no âmbito dos juizados especiais passa para 4.077.715 na fase de conhecimento e 1.055.365 na execução. A conclusão advinda dos indicadores de gestão aponta que 83% dos processos em tramitação na justiça estadual são por meio eletrônico, o que afasta a hipótese de atribuir a demora na entrega da prestação jurisdicional ao manejo de volume físico.

5. CONCLUSÃO

O acesso aos processos eletrônicos importa numa realidade trazida ao pleno funcionamento dos Tribunais de Justiça, traz preocupações concernentes quanto à sua estrutura, já que sua adoção é uma das ferramentas do Poder Judiciário para conferir eficácia ao direito fundamental da razoável duração do processo. É possível considerar que há reflexos sobre a adaptação à nova realidade informatizada e com inspirações de um processo mais dinâmico, menos materializado e condizente com a Constituição da República.

A avaliação do princípio da razoável duração do processo num ambiente digital traz à luz que a problemática do quadro de pessoal pertencente ao Poder Judiciário., com a composição total de 450.175 pessoas e a sua distribuição aponta para uma maior concentração desta equipe na justiça estadual, que contém 12.472 magistrados, 174.487 servidores, 159.896 auxiliares, entre terceirizados; os estagiários, conciliadores, voluntários, juízes leigos, trabalhadores de serventias privatizados, todos atuando em contribuição aos indicadores de gestão de forma diligente, no que diz respeito ao planejamento estratégico traçado para atender os múltiplos segmentos de justiça.

É cabível considerar que os processos em fase de execução contribuem, em grande parte, para a manutenção do perfil de morosidade, pois o Poder Judiciário, com um acervo de 79 milhões de processos pendentes possui, retém na fase de execução, 54,2% deste volume, isto é, não há satisfatividade da prestação jurisdicional. O volume médio de ações, no ano de 2019, evidencia que a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 buscaram o aceso à justiça, importando assinalar que a estrutura judiciária está em plena modernização para acompanhar as

demandas sociojurídicas, recorrendo a utilização de processos judiciais eletrônicos, mas que ainda vivencia entraves á gestão estratégica do campo judiciário e, consequentemente, influenciando o resultado final de razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

BUENO, Casio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. (coordenador geral). BACHENEK, Antonio Cesar. CAMBI, Eduardo. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil.** Introdução do Direito Processual Civil. Volume I. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, JOSÉ Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERI, Marcelo Côrtes. (Coord.) **Mapa da exclusão digital**. Rio de Janeiro: FGV/IBGE, CPS, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo. Volume I: teoria geral do processo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processo civil.** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56ª. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANÁLISE COMPARATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Luana Silva de Mello
Thiago Braga Dantas

INTRODUÇÃO

A garantia da razoável duração do processo foi inserida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, garantindo-se aos cidadãos brasileiros a sua incidência em âmbito judicial e administrativo, consoante art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Não se pode, todavia, interpretar processo em tempo razoável como sinônimo de processo célere, uma vez que garantias constitucionais, como o devido processo legal, não podem ser suprimidas para que outras sejam concretizadas. Sobre o confronto existente entre segurança jurídica e efetividade processual, concluiu Carne-

lutti (1958, p. 154.): "Se a justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura."

Frente a isso, o presente artigo estuda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto à indenização concedida às partes processuais pela demora indevida na prestação jurisdicional, isto é, como a Corte Superior afere a violação da garantia à razoável duração processual bem como os meios que são utilizados para tal fim.

Ao mesmo tempo, são explanados os critérios objetivos utilizados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos para constatar a irrazoável duração processual nas demandas apresentadas à Corte, quais sejam, a) a complexidade da causa; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e c) a atuação do órgão jurisdicional.

Para que fosse possível identificar a forma como cada Corte trata o tema, utilizou-se o Direito Comparado, além da realização de análises em casos concretos examinados pelas elas.

Por meio deles, pode-se apontar, de forma preliminar, que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) possui entendimento consolidado sobre o assunto, tendo proferido várias sentenças condenatórias, ao longo dos anos, responsabilizando os Estados pela demora na prestação jurisdicional, razão pela qual fora escolhida como paradigma para a análise comparativa pretendida.

Lado outro, no Brasil, a matéria ainda se encontra em desenvolvimento, uma vez que há pouca discussão na doutrina, assim como poucos julgados proferidos pelo STJ no sentido de responsabilizar o Estado por tal violação. Logo, a presente pesquisa possui relevância teórica na medida em que destaca casos concretos na jurisprudência brasileira e os estudos doutrinários existentes sobre a matéria, com o aporte jurisprudencial da CEDH.

DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A garantia à razoável duração do processo ganhou disposição normativa em tratados internacionais, pela primeira vez, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 1950, a partir da assinatura da CEDH. Os países signatários firmaram o compro-

misso de garantir aos seus cidadãos a razoável duração do precesso na prestação jurisdiconal; tal garantia é prevista no art. 6º, 1, da CEDH.

Anos depois, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou Pacto de San José da Costa Rica foi celebrada em 1969, em São José, na Costa Rica, e nele também se dispôs sobre a garantia à rázoavel duração do processo no art. 8º, 1, da CIDH. Em 1992, a República Federativa do Brasil aderiu à Convenção, por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Com a inserção do Pacto no ordenamento jurídico pátrio, a norma prevista em referido tratado internacional passou a ter *status* de supralegalidade.

Após a aderência do Brasil à CIDH, em 30.12.2004, foi publicada a Emenda Constitucional n.º 45/2004. Preleciona Dinamarco (2017, p. 56): "E depois, para cumprimento do compromisso então assumido, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu no capítulo da Constituição Federal referente às garantias de direitos mais essa disposição [...] o art.5º, inc. LXXVIII." Nery Júnior (2013, p. 326) assevera ainda que: "Adotou-se, expressamente, no direito constitucional brasileiro o princípio da duração razoável do processo - judicial e administrativo- e celeridade de sua tramitação."

Parte da doutrina, no entanto, entende que a garantia à razoavel duração do processo, em realidade, não era novidade no ordenamento juridico pátrio, tendo sido assegurada em dispositivos anteriormente formulados:

> O que se busca atualmente é a efetividade do processo civil, mediante a entrega da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável, o que decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art.5º, inc. XXXV, e que foi recentemente reforçado pela redação dada ao inc. LXXVIII do mesmo dispositivo constitucional, por meio da Emenda Constitucional 45/04, que assegura a todos o direito de um processo que tramite de forma célere e dentro de uma razoável duração do tempo. (MANENTE, 2005, p. 500).

E, de forma a seguir os preceitos constitucionais, o Código de

Processo Civil de 2015 (CPC/2015) prevê dispositivos que reafirmam tal princípio, conforme os art. 4º e 139, II.

O direito à razoável duração do processo no Brasil garante às partes tutela jurisdicional adequada sem dilações indevidas de forma que a tutela satisfativa também seja alcançada. Contudo, alerta renomada doutrina que processo célere não é sinônimo de processo rápido, devendo ser respeitado o devido processo legal. É o que aponta Didier Júnior (2017, p. 109): "Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional." E, no mesmo sentido, orienta Theodoro Júnior (2018, p. 109, grifo do autor) ao salientar que: "O que se compreende nas garantias em questão,[...], não é o direito à celeridade processual a qualquer custo, mas a uma duração que seja contida no espaço de tempo necessário para assegurar os meios legais de defesa, evitando 'dilações indevidas' [...]."

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, por meio de sua jurisprudência, definiu critérios objetivos para que se verifique a devida duração do processo:

> E, por isso, consoante posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem, três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Por via de consequência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: a) da complexidade do assunto; b) do comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e c) da atuação do órgão jurisdicional. (TUCCI, 2001, p. 5)

No mesmo entedimento da Corte, renomada doutrina converge no sentido de que a análise do decurso do processo deverá ser regido por critérios objetivos:

> A razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos [...] Esses critérios objetivos são: a)

> a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. (NERY JÚNIOR, 2013, p. 330 e 331).

Os critérios supracitados, tanto pela CEDH quanto pela doutrina, são utilizados para que se analise se o processo tem duração adequada e se conceda às partes a tutela satisfativa desejada. No entanto, tais critérios não são absolutos de modo que devem ser equacionados em cada caso concreto, os quais serão pormenorizadamente analisados a seguir.

DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS PARA AFERIR A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A morosidade na prestação jusrisdicional é situação recorrente no sistema judicário brasileiro, não sendo incomum demandas judiciais em que se demorem anos para conceder às partes tutela jurisdicional adequada. Contudo, aludido problema no sistema judiário brasileiro não lhe é exclusivo, uma vez que países considerados de primeiro mundo, como Alemanha e França, também sofrem do mesmo infortúnio.

Como meio de garantir o cumprimento dos direitos humanos nos países europeus, foi criada a CEDH. Assim, os países signatários ficaram obrigados a incluir no ordenamento jurídico interno formas de garantir aos cidadãos razoável duração do processo na prestação jurisdicional. A eficiência do sistema europeu de proteção aos direitos humanos é considerada a mais avançada, se comparada aos sistemas americano e africano (PIOVESAN, 2013, p. 341).

O êxito do sistema europeu na aferição do prazo razoável para a duração dos feitos processuais se dá pela efetiva aplicação de critérios objetivos adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Os mesmos critérios foram adotados pela Lei Pinto (*Legge Pinto, n.º* 89 de 24.3.2001) para compelir o poder público italiano a in-

denizar as partes processuais por danos morais e patrimoniais causados pela duração exagerada do processo.

Os critérios anteriormente citados podem ser verificados ao longo da vasta jurisprudência do TEDH, conforme consta em sentença proferida no caso *Vallée v. France,* de 26.04.1994, que serão analisados separadamente de modo a explicitar como são aplicados em casos concretos.

Da Complexidade da Causa

A complexidade da causa é ponto de partida para análise de violação à garantia à razoável duração do processo, uma vez que, dependendo das especificidades do caso, a demora na prestação jurisdicional poderá ser justificável. É o que defende Nicolitt (2014, p. 120): "A complexidade da causa, por vezes, poderá justificar certo atraso processual, não obstante, nem todo atraso se justifica pela complexidade da causa. Este aspecto é reiteradas vezes o ponto de partida para a análise da duração razoável por parte do TEDH."

Para caracterizar a complexidade da matéria, primeiramente, o TEDH analisa a natureza e gravidade do fato. Outros pontos como o número de violações ocorridas; número de pessoas envolvidas, acusadas ou vítimas; níveis de jurisdição do Estado e tempo processual permitido pela legislação interna também são considerados. Segundo Sánchez (1992, p.14): "Outro elemento importante a considerar na apuração da complexidade da matéria é a existência ou não de jurisprudência contraditória, ou ainda de súmula editada pelos Tribunais Superiores e, [...] pelo Tribunal Constitucional." O TEDH também aprecia questões exteriores que podem influenciar o feito, é o que acentua Pons (2002, p. 178): "Tratam-se das questões determinadas por situações de economia de mercado, questões políticas ou ainda sociais que repercutam no funcionamento de um órgão estatal ou na atuação do governo, interna ou internacionalmente."

A aplicação do critério da complexidade da causa, realizada pelo TEDH para constatação da demora jurisdicional, pode ser verificada no caso *König v. Germany* de 28.06.1978:

> No caso *König* citado, o lapso temporal de dez anos e dez meses num processo administrativo foi bastante para condenar o Estado alemão a reparar o dano pela violação do art. 6º. 1 da Convenção. O médico E. König teve a licença de funcionamento de sua clínica e sua própria licença médica cassadas pela autoridade municipal. O processo administrativo durou quase onze anos e, posteriormente, o processo judicial civil que apreciou a matéria levou mais sete anos para determinar a sentença. Com base na excessiva duração do processo administrativo e também do processo judicial civil, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou o Estado alemão a indenizar o demandante pela não-prestação da justiça em um prazo razoável. (ANONNI, 2006, p.213).

Podem-se elencar também as sentenças do caso *Billi v. Italy* de 26.02.1993 e caso *Messina v. Italy* de 26.02.1993.

Do Comportamento das Partes

No decorrer da instrução processual é esperado das partes conduta com diligência normal no intuito de evitar dilações indevidas. Todavia, o TEDH diferencia o comportamento das partes em âmbito cível e penal, tendo em vista que em matéria cível as partes devem realizar as diligências esperadas no feito sendo analisado o abuso do direito de defesa e os atos protelatórios, mas em matéria penal não se pode esperar comportamento proativo do acusado, pois não possui interesse em um trâmite processual célere. Tal distinção foi observada por Anonni (2006, p. 223) no caso *Rösslhuber v. Áustria*: "A relevância dessa distinção foi apontada pela Comissão Européia de Direitos Humanos no caso Rösslhuber contra a Áustria. A não-cooperação e até mesmo a atitude de obstaculizar o feito por parte do acusado não podem depor contra ele."

O TEDH entende ainda que, em caso de dilação processual causada por situações imprevisíveis, não há que se falar em atraso na duração do processo em decorrência da conduta dos litigantes:

> Destaca-se que certos fatos, considerados de força maior, não são considerados no cômputo desse prazo, como, por exemplo, a mor-

> te do advogado, de testemunhas, ou mesmo do autor. Contudo, poderá ser considerado excessivo o tempo despendido pela parte na substituição do advogado ou na constituição do inventariante ou seu representante nos autos da ação. (TREPAT, 1997, p. 85).

Frente a isso, Nicolitt (2014) exemplifica casos nos quais é possível observar situações em que resta caracterizada a conduta das partes como causa da indevida dilação processual, como nas hipóteses de adiamento de audiências solicitadas pela parte, caso *Kemmache v. France* de 27.11.1991; fuga do acusado a fim de evitar julgamento, caso *Girolami v. Italy* de 19.02.1991; uso de manobras dilatórias existentes no direito interno, caso *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain* julgado em 07.07.1989, dentre outros.

Da Atuação do Órgão Jurisdicional

A atuação da autoridade judicial é o critério mais utilizado pelo TEDH para aferir a violação à razoável duração do processo. Para a corte, dilações meramente funcionais, como a carência de juízes para julgamento dos casos ou acúmulo de trabalho, não podem ser justificativas para a demora na prestação jurisdicional, uma vez que os Estados, ao aderirem à CEDH, comprometeram-se em garantir o bom andamento do trâmite processual. Tais entendimentos podem ser evidenciados nos casos Muti, de 23.03.1994; Micheli, de 26.02.1993; e Trevisan, de 26.02.1993, todos contra a Itália.

A corte aprecia também outras causas imputadas à autoridade judicial que podem ensejar a dilação irrazoável do processo:

> Quanto à conduta indevida da autoridade judicial, pode-se mencionar, além dos clássicos casos do erro grave e dolo do magistrado ou de qualquer outro agente judiciário:
>
> a) a permissão pela autoridade da estagnação do procedimento;
>
> b) a omissão do magistrado frente à procrastinação do feito por uma das partes;
>
> c) o atraso do processo devido a exigências desnecessárias, como perícias e oitiva de testemunhas sem relevância para o caso;

> d) o próprio não-cumprimento, pela autoridade judicial, dos prazos processuais definidos por lei, o que caracteriza a inércia ou ineficácia do sistema em responder à demanda judicial. (ANONNI, 2006, p. 225).

Em estudos realizados sobre o tema, Schenk (2008) destaca a responsabilidade estatal pela indevida dilação processual no caso *Capuano v. Itália* de 25.06.1987, em que o Estado italiano foi condenado a indenizar a demandante por danos morais e patrimoniais pela demora de mais de dez anos para a realização da análise processual.

A Sra. Capuano ingressou na justiça italiana em 1977 e apenas em 1983 foi prolatada sentença; contudo, as partes contrárias recorreram e até 1987 o tribunal de recursos italiano ainda não havia proferido decisão definitiva sobre o feito. Em meio à demora na prestação jurisdicional, em 1980, a demandante apresentou reclamação junto à CEDH, que reconheceu a violação ao artigo art. 6º, 1, CEDH, por parte do Estado Italiano em 1983. Nota-se que a causa não se tratava de matéria complexa, tampouco restou caracterizada conduta indevida dos litigantes, uma vez que a Sra. Capuano realizou as diligências processuais em tempo hábil, conforme constatou a corte europeia.

As condenações dos estados europeus por conduta indevida do órgão jurisdicional também podem ser analisadas por meio da vasta jurisprudência da CEDH ao longo dos anos, podendo ser citados como exemplos, os casos *Clerc. v. France* de 26.04.1990*; Laino v. Italy* de 24.08.1993; *Guincho v. Portugal* de 10.07.1984; *Zimmermann and Steiner v. Suíça* de 13.07.1983; *Lechner and Hess v. Áustria* de 23.04.1987 (KOEHLER,2015). Em todos os casos, a atitude da autoridade ou órgão judicial contribuiu para a dilação irrazoável do prazo processual, sendo os Estados demandados obrigados a indenizar as partes envolvidas no feito.

DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ NOS CASOS DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À RAZOAVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Primeiramente, antes de ser abordado o tema objeto de análise, fazem-se necessárias considerações sobre a responsabilidade

estatal por atos judiciais, tendo em vista que, apesar da condenação estatal por demora indevida na prestação jurisdicional ser matéria pacífica tanto em doutrina estrangeira quanto na jurisprudência do TEDH, no Brasil, tal assunto ainda encontra divergência doutrinária e jurisprudencial, visto que parte da doutrina entende pela irresponsabilidade:

> Para aqueles adeptos a teoria da irresponsabilidade estatal, utilizam dos seguintes argumentos:
>
> 1.O Poder Judiciário é soberano;
>
> 2.Os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
>
> 3.O magistrado não é funcionário público;
>
> 4.A indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei. (DI PIETRO, 2019, p. 1485).

No mesmo sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 70.121-MG, de 13/10/1971, quando acentuou que "O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania." Ainda no mesmo entendimento, julgamentos proferidos na RTJ 39/190, 56/273, 59/782, 94/423.

Referidos argumentos não são absolutos, pois parte da doutrina adotou a teoria da responsabilidade estatal, esclarecendo-se que:

> 1.Nenhum poder é soberano de forma incontrastável. Trata-se o Judiciário de poder constituído, que se submete à Constituição;
>
> 2.Não há que se falar em violação da independência judicial, pois não se trata de responsabilidade pessoal do juiz, mas de responsabilidade do Estado Judicial. Ora, o juiz só responde

> pessoalmente se houver dolo ou fraude. O Juiz decide de acordo com sua consciência;
>
> 3.O juiz é agente público que exerce atividade específica própria e monopolizada pelo Estado. Ora, se o executivo pode ensejar responsabilidade do Estado, por que o ato do juiz não pode ensejar a responsabilidade do Estado?
>
> 4.A coisa julgada tem valor importante, mas não se pode dizer que a segurança jurídica deve prevalecer acima de qualquer coisa, mesmo que a mais absurda. A segurança jurídica não é o único elemento que deve prevalecer. Não se pode, por exemplo, manter um inocente preso de acordo apenas com a necessidade de se manter a segurança jurídica daquilo que já foi decidido com força de coisa julgada. (SILVA, 2019, p. 117).

Não obstante a falta de consenso sobre o assunto, existe posição doutrinária majoritária no que tange à responsabilidade estatal por erro judiciário, previsto no art. 630, CPP e art. 5º, LXXV,CF/88.É o que elucida Cavalieri Filho (2014, p.323): "Por *erro judiciário* deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional." Acrescenta ainda Di Pietro (2019, p. 1486): "Neste último caso, dúvida inexiste quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do CPP e, agora, no artigo 5º, LXXV, da Constituição [...]."

Tal entendimento também é consolidado na jurisprudência das Cortes superiores: STF[25] (ARE: 756753) e STJ[26] (Resp: 253674 SP 2000/0030970-2).

25 No mesmo entendimento podem ser citados os julgados do STF, AI 803.831-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª. Turma, DJe 16.05.2013; RE 553.637/ED-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 25.09.2009. Podem, ainda, ser citados, na mesma esteira: RE 553.637 ED/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 04.08.2009, e RE 219.117/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999.

26 No mesmo sentido pode ser citada jurisprudência do STJ, AResp:4998, Rel. Min. Humberto Martins, data da publicação: DJ 28/04/2011; STJ: Resp: 1243516 SP 2011/0059450-3, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJ: 22/09/2016, data da publicação: 30/09/2016.

Feitas supracitadas considerações, percebe-se que concernente à condenação do Estado por violação à garantia da razoável duração do processo, existe tímida discussão sobre o assunto na doutrina brasileira assim como entendimento ainda não consolidado na jurisprudência pátria. No entanto, é possível constatar nas obras sobre o tema dois sistemas que podem ser usados para aferir a razoável duração do processo, quais sejam, o vinculativo, em que a aferição se pauta pelos prazos processuais previstos em lei e o discricionário, por meio do qual são levados em conta os critérios já destacados.

Também aponta Mazzei (2006, p. 524 e 525): "É importante salientar que a questão da duração razoável do processo não é uma questão nova, sendo objeto de estudos por diversos juristas em todo o mundo, razão pela qual não deve desprezar as experiências já ultimadas." Lopes (2006, p. 481), acrescenta ainda que: "A técnica adotada tem por escopo, justamente, permitir interpretação flexível pelo juiz, ajustada a natureza e circunstância de cada processo."

A CIDH e o TEDH utilizam o sistema discricionário para apreciar a razoável duração do processo. "Assim, não diferente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana também adotou critérios objetivos de interpretação para melhor analisar os casos, cujas denúncias indiquem a violação do direito à prestação da justiça em um prazo razoável." (ANONNI, 2006, p. 230). Logo não seria surpresa se em entendimento jurisprudencial as cortes brasileiras adotassem o sistema discricionário, visto que é o sistema adotado por muitas cortes internacionais, bem como pela CIDH, da qual o Brasil é signatário.

Não obstante a jurisprudência firmada pelo STF e STJ no sentido de não responsabilizar o Estado por atos do Poder Judiciário - conforme explanado no ARE: 756753 e Resp: 253674 SP 2000/0030970-2, anteriormente citados -, em recente decisão proferida em Recurso Especial nº 1.383.776-AM 2013/0140568-8, o STJ inovou na jurisprudência dominante ao condenar o Estado do Amazonas a indenizar a demandante que teve seu pedido postergado de forma injustificada por quase três anos.

No caso mencionado, a Sra. Mila Braz, representante de suas duas filhas menores, ajuizou ação de execução de prestação de alimentos

em 02.11.2004, contudo, apenas em 03.05.2007 foi realizada a citação do devedor. Em meio a isso, a demandante ajuizou demanda com pretensão deduzida contra o Estado do Amazonas requerendo indenização pela tardia realização da citação do réu, fato que impossibilitou as filhas de receberem a devida pensão alimentícia em tempo hábil. Em sentença de primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, sendo o réu condenado a pagar 30 salários-mínimos à requerente. Todavia, em fase recursal, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas reformou a decisão de primeiro grau, julgando improcedente o pedido feito. Posteriormente, a demandante interpôs embargos de declaração, mas foram rejeitados.

Nota-se, a partir da nova decisão do STJ, que a corte utilizou-se dos mesmos critérios adotados pelo TEDH para aferir a razoável duração do processo. A semelhança pode ser observada quando o magistrado considerou a causa pouco complexa, uma vez que cabia à autoridade judicial competente apenas proferir despacho de citação e como tal ato é feito na fase inicial do processo, não havia complexidade em sua realização. Além disso, analisou a conduta das partes ao verificar que a parte autora protocolou reiteradas petições solicitando o andamento do trâmite processual, concluindo que a parte realizou as diligências processuais normais no processo.

O relator entendeu, ainda, que as carências estruturais existentes no Poder Judiciário, como o grande volume de trabalho e a insuficiência de servidores, não podem causar óbice à garantia da tutela jurisdicional em tempo razoável, detendo o cidadão o direito de reagir contra o Estado na hipótese de demora injustificada do tempo processual. Com isso, o magistrado examinou o comportamento da autoridade judicial e imputou ao Estado a responsabilidade civil de indenizar a parte lesada porquanto o direito de receber pensão alimentícia foi postergado de forma indevida por quase três anos.

O relator, por fim, citou julgados proferidos pela Corte Espanhola, CEDH e as condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela demora indevida na prestação jurisdicional, mencionando os casos Ximenes Lopes vs Brasil de 09.10.2002 e Garibaldi vs Brasil de 23.09.2009. Salientou, ainda, que assim como o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana por dilação ir-

razoável do processo, o STJ também deve se posicionar sobre o tema para que a matéria seja aplicada em âmbito interno.

CONCLUSÃO

A razoável duração do processo é tema que deve ser analisado em cada caso concreto, mas por meio de critérios que possam guiar o julgador. Na jurisprudência brasileira o tema ainda carece de maior desenvolvimento, porém nos países europeus, regidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a matéria detém jurisprudência pacificada com a condenação de vários Estados europeus, como França, Itália e Alemanha a indenizar seus cidadãos pela injustificada demora na devida prestação jurisdicional.

Para que seja possível a aferição justa da violação à razoável duração do processo, o TEDH utiliza-se de critérios objetivos, quais sejam, (I) a complexidade da causa ou matéria; (II) a conduta das partes processuais; (III) conduta da autoridade jurisdicional. Mediante análise desses critérios a corte desempenha trabalho eficiente nas condenações realizadas, sendo reconhecido pelas demais cortes e doutrina internacional.

No Brasil, apesar da disposição expressa do art. 5º, LXXVIII, CF/88 e da República Federativa do Brasil ser signatária do Pacto de San José da Costa Rica, existe certa relutância jurisprudencial em responsabilizar o Estado pela demora injustificada no trâmite processual.

Parte disso tem origem na discussão que se tem sobre responsabilizar o Estado por atos judiciais e por consequência condená-lo a indenizar a parte lesada por eventuais danos morais ou patrimoniais sofridos durante o processo, tendo em vista que a falta de estrutura adequada e o número insuficiente de servidores do Poder Judiciário brasileiro são fatores aceitos para justificar a demora na efetiva prestação jurisdicional. Todavia, conforme estudado, a jurisprudência e doutrina possuem entendimento consolidado no sentido de considerar cabível indenização à parte lesada, nos casos previstos no art. 5º, LXXV, CF/88, assim como em outros casos previstos em diploma legal.

Conquanto a jurisprudência firmada pelo STF e STJ seja, aprioristicamente, no sentido de não responsabilizar o Estado por atos ju-

diciais, mediante decisão do STJ prolatada no Recurso Especial nº 1.383.776-AM 2013/0140568-8, a corte superior inovou em sua jurisprudência ao condenar o Estado do Amazonas a indenizar a demandante que teve seu pedido postergado de forma injustificada por quase três anos. A partir da análise do julgado, notou-se que a corte superior usou os mesmos critérios adotados pelo TEDH para aferir a razoável duração do processo.

As semelhanças existentes entre os entendimentos jurisprudenciais do TEDH e do STJ podem ser observadas nos seguintes pontos presentes na decisão da corte superior : (I) O Relator não considerou a causa complexa, uma vez que proferir despacho de citação é um ato processual simples; (II) A impetrante realizou as diligências processuais normais no processo, não havendo que se falar em conduta protelatória por parte dos litigantes; (III) O Estado do Amazonas foi condenado a indenizar os danos causados à parte lesada pela demora excessiva na prestação jurisdicional.

Por meio da breve análise da jurisprudência do STJ, concluiu-se que a corte superior criou precedente no sentido de não somente responsabilizar o Estado por erros judiciários, mas também em conceder indenização aos cidadãos que sofrerem danos morais ou patrimoniais em decorrência da excessiva demora na prestação jurisdicional. Para isso, utilizou-se dos critérios objetivos adotados pela CEDH para aferir a duração razoável do prazo processual.

REFERÊNCIAS

ANONNI, Danielli. **O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável**.2006. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 1.383.776 - AM (2013/0140568-8). Recorrente: Mila Maria Braga Braz. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Min. Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes. Brasília, 06 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631917839/recurso-especial-resp-1383776-am-2013-0140568-8/relatorio-e-voto-631917880>.Acesso em: 20 mai.2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 253674 SP 2000/0030970-2. Recorrente: Pedro Casimiro de Campos. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Felix Ficher. Brasília, 14 de junho de 2004. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19597696/recurso-especial-resp-253674-sp-2000-0030970-2/inteiro-teor-19597697?ef=juris-tabs >.Acesso em: 20 mai.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 756753 PE. Recorrente: Cristiano Gomes da Rocha. Recorrido: Estado de Pernambuco. Relator: Min Rosa weber. Brasília, 24 de setembro de 2013. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24183923/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-756753-pe-stf/inteiro-teor-111905718?ref=juris-tabs >.Acesso em: 20 mai.2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoli: Morano, 1958.

CASO XIMENES LOPES *VERSUS* BRASIL. Julgado em 09/10/2002.**Site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: < https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12237.htm >.Acesso em: 15 mai.2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017.

GARCÍA PONS, Enrique. El período a considerar en el derecho a un juicio justo. **Revista de Derecho Procesal**. Madri: n. 1-3, 2002. p. 175-198.

Koehler, Frederico Augusto Leopoldino. A jurisprudência da corte europeia de direitos humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo. **Revista Direito Federal,** São Paulo, ano 28, nº 95, p.348-379, jul-dez.2015. Disponível em: < https://www.ajufe.org.br/comissao-ajufe-mulheres/146-internet/imprensa/6186-a-jurisprudencia-da-corte-europeia-de-direitos-humanos-como-paradigma-para-a-concretizacao-do-conceito-de-razoavel-duracao-do-processo-frederico-augusto-leopoldino-koehler.>. Acesso em: 20 mai. 2020.

LOPES, João Batista. Reforma do judiciário, acesso à justiça e efetividade do processo. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. **Reforma do Judiciário.** Análise Interdisciplinar e Estrutural do Primeiro Ano de Vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 479-484.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos panorâmicos do "Tempo" na "Realização do direito". In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. **Reforma do Judiciário. Análise Interdisciplinar e Estrutural do Primeiro Ano de Vigência.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 521-535.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo.11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2013.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do Processo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**.14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. Sobre el defeco internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 5, año 3, Enero/Junio 1999.

Schenk, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista Eletrônica de Direito Processual,** Rio de Janeiro, ano 2, nº 2, p.181-202, jan-dez.2008. Disponível em: < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23735.>. Acesso em: 15 mai. 2020.

SILVA, F. N. T.. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais – Breves considerações sobre o tema. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 111-150, abr.2019.Disponível em: <https://www.epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/CadernoJuridico/56381?pagina=1.>. Acesso em: 15 mai. 2020.

Theodoro Júnior, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte, jun. 2004. Disponível em: < Disponível em: <http:// http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm >. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TREPAT, Cristina Riba. **La Eficacia Temporal del Proceso**. **El Juicio sin Dilaciones Indebidas**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

A QUARTA ONDA RENOVATÓRIA DO PROCESSO COMO REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO HUMANO DO ACESSO À JUSTIÇA: A VULNERABILIDADE DIGITAL DIANTE DA VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO DECORRENTE DA PANDEMIA DO COVID-19

Janaina Costa de Souza
Thiago Braga Dantas

INTRODUÇÃO

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou estado de pandemia do COVID-19, doença causada pelo coronavírus Sars-Cov-2. Em face da rápida disseminação dessa enfermidade, as autoridades de saúde nacionais e internacionais passaram a recomendar medidas de distanciamento social para tentar contê-la. Essas providências afetaram o funcionamento do Poder Judiciário e, consequentemente, os sistemas de justiça como um todo. Tal cenário contribuiu para a aceleração da preexistente tendência de virtualização dos atos processuais, uma vez que a dificuldade ou mesmo impossibilidade de sua realização de forma presencial impôs a busca por outros meios hábeis.

Foram editados diversos atos normativos suspendendo prazos processuais, vedando a realização de atos presenciais, introduzindo novas formas de realização de audiências, dentre outras providências. Não obstante, qualquer mudança que afete a relação jurídica processual não pode lesar os direitos e garantias constitucionalmente conferidos aos indivíduos sob a justificativa de conferir maior celeridade ou efetividade ao processo.

Impõe-se que o movimento de adaptação da realidade processual às novas tecnologias prestigie tais prerrogativas e, também, considere o aspecto do acesso das partes à internet e às ferramentas de que se pretende fazer uso, sob pena de se vilipendiarem preceitos basilares ao Estado Democrático de Direito e colocar os sujeitos processuais em situação de vulnerabilidade.

Pretende-se analisar as principais medidas adotadas no processo civil brasileiro na conjuntura da supracitada pandemia em cotejo com as principais garantias processuais constitucionais dos jurisdicionados.

Inicialmente, observar-se-á de que forma o processo sofre influência da sociedade em que inserido e do desenvolvimento tecnológico, além das principais repercussões nele geradas pela pandemia do COVID-19. Em sequência, serão discutidas, sob a perspectiva do devido processo legal, as mais notáveis mudanças procedimentais relacionadas à aplicação de tecnologia empregadas na seara processual civil nesse contexto.

1 O PROCESSO SOB INFLUÊNCIA DA REALIDADE SOCIAL E A PANDEMIA DO COVID-19:

O Direito e a sociedade influenciam-se mutuamente, razão pela qual o processo, sendo instituto jurídico e instrumento de efetivação do direito material, não poderia ficar alheio às demandas sociais. Alvim (2008, p. 55) exemplifica:

> Estas verdadeiras premências, motivadoras dessas transformações, não datam de hoje, senão que, tiveram início perceptível, principalmente ao depois da segunda guerra mundial, e, entre nós, mais recentemente. Tanto na Europa, quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificaram-se pressões sociais, pela 'rei-

> vindicação' de 'novos' direitos, e, bem assim, detectou-se — talvez com perplexidade inicial, ao menos — a insuficiência dos instrumentos processuais existentes, de caráter estruturadamente individualista.

Percebendo os principais obstáculos ao acesso à justiça e evidenciando a necessidade de o sistema processual atentar-se à realidade social, foi que Capelletti e Garth propuseram três ondas renovatórias do processo: a primeira consistiria na promoção de assistência judiciária aos pobres; a segunda, na de efetiva representação dos interesses difusos; e a terceira, na "[...] alteração dos próprios paradigmas referentes à ideia de justiça, mediante reformas que assegurem de fato - e não apenas como ficção – a promessa de jurisdição, tão generosamente enunciada no texto constitucional." (LIMA, 2015, p. 23).

Considerando essa permeabilidade do direito processual pelas questões comunitárias, é evidente que fenômeno com as dimensões da pandemia do COVID-19 causaria diversos impactos à função jurisdicional. Isso, pois, como recordam Nader e Vale (2020) "[...] no atual momento, deixar de adotar uma arquitetura informatizada dos serviços judiciais significa, sem dúvida, negar o direito de acesso à justiça conferido a todo e qualquer cidadão."

No dia 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n° 313, que estabeleceu o regime de plantão extraordinário no Judiciário brasileiro e suspendeu os prazos processuais até o dia 30 de abril de 2020, exceto no Supremo Tribunal Federal (STF) e na Justiça Eleitoral. Após prorrogações por resoluções subsequentes, os prazos processuais ficaram suspensos até 14 de junho, nos processos físicos, e até 04 de maio, nos processos eletrônicos. O CNJ também disponibilizou, a partir de 02 de abril de 2020, plataforma emergencial para a realização de atos processuais por videoconferência, a qual já tinha sido utilizada para mais de 821 eventos seis dias após sua disposição (HERCULANO, 2020).

Em 23 de março de 2020, o STF editou a Resolução n° 670 para suspender os prazos processuais de processos físicos até o dia 30 de abril de 2020 – prazo que posteriormente foi prorrogado pela Resolução n° 678 até 15/05/2020 -, suspender o atendimento presencial ao

público e determinar a realização de trabalho remoto. Ulteriormente, a Resolução Nº 672 criou a permissão para o uso de videoconferência nas sessões de julgamento presencial do Plenário e das Turmas, sendo possível a sustentação oral por videoconferência. Por meio da resolução STJ/GP N. 9, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também passou a permitir a realização de sessões de julgamento por videoconferência até o dia 31 de maio de 2020, com a possibilidade de realização de sustentações orais pelo mesmo meio.

No que se refere ao andamento de processos durante as circunstâncias da pandemia, convém recordar que do art. 221 c/c art. 313, VI, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), extrai-se que o curso do prazo pode ser suspenso por motivo de força maior, compreendendo as dificuldades ou impossibilidades de prática de atos processuais geradas pelos impactos da pandemia.

Fator importante diz respeito à comunicação dos atos processuais, bastante prejudicada pelas medidas de distanciamento social impostas pelo contágio do coronavírus Sars-Cov-2, pois as comunicações por meio do correio ou de oficial de justiça exigem o contato físico entre os indivíduos envolvidos.

Em alternativa, o CPC/2015 prevê o emprego do meio eletrônico como preferencial para a realização das intimações e citações das empresas públicas e privadas que não sejam de pequeno porte ou microempresas, da administração direta e indireta, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública (art. 246, §§ 1° e 2° c/c art. 270, parágrafo único do CPC/2015). Para tal fim, esses entes são obrigados a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos. Entretanto, não raramente essa determinação é descumprida pelas referidas entidades, porquanto não existem meios coercitivos para forçá-las a cumprir tal obrigação, o que acaba por comprometer a eficiência dessa ferramenta.

Sob distinta perspectiva, o estado de adversidade em comento também afeta a jurisdição civil na medida em que seus efeitos dão origem a novos litígios. Evidência desse apontamento é o fato de o STF já ter proferido mais de 3.600 decisões e possuir 3.816 processos pendentes sobre o tema da COVID-19 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

A pandemia do novo coronavírus funcionou como estopim para a intensificação da aplicação da tecnologia no processo brasileiro, movimento que já vinha se verificando lentamente nas últimas décadas para se garantir maior eficiência. Na mesma esteira, tem-se falado no surgimento de uma quarta onda renovatória do acesso à justiça, a qual se basearia na migração do ambiente físico para o virtual, na automatização dos pronunciamentos judiciais, na criação de modelos preditivos e na democratização do conhecimento jurídico (WOLKART; BECKER, 2019, p. 109-123).

Fato notável quanto à aplicação da tecnologia no âmbito processual foi a promulgação da Lei 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico), norma que regulamentou a informatização do processo judicial. No mesmo sentido, mais recentemente, o STF, em parceria com a Universidade de Brasília (UNB), iniciou o desenvolvimento de ferramenta de inteligência artificial (IA) batizada de Victor, que lerá os recursos extraordinários e identificará eventuais vinculações deles a temas de repercussão geral (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018). Por sua vez, o STJ concebeu o Projeto Sócrates, plataforma de IA que identifica grupos de processos com acórdãos semelhantes e facilita a identificação de demandas potencialmente repetitivas (STJ E CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2019, p. 17).

Essas iniciativas, todavia, como anunciam Wolkart e Becker (2020) "são movimentos que, nada obstante utilizarem tecnologia, apontam para a automatização do que já vem sendo feito, e não para a inovação procedimental", uma vez que essa automação consiste em mera introdução de novas tecnologias nas velhas práticas de trabalho (NUNES, 2020, pg. 46, tradução nossa).

A partir dessa percepção, surgem propostas como a que Susskind (2020, p. 33, tradução nossa) chama de "transformação pela tecnologia", isto é, não se trata de "[...]simplesmente enxertar novas tecnologias em processos antigos. Em vez disso, transformarão, trarão rupturas e mudanças radicais. Elas nos permitirão prestar serviços judiciais de maneiras que não eram viáveis nem imagináveis há alguns anos atrás."

O mesmo autor desenvolveu o conceito de "Cortes On-line", que abrange dois aspectos: o primeiro é a ideia de juízes humanos decidin-

do casos através da apresentação de argumentos e provas pelas partes on-line; o segundo consiste no fornecimento de recursos que ajudem as partes a entender seus direitos e obrigações e, consequentemente, auxiliem na formulação de argumentos, a reunião de provas e a autocomposição (KAPLAN, 2020, tradução nossa).

Nunes (2020, p. 43, tradução nossa) aponta como alternativas de adaptação do processo pela tecnologia, dentre outras, a resolução de disputas on-line (Online Dispute Resolution – ODR). A ODR consiste num conjunto de ferramentas "em que tecnologias são utilizadas para aperfeiçoar os instrumentos tradicionais e criar novos mecanismos para compor disputas entre as partes." (PORTO; NOGUEIRA; QUIRINO, 2017, p. 6).

No Brasil, iniciativa que se aproxima desse conceito é a da plataforma *Consumidor.gov.br*. Criada em 2014, a ferramenta permite a comunicação direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet, reduzindo e prevenindo a judicialização desses litígios. Outro exemplo foi a utilização de uma plataforma on-line de solução de conflitos que possibilitou a realização de acordos com mais de 50 mil credores no processo de recuperação judicial da operadora de telefonia Oi (NUPEMEC, 2020).

Quando postos em comparação os exemplos citados e o cenário processual brasileiro, percebe-se que a maioria das iniciativas de aplicação da tecnologia ao processo tem consistido em mera digitalização do que já era feito. A Lei do Processo Eletrônico, por exemplo, apenas tornou digital o processo físico, sem produzir transformações mais profundas no procedimento em si.

Tem-se que o emprego da tecnologia no processo brasileiro tem sido feito de maneira lenta e tímida, não atingindo o proveito que tal ferramenta pode proporcionar no que tange ao acesso à justiça. Pereira (2012, p. 11) anuncia que:

> Parece fato inquestionável, hoje, que a mera digitalização das peças e demais elementos dos autos processuais – como tem ocorrido no Brasil - não é condição suficiente para se alcançar um processo eletrônico com as características necessárias

> para colocar a tecnologia de forma otimizada a serviço de uma melhor prestação jurisdicional, qualitativa e quantitativamente falando. É condição necessária, mas não suficiente. Muita esperança tem sido posta no processo eletrônico marcado apenas pela digitalização. Entretanto, tais expectativas somente serão atendidas pelo próximo processo, o processo virtual.

O avanço da tecnologia no campo processual, seja de forma conservadora ou mais audaciosa, revela-se inevitável. Portanto, é imperioso zelar para que isso se dê em respeito aos direitos e garantias processuais estabelecidos pelo Direito Brasileiro.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E TECNOLOGIA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) positivou o preceito do devido processo legal no seu rol de direitos e garantias fundamentais. O artigo 5°, LIV, da Lei Maior ordena: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (BRASIL, 1988).

A garantia ao devido processo legal possui duas acepções: a processual (ou formal), referente à observância das garantias processuais estabelecidas pelo Direito; e a substantiva (ou substancial), ligada à justiça das decisões judiciais (DIDIER JR., 2017, p. 78).

Considera-se que tal princípio possui um conteúdo complexo, funcionando como cerne de outros direitos relacionados não apenas aos processos judiciais, mas também aos administrativos. Por esse motivo, fala-se hoje no devido processo como um sobreprincípio, o qual, além de reunir a essência dos demais princípios processuais, orienta suas interpretações e integrações (MENDES, 2018, p. 873).

Dada a natureza desse princípio, as modificações, que vêm sido realizadas na seara processual civil, mesmo que sob a intenção de garantir o acesso à justiça e a celeridade processual no período emergencial resultante da pandemia vivenciada, não podem afastar as prerrogativas dele decorrentes.

Além de passar a permitir a conciliação não presencial nos Juizados Especiais Cíveis, a Lei 13.994/2020 também criou nova hipótese de revelia em seu art. 23, *in verbis*: "Se o demandado não comparecer ou

recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença." (BRASIL, 2020).

Como alertam Nunes, Marques e Rodrigues (2020, p. 355), tal disposição deve ser interpretada cautelosamente, considerando-se a dificuldade de acesso e manuseio que parte da população pode ter quanto às ferramentas tecnológicas utilizadas. Evidenciando esse cenário, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que em 2018 aproximadamente um quarto dos brasileiros com dez anos de idade ou mais não tiveram acesso à internet nos três meses anteriores à entrevista (IBGE, 2020, p. 9).

Essas inovações precisam levar em consideração o aspecto social envolvido, uma vez que:

> [...] não são todos os cidadãos e operadores do Direito que têm acesso e familiaridade com as novas tecnologias, o que pode gerar restrição e, quiçá, exclusão da garantia de acesso ao Poder Judiciário a determinados cidadãos, bem como equívocos e nulidades processuais e, por conseguinte, mais retardamento do que celeridade na prestação da tutela jurisdicional. (RAMOS; FENSTERSEIFER, 2018, p. 80).

Cabe recordar que a revelia nem sempre gera presunção de veracidade das alegações de fato feitas pela parte autora, efeito esse que justificaria o julgamento antecipado do mérito. O artigo 20 da própria Lei 9.099/95 reconhece essa restrição, ao dispor que "não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz." (BRASIL, 1995). Portanto, também devem ser consideradas a verossimilhança dos fatos alegados pelo autor e a eventual necessidade de produção de outras provas.

Assunto que também tem gerado reflexões nesse contexto está relacionado à utilização de ferramentas de inteligência artificial nas decisões judiciais. Projetos como o já comentado Victor, do STF, revelam tendência de crescente aplicação da IA à função jurisdicional. Todavia, não se pode desconsiderar que esses sistemas refletem as convicções

de seus criadores e que a sua forma de obtenção de resultados não é clara para a maioria da população, o que pode acabar prejudicando o exercício da ampla defesa e do contraditório (NUNES; MARQUES, 2018, p. 11).

Outra iniciativa que gerou discussões diz respeito aos julgamentos virtuais no âmbito do STF. O plenário virtual é ferramenta de deliberações virtuais assíncronas criada em 2007 que, inicialmente, visava à decisão sobre a existência de repercussão geral nas matérias dos recursos extraordinários enviados ao Tribunal. Nesse mecanismo de julgamento, o relator submetia a matéria ao plenário virtual acompanhada do relatório e do seu voto, a partir do que os demais ministros teriam seis dias para optar por acompanhar o relator, acompanhar o relator com ressalva de entendimento, divergir do relator ou acompanhar a divergência. Com exceção do relator, os outros ministros apenas seriam obrigados a declarar seus votos caso divergissem daquele ou optassem por acompanhar a divergência.

Podiam ainda ser feitos pedidos de destaque por qualquer ministro ou pelas partes – no último caso, devendo ser requerido até quarenta e oito horas antes do início da sessão e deferido pelo relator -, hipóteses em que o processo seria encaminhado para julgamento presencial. Caso fosse feito pedido de vista, o processo poderia, a critério do ministro vistor, com a concordância do relator, ser devolvido para prosseguimento do julgamento virtualmente, quando os votos já proferidos poderiam ser modificados.

Com o tempo, a quantidade de classes processuais passíveis de submissão a julgamento virtual foi aumentando paulatinamente. Porém, em março de 2020, devido à necessidade de adotar medidas de prevenção ao contágio do coronavírus, foi editada a Resolução nº 669/2020, permitindo-se que todos os processos de competência do Supremo pudessem, a critério do ministro relator, ser submetidos ao julgamento em ambiente eletrônico.

Com essa ampliação, ganharam maior intensidade as críticas relacionadas a essa ferramenta de julgamento. Em 08/04/2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil enviou à Presidência do STF ofício requisitando que, nas sessões virtuais, o voto do ministro

relator fosse disponibilizado para o público assim que inserido na plataforma virtual. À época, os votos dos ministros apenas eram divulgados quando da publicação do resultado do julgado, o que, segundo aquele Conselho, afrontava os princípios constitucionais da publicidade, da ampla defesa e do contraditório. Em reação a essa solicitação, editou-se a Resolução nº 675/2020, determinando-se que o relatório e os votos fossem disponibilizados no sítio eletrônico do STF tão logo inseridos no ambiente virtual.

Outra questão quanto à sistemática dos julgamentos virtuais que mereceu várias críticas diz respeito à ausência de manifestação dos ministros. O art. 2°, § 3°, da Resolução n° 642/2019, dispunha que se consideraria que acompanhou o relator o ministro que não se manifestasse no prazo de duração da sessão virtual. Essa disposição permitia que se computasse em favor de uma das partes um voto inexistente, sem que houvesse efetivo conhecimento do motivo da referida omissão. Assim, poderia ocorrer, por exemplo, que um indivíduo tivesse o pedido de sua demanda julgado procedente tendo apenas o relator manifestado voto ao seu favor, bastando para isso que o número de abstenções somado ao voto do relator superasse o número de ministros votantes pela improcedência. Tal possibilidade inexiste nos julgamentos presenciais, uma vez que neles a ausência de quaisquer dos magistrados deve constar expressamente na ementa do julgado.

O art. 93, IX, da CF/88, contemplou o princípio da fundamentação das decisões judiciais, prescrevendo que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]" (BRASIL, 1988). Na lição de Streck (2018, p. 2.518), "a fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão." Ademais, o CPC / 2015 arrola como um dos elementos essenciais da decisão judicial a exposição de seus fundamentos.

É importante recordar, ainda, que essa exigência de fundamentação serve tanto para que as partes saibam se a causa foi precisamente analisada pelo julgador quanto para que o povo possa controlar tais pronunciamentos por meio da democracia participativa (DIDIER JR.,

2020, p. 397). Especificamente quanto às partes, a legislação processual civil permite que elas se utilizem dos embargos de declaração para desafiar decisões omissas, entre as quais se incluem as não fundamentadas (CPC, art. 1.022, parágrafo único, inc. II c/c art. 489, §1°, do CPC/2015).

A ausência ou má fundamentação dos pronunciamentos judiciais ofende, ainda, o princípio do contraditório em seu aspecto substancial, uma vez que:

> [...] somente com a devida exposição dos fundamentos de acolhimento e de rejeição de cada uma das questões apontadas e discutidas no processo é que se pode dizer se houve uma possibilidade efetiva de influência e se foi respeitado o direito de ter seus argumentos considerados – aspectos do contraditório. (MARÇAL, 2019, p. 2).

Cabe também constatar que o acórdão deve conter os fundamentos que fizeram com que a maioria decidisse de determinada forma, e não apenas os motivos do relator (DIDIER JR., 2016, p. 41). É dever de cada julgador componente de um colegiado expor as razões do seu convencimento por certa tese, colaborando assim para que haja debate entre seus membros e, consequentemente, privilegie-se o princípio da colegialidade. Como indica Marçal (2019, p. 4):

> [...] não se pode admitir que uma questão discutida no processo fique sem apreciação e, consequentemente, não se pode admitir que, num julgamento colegiado, algum(ns) de seus componentes deixe(m) de decidir ou de resolver qualquer questão.
>
> Afinal, se não permitimos que um julgador singular deixe de examinar alguma questão durante o julgamento (expresso no CPC/2015 (LGL\2015\1656) – art. 489, § 1º, IV –, que exige a resolução de todas as questões surgidas) e se o acórdão é uma soma do julgamento de cada um dos componentes do colegiado, a conclusão lógica é a exigência exposta anteriormente.

Não se pode pretender que seja tido como válido um voto sem que o respectivo magistrado se manifeste expressamente nesse sentido durante o julgamento, visto que a normativa constitucional e infraconstitucional brasileira e o modelo de processo do Estado Democrático de Direito impõem que todas as decisões judiciais contenham a exposição de suas razões.

A norma regimental em comento também se mostrava ilegítima na medida em que, conforme o art. 96, I, "a" da CF/88, a competência dos Tribunais para elaborar seus regimentos internos é condicionada à "observância das normas de processo e das garantias processuais das partes." (BRASIL, 1988). Logo, o Regimento Interno do STF (RISTF) não poderia prejudicar a exigência da fundamentação das decisões judiciais e, consequentemente, o princípio do contraditório, prerrogativas consagradas constitucional e infraconstitucionalmente no Brasil.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil chegou a enviar, em maio de 2020, ofício ao presidente do STF sugerindo que a não manifestação dos ministros durante a sessão virtual fosse considerada como abstenção.

Acertadamente, em 01 de julho de 2020, a Resolução n° 690 do STF determinou que o ministro que não se manifestasse durante o julgamento eletrônico tivesse registrada na ata do julgamento a sua não participação.

A forma em que configurada a sistemática dos julgamentos virtuais também permitia que se desrespeitassem os quóruns necessários para as sessões de julgamento. O artigo 143 do RISTF, por exemplo, exige a presença de pelo menos seis ministros nas sessões do plenário do Tribunal, o que poderia não ser observado nas sessões virtuais visto que não havia qualquer disposição sobre a falta de quórum mínimo. Com a edição de tal resolução, não alcançados os referidos quóruns, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente para a colheita dos votos dos ministros ausentes.

Essas reações por parte do STF mostram uma disposição do tribunal a ouvir as reivindicações principalmente da comunidade jurídica, o que é imprescindível à promoção da tão necessária democratização

do Poder Judiciário e ao aperfeiçoamento dos instrumentos digitais de concessão da prestação jurisdicional aos cidadãos.

Da já mencionada quarta onda renovatória do processo surge a preocupação com a vulnerabilidade digital em que muitas vezes as partes são colocadas em consequência da introdução de ferramentas tecnológicas ao processo. Além de potencialmente lesar direitos processuais fundamentais, essas ações também podem acabar impossibilitando o acesso à justiça por parcela da sociedade, direito humano essencial. Em vista disso, o CPC/2015 admite a prática não eletrônica de atos processuais caso a unidade judiciária não ofereça aos interessados, gratuitamente, equipamentos necessários à sua realização.

A virtualização do processo civil é irrefreável, e a pandemia de COVID-19 forçou o ordenamento jurídico brasileiro a abrangê-la. Não obstante, esse movimento deve priorizar o prestígio das garantias decorrentes do devido processo legal. Assim, o ideal é que as novas tecnologias sejam usadas a favor da consecução do modelo de processo do Estado Democrático de Direito, não priorizando a inovação em si mesma, valendo-se da excepcionalidade do contexto atual (NUNES; MARQUES; RODRIGUES, 2020, p. 355-356).

CONCLUSÃO

O direito processual é constantemente permeado pelos anseios e pelas revoluções sociais e, consequentemente, pelo desenvolvimento tecnológico. A necessidade de medidas de distanciamento social criada pela pandemia do coronavírus Sars-Cov-2, aliada à exigência de continuidade e celeridade da prestação jurisdicional, tornou imperativa a tomada de providências por parte do Poder Público, notadamente no sentido de utilização das novas tecnologias para manter o funcionamento dos serviços judiciários. No entanto, apesar de impreterível, essa aplicação precisa se compatibilizar com os direitos fundamentais impostos pelo nosso ordenamento jurídico.

Vários órgãos do Poder Judiciário, principalmente o CNJ, editaram diversos atos normativos suspendendo prazos processuais, interrompendo o atendimento presencial ao público nas unidades judiciá-

rias e permitindo a adoção de diversas ferramentas tecnológicas nas atividades judiciais. A legislação processual civil brasileira já previa a utilização do meio eletrônico para a comunicação de atos processuais e para a tramitação de processos judiciais, por exemplo. Tais previsões, contudo, apesar de úteis, não aproveitam da melhor forma o potencial que a tecnologia possui para transformar o processo, recorrendo à mera digitalização dele.

O devido processo legal é um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal e pelo CPC/2015, que impõem a observância das garantias processuais constitucionais e da proporcionalidade nas decisões judiciais. O julgamento virtual, uma das ferramentas que teve sua utilização intensificada com a pandemia de COVID-19, já ensejou violações dos direitos à publicidade, à fundamentação das decisões e ao contraditório, por exemplo. Isso ressalta que a aplicação de mecanismos virtuais ao processo, se não feita cautelosamente, ocasiona vários vícios à prestação jurisdicional, expondo as partes à vulnerabilidade digital, noção de precarização do acesso à justiça fomentado pelo uso da tecnologia de forma muito mais ampla que a vital dificuldade de acesso à internet, o que enseja a quarta onda renovatória do processo.

Faz-se necessário, em razão disso, o vigilante aperfeiçoamento desses mecanismos tecnológicos para que se harmonizem com o sistema processual idealizado pela Carta Magna e democratizem o acesso à justiça, evitando-se a subserviência à tecnologia, desconectada de sua finalidade instrumental de contribuir para melhoria dos mecanismos de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Alvim. Anotações e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material. IN: **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da UNIPAR**. Umuarama. v. 11, n2, p 521-543, jul/dez. 2008.

BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital**.** IN: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani (org.). **O advogado**

do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: RT, 2019, p. 117-119.

_____. **Isaac Newton, eBay e canelas de gigantes**: Covid-19 e o futuro da Justiça. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/isaac-newton-ebay-e-canelas-de-gigantes-covid-19-e-o-futuro-da-justica-14042020>. Acesso em: **26 jun.2020.**

BRAGA, Paulo Sarna; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civi**l: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória. 15ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juízados Especiais Cíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____**. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11

de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 27 Jun. 2020.

_____. Resolução nº 09 de 17 de abril de 2020. Superior Tribunal de Justiça. Disciplina a realização de sessões de julgamento com uso de videoconferência, em caráter excepcional, até o dia 31 de maio de 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/0070be39-580e-43e2-b9ae-b66d93c9f6e1.pdff>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 313 de 19 de março de 2020. Conselho Nacional de Justiça. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso a justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 642 de 14 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO642-2019.PDF>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 669 de 19 de março de 2020. Supremo Tribunal Federal. Altera a Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019 e dá outras providências. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao670.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 670 de 23 de março de 2020. Supremo Tribunal Federal. Estabelece novas medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19) no Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao669.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 672 de 26 de março de 2020. Supremo Tribunal Federal. Permite o uso de videoconferência nas sessões de julgamento presencial do Plenário e das Turmas. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao672.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 675 de 22 de abril de 2020. Supremo Tribunal Federal. Altera a Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao675.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 678 de 29 de abril de 2020. Prorroga a suspensão de prazos de processos físicos e estabelece novas medidas preventivas ao COVID-19 no Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO678-2020.PDF>. Acesso em 21 jun. 2020.

_____. Resolução nº 690 de 01 de julho de 2020. Supremo Tribunal Federal. Altera dispositivo da Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RIResoluo.pdf>. Acesso em 21 jun. 2020.

CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ofício n. 42/2020-PCO**. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/05/428786a6-ac26-4eaf-8049-a98bd0351112.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

_____. **Ofício n. 16/2020-PCO**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/AB26D0193351C3_oficiooab.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civi**l: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão; RAMOS, Liane Slaviero. Fundamentos constitucionais do e-processo. IN: GILLET, Sérgio Augusto da Costa; HOLZ, Jonathan Carvalho; MACEDO, Elaine Harzheim (Org.). **Processo e Tecnologia.** Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 53-86.

HERCULANO, Lenir Camimura. **Cresce número de usuários da Plataforma de Videoconferência do CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cresce-numero-de-usuarios-da-plataforma-de-videoconferencia-do-cnj/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoa**l. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101705>. Acesso em: 29 jun. 2020.

KAPLAN, Ari. **Online courts, the future of justice and being bold in 2020**. Disponível em: <https://www.abajournal.com/news/article/online-courts-the-future-of-justice-and-being-bold-in-2020>. Acesso em: 29 jun. 2020.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARÇAL, Felipe Barreto. Contraditório, fundamentação e técnica de julgamento colegiado: violação do contraditório (e ao dever de fundamentação), da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica com o sistema de "votação global". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 290, p. 247-275, abr. 2019.

MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; NUNES, Dierle. Inteligência artificial e direito processual**:** vieses algorítmicos e os riscos de

atribuição de função decisória às máquinas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 285, p. 421-447, 2018.

MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 5º, LIV**.** IN: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 865-874.

_____; STRECK, Lênio L. Comentário ao artigo 93. IN, CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 2507-2524.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DO GOVERNO FEDERAL. **Problemas com alguma empresa? Consumidor.gov.br resolve!.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552426609.41>. Acesso em: 26 jun. 2020.

NADER, Philippe de Oliveira; VALE, Luís Manoel Borges. **Cortes online e devido processo legal tecnológico**: um dilema em construção. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cortes-online-e-devido-processo-legal-tecnologico-um-dilema-em-construcao-01062020>. Acesso em: 26 jun. 2020.

NUNES, Dierle. A technological shift in procedural law (from automation to transformation): can legal procedure be adapted through technology? IN: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual:** os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 41-64.

_____; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de plantão extraordinário e tribunais online em tempos de coronavírus e seus efeitos no Di-

reito Processual: Presente e Futuro. IN CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (org.). **A pandemia e seus reflexos jurídicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2020, p. 345-359.

NUPEMEC MEDIAÇÃO. **Boletim Informativo.** Edição 11, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7160646/boletim-informativo-11.pdf/ab902cd7-ea1e--7bd2-e642-ca651ad26af8?version=1.0>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PEREIRA, S. Tavares. Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21242>. Acesso em: 01 jul. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; DE CASTRO QUIRINO, Carina. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano, v. 26, p. 295-318, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Painel de Ações COVID-19**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 26 jun. 2020.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the future of Justice**. Oxford, 2020.

MEDIDAS CAUTELARES IRRESTRITAS: A FISHING EXPEDITION COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE LAWFARE POLÍTICO

Rodrigo Machado Gonçalves
Raíssa Scheiner Corrêa e Santos
Antonio Eduardo Ramires Santoro

Introdução

Apesar da Constituição da República Federativa de 1988 adotar uma perspectiva processual penal libertária, a qual se identifica com o sistema acusatório, constata-se que a permanência de certos resquícios inquisitoriais ainda é uma realidade e oriunda da ausência de interpretações que os extirpem do ordenamento pátrio.

Durante os primeiros vinte anos da promulgação da Constituição "cidadã", as análises relativas à manutenção dos vestígios autoritários se afeiçoavam sob o prisma do erro, da confusão matricial cognitiva e das matrizes inquisitivas remanescentes.

Todavia, os supramencionados resquícios parecem vir sendo utilizados, desde cerca de 6 anos atrás, como instrumentos de *Lawfare* político, haja vista que as "grandes operações", voltadas para a investigação de supostos esquemas de corrupção e combate às organizações criminosas, passaram a adotar práticas de ampliação das estruturas inquisitivas com o intuito de alcance de determinado fim político-jurídico.

Para Dunlap, *Lawfare* é "a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra" (DUNLAP JR., 2001a, p. 315). Assim, entende-se por *Lawfare* o uso inadequado dos sistemas jurídicos para fins estratégicos-militares ou políticos. A utilização deste instrumento manipula as perspectivas de legitimidade e legalidade, e transforma a finalidade em elemento de justificação da prática de arbitrariedades.

No Brasil, estudos jurídicos (SANTORO e TAVARES, 2019; vide também ZANIN, 2018) apontam que a suposta "guerra" contra a corrupção pode ter inaugurado o maior *Lawfare* político já visto no País, o qual teve como artifício a modulação da Constituição de 1988 pelo Poder Judiciário, visando o alcance de finalidades políticas no cenário eleitoral brasileiro.

O sistema acusatório constitucionalmente vigente tem como característica principal o *actum trium personarum,* ou seja, a perfeita e íntegra separação das funções de julgar, acusar e defender. Entretanto, tendo em vista a configuração diversa do código de processo penal brasileiro, que foi promulgado no período do Estado Novo, carrega consigo fragmentos de inquisitoriedade que não foram extirpados com as reformas processuais, especialmente a Lei nº 11.690/2008. Para fins de exemplificação, o artigo 242 do CPP permite a determinação da busca e apreensão pelo juiz *ex officio*. Como reflexo, por possuir um viés inquisitório, tal dispositivo viabiliza a utilização de prática denominada de *fishing expedition*.

Corroborando os argumentos acima expostos, afirma Jacinto Coutinho que "ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido" (COUTINHO, 2001, p. 23).

Na esteira desses entendimento de que instrumentos inquisitórios estão sendo atualmente potencializados, se faz necessário analisar a figura da *fishing expedition* (ROSA et all, 2019 e *WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, 2020)*, que consiste em uma investigação prévia, consubstanciada pela expedição de mandados de busca e apreensão amplos e genéricos, os quais têm como finalidade a coleta de

evidências de crimes futuros, manipulando assim, os requisitos legais dispostos no artigo 243 do CPP.

O problema que se pretende enfrentar no presente trabalho é: o que se conhece por *fishing expedition* pode ser compreendido como um instrumento de *Lawfare* político? Secundariamente, ele pode ser usado no processo penal brasileiro? Sua utilização viola os direitos humanos?

Trabalhar-se-á com a hipótese inicial de que o *fishing expedition* pode ser e vem sendo usado como instrumento de *Lawfare* político no Brasil, o qual viola os direitos humanos a que o Brasil se obrigou a proteger.

Para tanto será desenvolvida uma pesquisa pelo método dedutivo, com uso de fontes bibliográficas, tanto no que respeita à discussão sobre o conceito de Lawfare, o uso político do sistema penal e os maxiprocessos, como sobre o fenômeno do *fishing expedition*.

1. Aspectos necessários para a compreensão do Lawfare político: conceito, origem e sua caracterização nos maxiprocessos

Na obra "As Misérias do Processo Penal", Carnelutti afirma que a justiça humana é inerentemente parcial, não podendo a humanidade senão resolver-se em sua própria parcialidade. Assim sendo, como única saída, há o caminho na busca pela diminuição de tal parcialidade (CARNELUTTI, 2017, p. 35). Ocorre que, a retórica solipsista do populismo punitivista (ROSA e AMARAL, 2017, p. 55), parece abstrair tal conselho valioso para a preservação das matrizes democráticas e acusatoriais vigentes.

Cabe recordar, que a manutenção dos vestígios inquisitoriais aparenta servir de supedâneo legal para a instauração do *Lawfare* político brasileiro. A suposta guerra contra a corrupção aliada à importação de estruturas estadunidenses processuais penais por transplante (COUTINHO, 2018, p. 228), como a colaboração premiada (SANTORO e TAVARES, 2017, p. 44), foram responsáveis pela "naturalização" do uso do Direito como arma política e a consequente mitigação de direitos e garantias fundamentais.

A ideia de *Lawfare* remonta ao século XVII, oportunidade em o autor Hugo Grócio em sua obra *Mare Liberum* defendeu a liberdade de

navegação e internacionalidade dos mares, contrapondo as potências Espanha e Portugal, que determinaram, por lei, a proibição da navegação holandesa nas rotas das Índias Orientais (KITTRIE, 2016, p. 4).

Todavia, a expressão *Lawfare*, cunhada pelo Gen. Charles J. Dunlap Jr., somente surgiu no ano de 2001, em uma dissertação colaborativa, na qual foi definida, em tradução livre, como o uso estratégico – ou não uso – do Direito como um substituto dos meios militares tradicionais, para alcançar um objetivo operacional (DUNLAP, 2010). Nos anos após a conceituação do termo, grandes alterações a esse não ocorreram, posto que Dunlap afirmou, em tradução livre, que o conceito de *Lawfare* não foi concebido para descrever toda e qualquer situação fática possível que relaciona o direito e o *warfare* (DUNLAP, 2010, p. 1).

Nesse diapasão, um grupo de advogados mantenedor do *site The Lawfare Project*, entende e analisa *Lawfare* conforme tradução livre (SANTORO e TAVARES, 2017, p. 37) abaixo:

> *Lawfare* significa o uso da lei como uma arma de guerra.
>
> Denota o abuso de leis e sistemas judiciais ocidentais para alcançar fins estratégicos militares ou políticos.
>
> *Lawfare* é inerentemente negativo. Não é uma coisa boa. É o oposto de buscar justiça. É usar processos frívolos e abusar de processos legais para intimidar e frustrar os oponentes no teatro de guerra. *Lawfare* é o novo campo de batalha legal.

Torna-se importante sobrelevar, o uso do *Lawfare* político é responsável pela manipulação das perspectivas de legitimidade e legalidade. Desta feita, assim como na Alemanha Nazista (CASARA, 2018, p. 176), a afastabilidade das garantias fundamentais é justificada pelo argumento da **"**guerra contra a impunidade**"**.

Numa necessária contextualização político-jurídica, a utilização do *Lawfare* se revela como perspectiva elementar do Estado Pós-Democrático, o qual, segundo Rubens Casara, se afeiçoa *não pela violação dos limites ao exercício do poder, "mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer estes limites***" (CASARA, 2018, p. 21)**. É nessa conjuntura

que se originam os denominados maxiprocessos (SANTORO e TAVARES, 2017, p. 27), identificados pelas operações responsáveis pelo desmantelamento das chamadas **"**organizações criminosas**"**.

As **"**megaoperações**"** são responsáveis – e ao mesmo tempo produto – pea espetacularização do processo penal. Tal encenação cinematográfica cria personagens míticos (ROSA e AMARAL, 2017, p. 222), os quais são reputados como salvadores da pátria, fiscais da moral, dos bons costumes e protetores de um conceito de legalidade desenvolvido por eles próprios.

Faz-se mister salientar, que a sistemática de implementação e justificação do *Lawfare* político não é simples. Sua legitimação depende da "modulação" de conceitos jurídicos preexistentes, tal como ocorreu no HC 126. 292[27], em que o STF flexibilizou a cláusula pétrea da presunção de inocência e restringiu o significado de trânsito em julgado, ao permitir a execução provisória da pena antes do esgotamento de todos os recursos processuais penais.

Ocorre que, tal reinterpretação (SANTORO e TAVARES, 2017, p. 48) de leis e conceitos, além da manifesta insegurança jurídica, denota uma subversão da lógica do ordenamento jurídico pátrio. O Direito deixa de ser instrumento de condução da sociedade, para se subordinar aos caprichos do populismo punitivista (ROSA e AMARAL, 2017, p. 55) ou aos interesses de determinado grupo, pessoal ou institucionalmente considerado.

Destarte, o **"**furor persecutório**"** irracional (ROSA e AMARAL, 2017, p. 56), outro elemento indispensável ao espetáculo, através do seduzente discurso punitivista reflete o pior da natureza humana. A desumanização dos investigados, a devassa em suas vidas privadas, a criação de verdades absolutas sobre suas índoles e extirpação desses agentes do cenário político é a finalidade do *Lawfare*.

Em tradução livre, assevera Dunlap que há evidências perturbadoras que o Estado Democrático de Direito fora sequestrado pelo *Lawfare* em detrimento dos valores humanitários, assim como, da própria lei

27 STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Notícias STF. 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

(DUNLAP, 2001b). Nesse contexto, a partir da análise do maxiprocesso denominado Lava-Jato[28], conclui-se que este pode ser considerado o maior *Lawfare* político já visto no Brasil.

O círculo vicioso repressivo (ROSA e AMARAL, 2017, p. 75) desses maxiprocessos tem com reflexo o desprezo por princípios comezinhos inerentes à democracia. Cumpre reafirmar, o "processo do espetáculo" gera conceitos próprios de legalidade. Por conseguinte, no imaginário da população brasileira, plateia desse show processual penal, a flexibilização de cláusulas pétreas é plenamente justificável face à urgência de **"**medidas contra a corrupção**"**[29].

É possível afirmar que sob a égide da Constituição e do Pacto de São José de Costa Rica (Decreto nº 678/92) a instauração de um *Lawfare* político constitui uma violação dos Direitos Humanos, posto que o direito a um julgamento imparcial é clausula pétrea do ordenamento jurídico. Assim sendo, a violação de direitos fundamentais não pode ser justificada pelo ficto combate à impunidade. A previsão é de que essa cultura da punição (ROSA e AMARAL, 2017) terá como resultado a perpetuação de procedimentos caracterizados pela parcialidade, seletividade e finalidade política.

2. Fishing expedition: origem, conceito, recepção no ordenamento jurídico brasileiro e relação com o Lawfare político

De maneira oposta ao entendimento de que a permanência de resquícios inquisitoriais consiste em um óbice à efetivação do processo

28 Para compreensão do estabelecimento da relação entre maxiprocessos e a Operação Lava Jato, vide o artigo do atual Ministro da Justiça, então juiz Sérgio Moro, responsável pelos processos que originalmente constituíram a Operação Lava Jato (MORO, 2004), em que não apenas descreve as características da Operação Mãos Limpas, como conclui que estavam presentes em 2004 as condições para realização de operação semelhante. Vide a análise das características dos maxiprocessos por Luigi Ferrajoli, bem como sua compreensão de que a Operação Mãos Limpas é um maxiprocesso (FERRAJOLI, 2014, p. 760). Vide também a análise realizada por SANTORO e TAVARES (2019., capítulo 2), para quem a Operação Lava Jato reúne todas as características de um maxiprocesso.

29 Dez medidas contra a corrupção. Disponível em:<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

penal democrático, os agentes do *Lawfare* político brasileiro aparentam, a fim de justificar as arbitrariedades por eles perpetradas, relativizar princípios como imparcialidade, inocência e inércia judicial.

Nesse contexto "Pós Democrático", no qual há uma naturalização do trespasse das fronteiras da democracia (CASARA, 2018, p. 72), as *fishing expeditions*, no Brasil, se tornaram uma ferramenta amplamente utilizada pelos supracitados agentes.

O conceito de *fishing expedition* nasceu na Inglaterra da Idade Média, nas cortes eclesiásticas, especificamente na *Court of High Comission*, época em que o princípio do *nemo tenetur se detegere* era relativizado em casos de crimes de autoria conhecida (QUEIJO, 2012, p. 36). Assim, os acusados eram compelidos ao juramento *ex officio*, no qual as partes eram interrogadas, devendo responder a qualquer pergunta formulada pelos juízes, incluindo as que não tinham relação com o suposto fato delituoso (QUEIJO, 2012, p. 37). Tal interrogatório, por se pautar em um conjunto de provas insuficientes, passou a ser chamado de *fishing expedition*, em tradução literal, "expedição de pesca".

Isto posto, o instituto em análise passou a ser considerado como qualquer investigação prévia especulativa, a qual tenha como objetivo a descoberta de indícios de crimes porvindouros, visando a possibilidade de uma futura acusação.

O objeto precípuo deste trabalho consiste na *fishing expedition* decorrente de mandados de busca e apreensão genéricos e irrestritos. Sabe-se que, naturalmente, a diligência policial tem natureza ostensiva (GOMES, 2016), entretanto, um Estado Democrático de Direito não comporta a ostensividade desmedida.

A acusatoriedade vigente não permite o processo surpresa, ou a "*carried in the dark*" - introdução de provas pela parte contrária, ignorando se sua natureza era ilícita (ROSA, 2017, p. 133). Assim sendo, no processo penal acusatório as partes devem ser informadas de todos os atos praticados, conhecerem as suas fundamentações, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Apesar de sua ocorrência habitual nas comunidades (LOPES JR. e ROSA, 2018), visto que o populismo punitivista (ROSA e AMA-

RAL, 2017, p. 55) associa tais locais ao crime organizado[30], as *fishing expeditions* não são abordadas pela doutrina e jurisprudência de forma relevante. Tal fato ocorre, majoritariamente, devido à mentalidade utilitarista dos atores do processo penal do espetáculo que naturalizam os excessos aos limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio. Outro fator relevante para limitada menção desse instituto na jurisprudência é, justamente, o de sua ocorrência ser preponderante nas áreas periféricas, onde o acesso universal à justiça permanece com *status* de objetivo a ser alcançado e os limites jurídicos ao arbítrio são ignorados.

Não obstante o irrisório enfretamento da investigação em análise, as balizas do Estado Democrático de Direito vedam a ocorrência da *fishing expedition* de forma indireta. *Exempli gratia*, o art. 243, II, do Código do CPP preceitua que o mandado de busca deverá conter justificativa e a finalidade da diligência. Dessa forma, o requisito para a configuração da "pesca informativo-probatória", qual seja o exíguo lastro probatório, não encontra fundamento legal.

Outrossim, a inadmissibilidade das provas ilícitas, produzidas por meios ilícitos e as derivadas das ilícitas, prevista no art. 5º, LVI, da CRFB/88 c/c artigos 157 e 243, ambos do CPP, torna indubitável a incompatibilidade da *fishing expedition* com o ordenamento jurídico pátrio. Os requisitos expostos no artigo 243 do CPP são indispensáveis à admissibilidade do mandado de busca, logo, a não observância ao dispositivo torna a atividade persecutória ilegal. Portanto, mediante interpretação sistemática, considerar-se-ão ilícitas quaisquer provas obtidas através da *fishing expedition*.

Em que pese a vedação da ocorrência do instituto supramencionado, após uma apreciação analítica, verifica-se que o maxiprocesso Lava-Jato, em plena discordância ao sistema acusatório, emprega o sistema presidencialista de gestão/produção de provas ao utilizar a *fishing expedition* como instrumento de *Lawfare* político.

---

30 *OPERAÇÕES de busca e apreensão "coletivas" em favela do RJ foram ilegais. Revista Consultor Jurídico.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-ilegal>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.*

Na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, a qual tramitou na 13ª Vara Federal Criminal da Comarca de Curitiba, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva denunciou a ocorrência de *fishing expeditions* determinadas pelo juízo acima informado.

Segundo a defesa, em 12/02/2016, o sigilo dos dados bancários e fiscais do ex-presidente, de seus familiares - incluindo sua esposa falecida -, do Instituto Luiz Inácio Lula da Silva e da LILS Palestras, Eventos e Publicações Ltda., bem como, de todas as empresas ligadas aos seus familiares, além dos sócios e outras empresas ligadas a esses, foram afastados[31]. A ilegalidade de tais atos se torna incontestável, uma vez que tal pesca predatória tinha como finalidade a descoberta de possíveis indícios que indicassem a atuação do ex-presidente no esquema de corrupção ocorrido na Petrobras.

Ademais, denuncia a defesa que, em 04/03/2016, fora deflagrada a "Operação Aletheia", a qual determinou a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, amplos e irrestritos, em todos os imóveis pertencentes ao ex-presidente, aos de seus familiares, aos de pessoas jurídicas que com ele mantenham relação, bem como, aos de terceiros associados a essas pessoas jurídicas[32].

Os fatos acima expostos indicam como as *fishing expeditions* tornaram-se um instrumento de *Lawfare* político, uma vez que as perspectivas de presunção de inocência, sigilo bancário e inviolabilidade de domicílio foram mitigadas com a finalidade de extirpação do ex-presidente do cenário político.

Em suma, torna-se imperioso sobrelevar que as arbitrariedades perpetradas pelos personagens processuais penais, sobretudo pela concordância judicial de regularidade sistêmico-constitucional, não podem ocorrer, mesmo que diante da justificativa de enfrentamento à corrupção generalizada, bem como, não podem ser os direitos e garantias fundamentais individuais vilipendiados.

31 ALEGAÇÕES FINAIS. Luiz Inácio Lula da Silva. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2017/06/alula-alegacoes.pdf. Acesso em: 02 de dezembro de 2018. p. 14.

32 ALEGAÇÕES FINAIS, p. 18.

Conclusão

O presente trabalho analisa perfunctoriamente a identificação do uso do *Lawfare* Político e das *Fishing Expeditions* nos denominados maxiprocessos a partir da Constituição da República Federativa de 88 e da legislação processual penal brasileira. Ademais, os efeitos da aplicação dos institutos em tela no ordenamento jurídico pátrio, ao longo do artigo, foram relacionados ao processo penal do espetáculo, bem como, ao Estado Pós- Democrático (CASARA, 2018, p. 19).

Inicialmente, buscou-se asseverar que, apesar do sistema acusatório ser adotado pela CRFB/88, a permanência de resquícios inquisitoriais serve de justificativa legal para as arbitrariedades praticadas pelos agentes do Poder Judiciário.

Nesse contexto, passou-se à abordagem do provável *Lawfare* político brasileiro. A título de sedimentação, segundo Charles Dunlap Jr., criador da expressão, *Lawfare* consiste no uso do Direito como arma de guerra, sendo seu objetivo eminentemente político. Assim sendo, a fim de que seja instaurado e receba contornos de validade, o *Lawfare* depende da manipulação de perspectivas legais, como cláusulas pétreas e princípios gerais e específicos do Direito.

O maxiprocesso alcunhado de Operação "Lava Jato" foi, superficial e pontualmente, utilizado para identificar a congruência das características paradigmáticas do *Lawfare*. Isto porque, tal processo ocorre mediante práticas de populismo punitivista (ROSA e AMARAL, 2017, p. 55) e espetacularização. Tal assertiva se denota por ter sido utilizado como responsável pela concepção de uma aparente agenda anticorrupção, bem como, pela criação de personagens dotados de características heroicas com o intuito de mascarar as ilegalidades decorrentes de tais megaoperações, visto que a flexibilização de direitos fundamentais no processo supracitado tornou-se fator recorrente.

Nesse diapasão, respaldando-se nos conceitos de Estado Pós Democrático e cultura da punição, o HC 126.292[33] foi pontualmen-

33 STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Notícias STF. 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

te analisado para demonstrar a hipótese de que tal processo afeiçoa o *Lawfare* político, uma vez que a presumida guerra contra a corrupção foi utilizada para afastar direitos e garantias constitucionais, como a presunção de inocência, e modular o conceito de trânsito em julgado, tendo como um de seus, possíveis e hipotéticos, intuitos a retirada do ex-presidente Lula do cenário político brasileiro.

Em seguida, o instituto do *fishing expedition* foi analisado e identificado como sendo qualquer investigação prévia especulativa, a qual objetive a pesca de indícios de crimes futuros para que esses sirvam de embasamento fático a acusações posteriores.

As *fishing expeditions* consideradas no presente trabalho são as consubstanciadas por mandados de busca e apreensão genéricos e irrestritos, sendo os primeiros dotados de não especificidade sobre o objeto da busca e da apreensão, e os segundos caracterizados pela não restrição de quais sujeitos serão alvos dos mandados.

Ocorre que, apesar do ordenamento jurídico pátrio não vedar a ocorrência da *fishing expedition* de forma expressa, verificou-se que a mera existência das marcas do Estado Democrático de Direito torna a tal "pesca predatória" ilegal.

Outrossim, a partir da análise dos dispositivos 157 e 253 do CPP, bem como, do art. 5º, LVI, da CRFB/88, chegou-se à conclusão que devido ao fato dos mandados de busca e apreensão em análise não obedecerem aos princípios da taxatividade e da referibilidade das medidas cautelares, a própria investigação não se reveste de legalidade, tornando assim, as provas obtidas nas *fishing expeditions* inadmissíveis.

Após os exames supracitados, evidenciou-se que as *fishing expeditions* podem servir de instrumentos de *Lawfare* político. Tal correlação teve como escopo a breve análise do possível *Lawfare* utilizado contra o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, já que se identificou a "pesca predatória" em seu processo.

Verificou-se que o maxiprocesso Operação "Lava Jato", ignorando os preceitos do sistema acusatório vigente e a partir da expedição de mandados de busca e apreensão genéricos e irrestritos, adotou como regra heterodoxa o sistema presidencialista de gestão/produção de pro-

vas, visto que foram instauradas *fishing expeditions* como instrumentos de aporte informativo-probatório.

A assertiva acima teve como fonte de pesquisa a Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, a qual tinha como réu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nela, o atual Ministro da Justiça, Dr. Sergio Moro, determinou a quebra dos sigilos bancários e fiscais do ex-presidente, de sua família, de empresas a eles relacionadas e de terceiros ligados a essas empresas.

Como se não bastasse, em outra megaoperação chamada de "Aletheia", o juízo da 13ª Vara Federal Criminal da Comarca de Curitiba determinou a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, amplos e irrestritos, a fim de averiguar indícios hipotéticos capazes de demonstrar a atuação dos investigados no esquema de corrupção ocorrido na Petrobras.

Cumpre reafirmar, a deflagração da "Lava Jato" a coloca no espectro do *Lawfare* político, pois o intuito de tal maxiprocesso fora amplamente divulgado como político. Ademais, os preceitos, antes pétreos, da presunção de inocência, sigilo bancário e inviolabilidade de domicílio foram atenuados visando o encarceramento dos investigados até a realização de acordos de colaboração premiada.

Conclui-se, portanto, que há evidências fático-procedimentais que identificam a realização de *Lawfare* político no Brasil, tendo como um de seus instrumentos as *fishing expeditions*.

Ocorre que, tal "pesca" predatória de informações vilipendia de forma inconteste os Direitos Humanos, haja vista a mitigação da inviolabilidade, da intimidade e do domicílio e da taxatividade e referibilidade das cautelares.

Portanto, a utilização da *fishing expedition*, diante dos preceitos constitucionais de tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais, pode ser reconhecida como instrumento de *Lawfare* político e consiste em um retrocesso para o Estado Democrático de Direito, posto que no que tange a matéria processual penal, a pretensão punitiva estatal deve se submeter à íntegra observância das cláusulas pétreas democráticas.

Referências bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª edição. São Paulo. EDIJUR, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo**. 4ª edição. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). **CRISE no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.), **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.23.

DEFESA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA. Alegações Finais. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2017/06/alula-alegacoes.pdf. Acesso em: 02 de dezembro de2018.

DEZ medidas contra a corrupção**. MPF** Disponível em:<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare Today and Tomorrow in: **International Law and Changing Character of War**. Raul A. Pete Pedrozo e Daria P. Wollsschlaeger editores, 2001a. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acessado em 25 de outubro de 2018.

DUNLAP, JR. Charles J. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Presented at *Humanitar-*

ian Challenges in ***Military Interventions Conference***. 2001b. Disponível em: < https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3500/>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

DUNLAP, JR. Charles J.. Does Lawfare Need an Apologia? *Case Western Reserve* ***Journal of International Law*** 121-143. (2010). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347 Acesso em: 30 de novembro de 2018. p.1.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A execução da busca e apreensão, capacidade de representação do delegado de polícia, etiquetamento e o controle judicial. Atualidades. **Revista dos Tribunais**. 2016. RT VOL.964 (FEVEREIRO 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.10.PDF. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: law as a weapon of war**. New York: Oxford University Press, 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A ilegalidade de *fishing expedition* via mandados genéricos em "favelas". **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista CEJ,** Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62., jul./set. 2004.

O que é lawfare? Disponível Em < http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Acessado em 24 de outubro de 2018.

OPERAÇÕES de busca e apreensão "coletivas" em favela do rj foram ilegais. ***Revista Consultor Jurídico***. *2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-ilegal>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.*

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª edição. Saraiva. 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 2ª edição. Florianópolis. Empório Modara. 2017. p. 133.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: A ostentação do horror**. 3ª edição. Florianópolis - SC. Empório do Direito, 2017, p. 55.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVA, Viviani Ghizoni; MELO E SILVA, Philipe Benoni. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto do Processo Penal**. Florianópolis: EMais, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natália Lucero Frias. **Impeachment de 2016: uma estratégia de Lawfare politico instrumental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Notícias STF. 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

TEM vindo bastante peixe, diz Moro sobre Lava Jato. Folha de São Paulo. 2015. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1699116-moro-elogia-juiza-que-ordenou-busca-em-empresa-de-filho-de-lula.shtml. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

***WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW**, edition 2. S.v.* "fishing expedition." Disponível em https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Fishing+Expedition. Acesso em 11 de julho de 2020.

ZANIN, Cristiano. **Lawfare**. Entrevistador: Brenno Tardelli. 17 de novembro de 2016. Disponível em http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguicao-politica/. Acessado 16 de setembro de 2018.

A NECESSIDADE DE REVISÃO CONTEXTUALIZADA DO ART. 25 DA LEI 12.016/2009 E O RECONHECIMENTO DE CAUSALIDADE EM AÇÃO MANDAMENTAL À LUZ DO CPC/2015

Márcio Lima Silva

I. INTRODUÇÃO

A dinamicidade do direito impõe uma constante reflexão dos dispositivos, no caso, acerca do entendimento historicamente firmado torno da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em ação mandamental, ainda mais em um Estado que intenta ser eficiente, mas vê o crescente aumento de demandas judiciais em face de condutas coatoras que tolhem ou retardam os direitos do cidadão.

Para delinear o estudo sobre os honorários advocatícios de sucumbência no remédio constitucional do Mandado de Segurança, impõe-se analisar a natureza da referida condenação à luz dos dispositivos legais, bem como abrangendo a natureza atribuída à mencionada verba, para, então, avançar para o tratamento jurisprudencial e legal que é dado ao tema posto em debate.

Esclareça-se que não se pretenda acusar de erro as mais altas Cortes de justiça do País – cujas composições remetem a célebres juris-

tas – nem pôr em descrédito o nosso Poder Legislativo, mas há de se questionar a exceção criada em Mandado de Segurança que exonera o Estado de arcar com verbas sucumbenciais, impondo uma peculiar vantagem ao causador de dano. Assim, pretende-se analisar a incumbência do ônus de arcar com honorários advocatícios sucumbenciais, sem perder de vista as teorias doutrinárias e os princípios em torno do tema e, principalmente, a legislação em vigor.

O objetivo do trabalho consiste na análise do dispositivo da Lei nº 12.016/2009, dos textos sumulados do STJ e do STF em cotejo com o Código de Processo Civil, o princípio da causalidade e com a Lei nº 8.906/94, analisando o contexto de cada edição e o quadro fático atual. De forma mais específica, traçam-se considerações acerca da evolução doutrinária e normativa sobre o tema, para então concluir do cabimento ou não da condenação em honorários de sucumbência em sede de mandado de segurança.

A pesquisa fora realizada pela via bibliográfica qualitativa, bem como pela análise jurisprudencial, ensejando reflexões acerca do tema e de suas consequências positivas no Direito Brasileiro.

II. A NATUREZA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS HONORÁTIOS ADVOCATÍCIOS

Tratando-se da análise da condenação em honorários advocatícios, de modo geral, tratou o Código de Processo Civil em seu art. 85[34], com arrimo no princípio da sucumbência, de atribuir ao vencido processualmente o ônus de arcar com despesas para indenizar despesas advocatícias da parte adversa. Tal crédito, de titularidade do profissional que atuou na demanda e conta com tal verba para sobrevivência, revela-se uma punição ao causador do desequilíbrio das relações sociais, sendo punido ao final do reconhecimento judicial da situação de ilegalidade.

O mandado de segurança, diferente do rito de juizado ou das demandas trabalhistas, não se amolda em rol de demandas que permitem o *jus postulando*, reforçando a essencialidade do advogado já prevista no

34 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

art. 133[35] da Constituição Federal e reiterada no plano infraconstitucional (art. 2º da Lei n. 8.906/94[36]) taxando o labor advocatício como serviço público de função social.

Ou seja, constitui o advogado o elemento estruturante a quem cabe intermediar de forma justa o relacionamento entre os Poderes Constituídos da República e a sociedade civil, cabendo preservar e defender os direitos e a ordem legal estabelecida, aperfeiçoando as instituições jurídicas. Afinal somente em um ambiente protegido pelas garantias constitucionais com permanente monitoramento da incidência dessas garantias é que se poderá ter o efetivo Estado de Direito.

Nessa temática os honorários advocatícios constituem a contraprestação e a retribuição pecuniária pelo trabalho exercido pelo advogado, cuja importância fora abordada.

Os honorários advocatícios subdividem-se em duas espécies, a saber: contratuais e de sucumbência. Os primeiros de responsabilidade do cliente/indivíduo que teve seu direito violado e os aqui discutidos, a segunda espécie de honorários, qual seja, a sucumbencial, devida somente na hipótese de atuação processual e contenciosa do procurador.

Os honorários advocatícios sucumbenciais de tão basilares já existem alguns doutrinadores que comumente tem elevado ao patamar de princípio. Se taxativamente não alça o texto constitucional neste ponto, não se pode perder de vista que enquanto verba remuneratória alimentar, repousa sobre a dignidade da pessoa e com igual razão sobre a dignidade profissional (art. 1º, III e IV CF[37]). E dessa dignidade decorre a devida remuneração, entendendo-se por devida aquela propor-

35 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

36 Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

37 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

cional ao labor prestado, sendo o labor no caso de demanda judicial em maior grau de complexidade.

De tão evidente o caráter remuneratório que o próprio o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que os honorários advocatícios, sejam contratuais ou sucumbenciais, têm caráter alimentar, ou seja, consiste em verba a amparar a dignidade do profissional e para a mantença de sua família.

III. A CAUSALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O JUÍZO DE RACIOCÍCIO DO JULGADOR

O Direito Processual brasileiro preceitua, no artigo 85 do Código de Processo Civil[38], a quem cabe o ônus do pagamento das despesas processuais, o que vem a ser o princípio da sucumbência. Verifica-se que o Código de Processo Civil consagra a ideia de que os custos serem arcados pelo vencido.

Aliado a essa ideia primeira, para averiguação em situações específicas, nas quais não se justificava que a parte, ainda que vencida em parte, seja condenada ao ônus da sucumbência, surgiu o princípio da causalidade, o qual se funda na premissa de que aquele que deu causa à movimentação do aparato judiciário, do processo judicial, deve arcar com as suas despesas.

Em estudo doutrinário sobre o princípio da causalidade, ensina DINAMARCO, 2002 que a sucumbência é uma aferição cômoda, uma regra aproximativa, devendo prevalecer a causalidade, que seja, devendo responder aquele que tiver oposto resistência sem ter razão.

Essa interpretação fundada na averiguação daquele que deu causa à movimentação do aparato judiciário decorre da dedução lógico-sistemática do prévio art. 22[39], do CPC/73, que, introduziu a positivação

38 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

39 Art. 22. O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios

do princípio da causalidade no ordenamento jurídico brasileiro, determinando a aferição da responsabilidade pelas despesas processuais.

Vê-se, pois, que a origem do princípio da causalidade rememora o conceito de distinguir, originariamente, entre a essência do justo e do injusto.

Assim, embora conceitualmente diferentes o princípio da causalidade não exclui o princípio da sucumbência, aliás, eles se complementam, pois o princípio da sucumbência no caso em tela, reside na causalidade e não na derrota da parte.

Aliás, observa CAHALI-1990 que a ideia de causalidade não se dissocia necessariamente da ideia de sucumbência, uma vez que, o ônus estaria atribuído à parte que estava errada, ou seja, como regra, a parte vencida na demanda; entretanto, o equívoco reside em engessar tal preceito.

O princípio da sucumbência cede lugar ao princípio da causalidade, o qual revela a ideia de que aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, ainda que vencedor, deve arcar com os encargos daí decorrentes.

Para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda se a ação fosse julgada pelo mérito.

O exercício de raciocínio este que foi trazido ao nosso atual Código de Processo Civil ao atribuir ao julgador tal análise para os casos de perda de objeto (art. 85, §10, CPC[40]), por exemplo. E com acerto, pois não deve o intérprete apegar-se à literalidade do art. 85 do CPC[41], mas, sim, interpretar o princípio da sucumbência como importante elemento do princípio da causalidade, enfim, seu mais relevante indício, evitando, assim, equívocos que uma interpretação literal e fria da norma, certamente, pode provocar.

40 § 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

41 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Afinal, o princípio da causalidade melhor se presta à fixação das despesas processuais, porquanto, indubitavelmente, sem as amarras, por vezes insensíveis da sucumbência, atende, no dizer do insigne Carnelutti (FELZEMBURG, 2006), a um princípio de justiça distributiva, onerando quem, efetivamente, deu causa à demanda, bem como, remunerando o advogado atuante pela parte que se sagra vencedora da ação e, à luz da causalidade, que não tenha dado causa à judicialização.

IV. A AÇÃO MANDAMENTAL E O TRATAMENTO DADO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Observadas as premissas acima, do papel constitucional e do serviço público e social prestado pelo advogado, há de se debater o tema focado na problemática proposta, a possibilidade de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais no remédio cível-constitucional denominado Mandado de Segurança.

Rememore-se que se discute o debate em torno do pagamento de uma verba de natureza nitidamente salarial e alimentar a um profissional que desempenha seu papel atuando em um processo em combate a ilegalidades ocasionalmente impostas pelo ente público a seus comandados.

É incontroverso que a matéria posta em debate é por demais polêmica, em um campo em que debates travados já motivaram a edição de súmulas pelas Cortes máximas deste País que foram a raiz da positivação trazida pela Lei nº 12.016/2009.

O Mandado de Segurança é uma interpelação judicial movida com o fito de desconstituir atos abusivos eventualmente cometidos pela administração pública através de seus agentes ou representantes em desfavor dos administrados, resguardando, assim, direitos não amparados por outros remédios ou medidas judiciais. Sendo, a bem da verdade, um procedimento dotado de singularidade tão peculiar a ensejar a edição de lei própria.

Trata-se de um instrumento trazido para o direito positivo brasileiro pela Constituição Federal de 1934 e que foi consagrado pela nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LXIX[42], simbo-

42 LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data , quando o responsável pela ilegalida-

lizando o resgate da Cidadania e da Democracia festejada em nossa Carta Maior na para prevenção e defesa de atos ilegais, um instrumento marco da liberdade do indivíduo em face do Estado.

Trata-se de uma ação, sem sombra de dúvidas, de caráter constitucional, existem divergências quanto a classificá-la quanto a uma ação, mas encontramos na obra do respeitado professor MEIRELES-1995, boa conceituação, a tendo como uma ação de natureza civil, considerando-o uma ação civil de rito sumário especial. Afinal, a previsão legal impõe um rito célere e ágil, com preferência de julgamento, com amparo no CPC de norma subsidiária, o que lhe confere o que DI PIETRO (1999, p. 612) denomina rito sumaríssimo.

Ou seja, uma ação civil mandamental célere, proposta como remédio constitucional, a fim de assegurar direitos e restabelecer o equilíbrio na relação cidadão-Estado, possuindo em sua gênese o freio às arbitrariedades do Estado, uma vez que pelo mandado de segurança busca-se assegurar direitos e garantias do cidadão que por vezes sai prejudicado em uma relação rotineiramente frágil e desequilibrada.

Portanto, o Mandado de Segurança se tornou o mais absoluto meio de se acabar com as ilegalidades e abusos de poder cometidos pelos servidores e agentes públicos, sendo demonstração plena do exercício de cidadania, de liberdade civil e política, constituindo meio de defesa eficaz contra atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Afinal, rememore-se, somente cabível contra direito certo e cristalino, de modo a ser manifesta a ilegalidade da negativa estatal.

Conforme já apresentado ao longo do presente trabalho, os honorários advocatícios constituem a contraprestação e a retribuição pecuniária pelo trabalho exercido pelo advogado, sendo a espécie sucumbencial, aquela devida na hipótese de atuação processual e contenciosa do causídico, ou seja, quando há a demanda em juízo. Ou seja, a condenação da parte vencida para remunerar a atuação do causídico da parte que obtém êxito processual.

Por muito tempo se discutiu a possibilidade de haver a condenação, em seara de mandado de segurança, de honorários advocatícios de

---

de ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

sucumbência, uma vez que como ação, regida pela lei processual cível, adequar-se-ia ao *Codex* processual cível, bem como, ao insculpido neste diploma, o já tratado princípio da sucumbência. Por outro lado, para aqueles de pensamento em sentido contrário, as peculiaridades e a natureza mandamental, afastavam a natureza cível, fulminando a pretensão dos advogados.

Em que pese a recente positivação no direito brasileiro, antes mesmo da promulgação da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), que sedimentou a posição sobre o descabimento de tal pretensão, os Tribunais por se depararem repetidas vezes com o assunto, já haviam editado verbetes sumulares e discutido por diversas vezes o tema.

Na verdade, tais verbetes, sintetizando uma série de pensamentos e doutrinadores, foram responsáveis por esculpir o teor do art. 25 da Lei do Mandado de Segurança[43] nos moldes em que editada, expondo o pensamento jurisprudencial majoritário.

Por ordem cronológica, historicamente, a primeira posição veio do Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 512[44], aprovada em plenário na data de 03/12/1969.

A leitura do texto da Suprema Corte revela as premissas em que se fundou a edição do verbete sumular. A saber, a um, o mandado de segurança se trataria de processo sem lide, não sendo um processo comum, em que há uma tríade entre partes demandantes e Estado-juiz. A dois, a autoridade impetrada não se defende, apenas sustenta o ato. Em termos processuais, não há a apresentação de contestação ou defesa no sentido estreito, a parte invocada aos autos tão apenas apresente informações, sem compromissos formais presentes em uma defesa técnica. A três, no *habeas corpus,* processo de idêntica natureza, também não haveria condenação honorária, o que em uma interpretação sistemática não poderia colidir. A quatro, tratar-se-ia de garantia de sede consti-

43 Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

44 Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

tucional. E, a cinco, o representante judicial do Estado não poderia receber honorários, por já ser remunerado.

Diz-se isso porque nos autos de um dos processos que serviu de base para a elaboração do texto sumular, o RE 61.097, o Ministro da Suprema Corte Eloy da Rocha, Relator elucidou que a razão de não cabimento de honorários se dava por ser uma demanda que tinha escopo em garantia constitucional, sendo medida irmã do *habeas corpus*, de modo que não se estendia às regras gerais processuais. Ou seja, entendeu a Corte Suprema que não se poderiam aplicar regramentos previstos para demais ações cíveis, sendo dado ao mandado de segurança tratamento idêntico ao caso do habeas corpus (da seara criminal), afastando, pois, alguns pontos do Código de Processo Civil, em especial, as regras a respeito da sucumbência.

Inobstante o entendimento ainda fosse debatido, mesmo já havendo a Súmula nº 512 do STF, esta não era encampada de forma absoluta[45], até que, em 26/05/1994, em julgamento de Embargos de Divergência, chegada a vez de o Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre o tema para unificar em seu Tribunal a interpretação, idêntico foi o sentido trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial nos autos do EREsp 27.879, um dos recursos base para a edição da súmula 105 da referida Corte[46], também alçando a conclusão para não se aplicar ao Mandado de Segurança a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Sem maiores inovações aos argumentos do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça adotou as mesmas premissas e argumentos, sem maiores debates, servindo de base, quanto aos honorários, para o Projeto de Lei 1351/1999, que originou a Lei nº 12.016/2009, que conforme já narrado, positivou a vedação à condenação em honorários sucumbenciais em seu art. 25.

45 Tanto o era que nos autos do REsp nº 68600/RS, da relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, em 30.11.1992, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, decidiu pela condenação em honorários advocatícios:

46 Súmula 105/STJ: Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios

Desta feita, é evidente que o caminho trilhado pela jurisprudência culminou na construção de um sentido positivado em que se equiparou a ação cível mandamental à ação penal mandamental.

V. O FUNDAMENTO PARA UMA REVISÃO DE PENSAMENTO

Inobstante a sedimentação do entendimento, há de se considerar que há margem para o debate, uma vez que as premissas traçadas para que se alçasse o entendimento forma controversas e ensejam o debate, buscando sempre aperfeiçoar e buscar a efetividade do Direito.

O pensamento pela vedação decorre daqueles que consideram não ser o Mandado de Segurança um processo comum, com índole constitucional e assim como o habeas corpus não suportaria tal condenação.

Inobstante um caso sedimentado e reproduzido indistintamente, não discutir nem debater o tema seria uma limitação ao próprio dinamismo do Direito, que se caracteriza pela mutalidade, andando *pari passu* ao evoluir social, demandando um entendimento contemporâneo.

Não se pode perder de vista que o processo de Mandado de Segurança, embora com previsão legal específica, tem seu rito todo de acordo com o Código de Processo Civil, sendo incontroversa a incidência da norma geral processual a todo o processo mandamental. Se assim não fosse, o processamento de uma ação mandamental se tornaria quase impossível, em razão da falta de norma aplicável.

Nesse sentido, em análise da legislação anterior, mas com idêntico contexto, pontuou o insigne Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e doutrinador OLIVEIRA (1990), que realmente, sem a aplicação do Código de Processo Civil seria impossível o processamento de Mandado de Segurança, pois a legislação específica não tinha previsão de temas cuja regulamentação era indispensável para o andamento de um processo judicial.

Se necessária fosse previsão expressa para aplicar o Código de Processo Civil na ação mandamental, não seria preciso, a grosso exemplo, que a sentença no *mandamus* contivesse relatório, pois não estaria obrigada a atender os requisitos legais previstas no *Codex* e não existe previsão expressa na lei especial exigindo relatórios dos fatos ocorridos

no processo. Pelo que, como se aplica as normas processuais cíveis, hão de serem aplicadas em sua inteireza, o que inclui, por óbvio, o disposto já no multicitado art. 85, CPC.

Essa aplicação das normas do Código de Processo Civil é reforçada para contrastar a premissa de identidade entre as ações mandamentais, quais sejam, *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança. Afinal, enquanto o *Habeas Corpus* não exige formalidades técnicas e nem atuação especializada, o Mandado de Segurança se dissociou no tempo e além de ter obediência à Lei Adjetiva, a sua postulação constitui ato privativo da advocacia, até mesmo quando da sua apresentação na Justiça do Trabalho (Súmula nº 425/TST[47].

O universo jurídico não há de permitir que por questões de mero pragmatismo reproduza-se o entendimento firmado noutros tempos, como se o Direito estático fosse. A questão, no entanto, merece ser revista e debatida à luz de novos e outros argumentos já formulados, diante da alteração da realidade social e do surgimento de novos dispositivos legais após a edição das súmulas, sob pena de engessamento da jurisprudência.

A história da humanidade prova que as sociedades não têm caráter estático. A ideia de desenvolvimento traz em si a concepção de processo evolutivo, logo pensar na evolução da humanidade implica necessariamente compreender as transformações sociais inerentes ao referido processo, não podendo ficar de fora o Direito. Ora, se a Sociedade e o Direito devem seguir afinadas, as transformações sociais devem se traduzir em transformações no Direito. Não havendo, pois, de persistir um entendimento formulado no século anterior.

De modo incisivo, OLIVEIRA (1996) já alertava que a edição da súmula do STF não atendia a realidade, dada a diferença de contexto social.

Nem se poderia pensar diferente, afinal o momento atual revela um Estado que introduziu o princípio da eficiência no serviço público

47 SÚMULA Nº 425 - *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

(art. 37, *caput*, CF[48]), não sendo crível a banalização do ataque a direitos líquidos e certos sem ser atribuída responsabilidade alguma ao ente causador, o Estado. E, além, força a intervenção de um profissional que tem função social de intervir para assegurar um direito de um cidadão.

Destarte, há de se reconhecer a necessidade de condenação do vencido na ação de mandado de segurança em honorários advocatícios, garantindo, inclusive, a efetividade do processo civil e a dignidade dos sujeitos, sob pena de submetermos ao jugo estatal, suportando condutas arbitrárias, ilegais e abusivas do Poder Público, violadoras de direito, sem a devida responsabilização pelo ilícito, uma vez que sairia em vantagem o ente público violador de direitos, que não teria que arcar com o ônus sucumbenciais. Há, pois, de se instigar a mudança legislativa, derrocando essa limitação que mitiga a remuneração dos advogados.

V. CONCLUSÃO

Efetivamente, o direito deve estar numa via de mão e contramão com a sociedade que lhe incumbe pacificar. Assim, tem a ciência jurídica à obrigação de refletir os anseios e valores vigentes na sociedade em determinado momento.

Com efeito, a vedação em honorários advocatícios sucumbenciais atualmente positivada em nosso ordenamento jurídico, decorre de premissas criadas em momento anterior à Constituição, que não se amoldam ao presente momento ao passo em que desprestigia a advocacia, maior prejudicada com esse pensamento retrógrado e convalida a prática de ilegalidades pelo Estado.

Observe-se que o rito especial mandamental força a presença de um profissional na assistência do cidadão prejudicado, sendo um ser de importância e indispensabilidade para tal, não por acaso, atos da advocacia constituem múnus público.

48 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

Mais grave ainda, durante o rito de um Mandado de Segurança o profissional se obriga a encargos que o responsabilizam civilmente caso acarrete em prejuízo ao cliente/cidadão. Ou seja, assume o profissional advogado o risco de poder responder por prejuízos causados ao indivíduo, enquanto o Estado causador do ato ilícito se beneficia e sai inerte de sua conduta.

Nesse cenário, com a permissividade legal do julgador de, com base no princípio da causalidade, poder aferir não só o vencedor da demanda, como também que lhe tenha dado causa, a condenação em honorários advocatícios teria o condão de em determinadas situações reforçar o reconhecimento da ilegalidade praticada com a falha da eficiência do serviço público condenando o Estado na verba sucumbencial.

Afinal, um Estado que se apresenta constitucionalmente regida, dentre outras, pela legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, CF), que tem sob sua égide a possibilidade de intervir e punir eventual agente público que destoe dessas premissas, não pode temer honorários advocatícios que possam advir do princípio da causalidade, protegendo-se pela via legislativa para amenizar o peso de suas ilegalidades.

Assim, seja pela dignidade profissional, seja pela efetiva reparação, seja pela eficiência estatal, impõe-se a possibilidade de tal condenação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6027**: Informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 12/07/2020.

_____. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 12/07/2020.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 09/07/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência do Recurso Especial 27.879-RJ. Corte Especial. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília 23 de setembro de 1993. Disponível em <javascript:inteiro_teor('/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199300079336&dt_publicacao=08/11/1993')> Acesso em 12/07/2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 105. Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27105%27> Acesso em 12/07/2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 61.097. Plenária. Relator: Eloy da Rocha. Brasília 12 de setembro de 1968. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=158566> Acesso em 12/07/2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 512. Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=512.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> Acesso em 12/07/2020

CAHALI, Yossef Said. **Honorários advocatícios**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 326

CORDENADORIA de Editoria e Imprensa STJ. **Corte Especial define se honorários de sucumbência têm natureza alimentar.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=85447> Acesso em 12/07/2020

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FELZEMBURG, Daniel Martins. O fato consumado e o ônus da sucumbência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1043, 10 maio 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8378. Acesso em: 12 jul. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**, 16ª edição. São Paulo, editora Malheiros, 1995.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional**. p. 349, 2ª ed., 1996, RT

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Recursos em mandado de segurança e injunção**. Coord. Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 280

GARANTISMO PENAL (IN) APLICADO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA FALTA DA INFORMAÇÃO E ASSISTÊNCIA CONSULAR AO ESTRANGEIRO PRESO NA FRONTEIRA AMAZÔNICA BRASILEIRA

Carlos Eduardo Teixeira de Lima
Jefferson Rodrigues de Quadros

INTRODUÇÃO

Haja vista a dinâmica globalizada e cosmopolita característica da sociedade contemporânea, por diversos fatores e motivos, o trânsito de pessoas estrangeiras entre os países constitui um fenômeno social cada vez mais recorrente, apresentando-se potencializado nas regiões de fronteira, cujas peculiaridades e demandas sociais intensificam-se e, consecutivamente, provocam uma relação de dependência recíproca na busca de bens e serviços entre os vizinhos estrangeiros que, por sua vez, não raras vezes, cometem delitos no outro país.

A região trifronteiriça amazônica, compartilhada entre o Brasil, a Colômbia e o Perú, apresenta uma dinâmica social peculiar pelo fato de promover a integração de povos e costumes diversos, cujas caracte-

rísticas sociais e culturais se complementam e permitem a formação de um modelo socioeconômico caracterizado por acentuadas assimetrias econômicas que, combinadas às limitadas oportunidades de trabalho formal, induzem muitas pessoas à prática de delitos no território do país vizinho.

Enquanto operadores do direito em região de fronteira, resultou possível acompanhar diversos processos penais decorrentes da prática de delitos cometidos por estrangeiros colombianos e peruanos dentro do território brasileiro, permitindo identificar a consumação de alguns atos processuais que, aparentemente, comprometem muito mais do que a defesa do estrangeiro acusado: comprometem princípios normativos, explicitamente, fixados em sede de garantias constitucionais, enquanto derivados de Tratados e Acordos internacionais de direitos humanos, uma vez que dizem respeito a liberdade da pessoa. Nesse sentido, resultou possível observar que os estrangeiros detidos por atos criminosos praticados no território brasileiro, não raramente, assistem o comprometimento das suas defesas devido às debilidades relacionadas a falta de informação dos seus direitos e da assistência consular do seu país de origem, ou seja, são presos sem o acompanhamento ou assistência de qualquer agente oficial da sua nacionalidade, ficando vulneráveis não apenas a constrangimentos e ameaças a sua integridade física, mas também em relação ao reconhecimento da veracidade de todas acusações transcritas pelas autoridades policiais pelo fato de desconhecerem os seus direitos e não saberem ler em português.

A preocupação decorrente da repetição de tal contexto empírico justificou a importância da análise relativa à temática ora proposta, uma vez que, aparentemente, resultam comprometidos alguns princípios basilares consagrados na Carta Constitucional. Destarte, para efeito de ordem de apresentação do presente trabalho, em uma primeira etapa, discorre, sucintamente, sobre a hermenêutica constitucional que orienta a premissa acerca da qualidade do Brasil como Estado democrático de direitos humanos e compromisso com a liberdade; em um segundo momento, analisa o diploma normativo internacional, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, cujo teor estabelece o direito do estrangeiro preso no Brasil em relação à informação e as-

sistência consular; em terceiro, perfaz uma incursão sobre os princípios balizadores que guarnecem as garantias constitucionais asseguradas aos brasileiros e estrangeiros; e por último, apresenta alguns precedentes jurisprudenciais sobre a temática que constitui objeto da investigação.

Em seguida, considerando as temáticas abordadas, em sede de considerações finais, são apresentados os fundamentos balizadores que inspiraram a presente investigação, ou seja, se a hermenêutica constitucional brasileira permite que o direito de informação e acesso à assistência consular ao preso estrangeiro no Brasil constituam condições imprescindíveis para a legalidade do ato prisional.

Para efeito de calcar, metodologicamente, a pesquisa empregou-se o método qualitativo e indutivo, fundamentado mediante observações decorrentes do conhecimento empírico-processual da região, objeto do estudo de caso, devidamente, amparado por investigações bibliográficas realizadas na doutrina, na lei, na jurisprudência e outros dados disponibilizados na Internet. Trata-se de um estudo exploratório qualitativo, apto para abordar um objeto de pesquisa ainda pouco explorado pelas ciências penais, podendo proporcionar maior esclarecimento sobre tal divergida temática relacionada aos direitos do estrangeiro preso no Brasil.

1. COMPROMISSO CONSTITUCIONAL: LIBERDADE E DIREITOS HUMANOS

Enquanto legado da reforma iluminista, a liberdade representa um direito supremo conferido ao homem, somente podendo-lhe ser suprimido em condições excepcionais, dada a sua natureza humanitária e como expressão de direitos humanos. Por tal razão, o teor do *caput* do artigo 5º da CRFB estabelece que a liberdade constitui, na hierarquia axiológica constitucional, um dos bens jurídicos mais relevantes a serem garantidos pelo Estado.

Os fundamentos normativos consignados na Carta Constitucional brasileira preconizam que o Brasil tem na sua essência institucional a condição de Estado democrático de direitos humanos, inclusive, permitindo, expressamente, a elevação dos Tratados e Acordos internacionais relativos a direitos humanos à categoria de Emenda Cons-

titucional. Nesta esteira, relevante destacar acerca da sistemática de incorporação das normas de direitos humanos no plano constitucional.

Sobre tal ponto, o art. 5º, § 3º, da Carta Magna de 1988, instituiu que os Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (LENZA, 2017, p. 62), o princípio da dignidade da pessoa humana é, sem sombra de dúvidas, um dos mais importantes para o direito brasileiro. É um princípio que vincula todo o ordenamento jurídico pátrio que visa a proteção do ser humano perante a sociedade e o poder público, razão pela qual a sua esfera de abrangência não apenas limita a atuação do legislador no processo legislativo, mas também estabelece o comprometimento vinculativo na internalização do direito material e processual cujas temáticas dizem respeito aos direitos humanos.

2. DIREITO DE INFORMAÇÃO E ACESSO À ASSISTÊNCIA CONSULAR

O direito à informação e assistência consular ao preso estrangeiro tem a sua origem preconizada pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, em vigor no cenário internacional desde 19 de março de 1967. No Brasil, a referida Convenção foi internalizada no ordenamento normativo por meio do Decreto Legislativo nº 6/1967, e promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, cujo teor fixado no seu artigo 36º assim insculpe:

> ARTIGO 36º
>
> Comunicação com os nacionais do Estado que envia
>
> 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:
>
> [...]

> b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.
>
> Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos têrmos do presente subparágrafo;
>
> c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. (BRASIL, 1967)

Consoante permitido abstrair-se do teor consignado no aludido dispositivo normativo, resulta notória a sua essência humanitária, uma vez que tem em seu âmago e por objetivo promover ao estrangeiro privado da sua liberdade um direito humanitário mínimo: a segurança de que o seu Estado de origem e familiares tomem conhecimento acerca da constrição da sua liberdade em outro país, bem como possam assisti-lo no acompanhamento de todo o processo penal.

Impende salientar que o direito em discussão não se restringe aos processos de natureza extradicional, mas incide em todas as hipóteses em que ocorra a prisão, no país, de estrangeiros, inclusive cautelares, contemplando toda modalidade de encarceramento ou detenção de qualquer outra maneira. Trata-se, assim, de uma defesa dos direitos do estrangeiro que se encontra privado de sua liberdade em território alheio à sua nacionalidade.

Nesse sentido, segundo declina Jaeger (2011, p. 04) "O regime de comunicação antes referido foi criado justamente para que o nacional detido no exterior tenha o direito de ter sua detenção comunicada ao seu Consulado, a fim de viabilizar o exercício da assistência consular".

Abordando a temática em debate, Analluza Bravo Bolivar (2011, p. 17), declina em linhas tênues que:

> [...] o estrangeiro submetido a um procedimento penal, em especial quando privado de liberdade, deve contar com medidas que lhe permitam um verdadeiro e pleno acesso à justiça. Deve comparecer em pé de igualdade com os nacionais do Estado em que segue o juízo, perante a justiça, sem as graves limitações que implicam a estranheza cultural, a ignorância do idioma, o desconhecimento do sistema processual e outras restrições de suas possibilidades de defesa.

Assim, pelo fato da privação da liberdade do estrangeiro envolver disposições normativas caras, expressamente previstas na ordem constitucional, como a garantia da liberdade enquanto expressão de um direito humanitário, bem como a recepção constitucional dos Tratados internacionais que disciplinam sobre direitos humanos, haja vista a qualidade do Brasil como Estado Democrático de Direitos Humanos, resulta permitido interpretar que o direito à informação e comunicação ao Consulado representam condicionantes para a legalidade da prisão do estrangeiro dentro do território brasileiro de modo a lograr a efetividade das garantias constitucionais que lhes são asseguradas.

3. DIREITOS DO ESTRANGEIRO PRESO NO BRASIL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Antes de mais nada, faz-se necessário esclarecer que os direitos dos presos são aplicáveis tanto ao nacional quanto ao estrangeiro, consoante estabelece o preceito constitucional insculpido no artigo 5º da Carta Magna de 1988.

Segundo o arcabouço jurídico brasileiro, os direitos do preso encontram-se contemplados na Constituição Federal de 1988, no Códi-

go Penal (CP), no Código de Processo Penal (CPP) e, em especial, na Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº 7.210/1984. Todavia, situa-se no campo da ordem constitucional os fundamentos basilares que orientam as demais normas relativas à privação da liberdade: as premissas consagradas em sede de garantias constitucionais preconizadores de princípios explícitos.

Dito isto e desprovido do propósito de abordar amplamente sobre tais princípios, neste tópico perfar-se-á uma sucinta incursão sobre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, os quais são conferidos aos ao preso, seja ele nacional ou estrangeiro, para efeito de robustecer o entendimento que será discorrido em sede de conclusão.

3.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Enquanto guiado pelo sistema acusatório, o processo penal brasileiro estabelece regras claras quanto a separação e independência dos atores envolvidos no processo, a fim de primar pela equidade de condições instrumentais entre o acusado e o acusador, restando permitido às partes promoverem todos os atos que possam influir na decisão judicial.

No que tange ao princípio do contraditório, este se refere à possibilidade conferida às partes de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz (CAPEZ, 2016, p. 97). Nessa mesma linha, Aury Lopes Junior (2016, p. 84) afirma que:

> O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Nucci (2017, p. 09), por sua vez, apresenta uma abordagem mais objetiva quanto ao princípio em comento, asseverando que:

> [...] toda a alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, segundo leciona Fernando Capez (2016, p. 98) "implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa, defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada pelo defensor), (CF, art. 5º LV), e de presta assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV)".

Na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 07) aduz que a aplicação de tal princípio "significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação".

Apresentados tais fundamentos doutrinários sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, resulta possível perceber que a ausência de informação e assistência consular ao estrangeiro preso, sobremaneira, permite sejam produzidas provas ou coletados elementos a ele desfavoráveis, provocando uma violação a tais princípios.

3.2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal trata-se de uma conquista da humanidade, característica da evolução iluminista, com a finalidade de afastar julgados inquisitoriais e abusivos, razão pela qual resultou consagrado como uma das arestas dos direitos humanos estabelecidos em diversos tratados internacionais, os quais culminaram por serem internalizados nos ordenamentos jurídicos de diversos países.

Enquanto corolário das premissas constitucionais fixadas no *"caput"* do art. 5º da CRFB, cujo espectro de abrangência é extensivo aos estrangeiros, o princípio constitucional do devido processo legal,

insculpido, expressamente, no seu inciso LIV, constitui um marco normativo que deve acompanhar toda a fase de instrução processual, uma vez que tem reflexo na proteção de em um dos bens jurídicos mais significativos preconizados pela ordem axiológica constitucional brasileira: a liberdade.

Com o escopo de promover a entrega do direito material, o princípio do devido processo legal demanda uma multidiversidade de instrumentos que condicionam a sua efetividade, sendo que apresentadas debilidades na consecução de algum destes instrumentos, o primado constitucional resulta comprometido.

O devido processo legal é um dos pilares de sustentação do direito efetivo de acesso à justiça, estando intrinsecamente correlacionado com os diversos outros princípios fundamentais constitucionais e processuais penais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, entre muitos outros que devem ser observados para que o processo seja devido e dentro da legalidade das normas existentes.

Nesta toada, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 88), lecionam que:

> O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (procedural *due process*); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process law*).

Noutro lado, Ferraz e Dallari (2007, p. 68), entendem que, o devido processo legal possui a seguinte conotação:

> Processo – seqüência de atos concatenados e encadeados em que todos os interessados tenham forças idênticas.
>
> Legal – a anatomia e a fisiologia, ou seja, o aparto e o procedimento hão de estar previamente estabelecidos em lei, inteiramente reverente à axiologia constitucional pertinente.

> Devido – o processo legal há de ser eficiente, proporcional, transparente e isonômico no equacionamento da deflagração e do favorecimento das instâncias judiciais.

Em síntese, o princípio do devido processo legal tem a finalidade de assegurar toda a relação jurídica processual, desde o seu início, perpassando pelo trâmite regular e válido, até o julgamento final, atento às regras processuais que regem a prestação jurisdicional.

Guardadas as suas peculiaridades geográficas, políticas, culturais, econômicas e sociais, a efetividade do princípio do devido processo legal é díspar no Brasil, sobretudo, na seara processual penal. Dada a dimensão do território brasileiro, tais peculiaridades, inexoravelmente, (re)produzem decisões judiciais assimétricas, considerando aspectos regionais. No âmbito da Amazônia brasileira, fragmentada por diversos Estados federados, as realidades político-regionais, socioculturais e econômicas, não raras vezes, determinam a (in)efetividade do princípio do devido processo legal, haja vista as debilidades estruturais existentes não apenas no plano da investigação criminal, mas também na fase da instrução processual. Esse é o caso característico observado na cidade fronteiriça de Tabatinga, pois devido à falta de estrutura operacional no plano da investigação criminal, não raras vezes, os direitos dos estrangeiros presos são violados, como o oferecimento de informação e acesso à assistência consular ao indivíduo detido, o que, indubitavelmente, compromete o decurso da instrução processual.

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Em que pese a lógica de articulação entre os comandos constitucionais e principiológicos suscitados anteriormente, no plano jurisprudencial, o entendimento sobre a temática versada no presente trabalho apresenta-se de forma distinta e oscilante, senão vejamos.

Neste sentido, tal tema já fora discutido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal:

> "Prisão cautelar para efeitos extradicionais. Comparecimento de agente consular à unidade prisional a que se acha recolhido

> o súdito estrangeiro. Natureza das funções consulares. Dever dos cônsules estrangeiros de proteção e de visita aos respectivos nacionais, quando presos, por qualquer razão, no estado receptor ('état d'accueil'). A importância da notificação consular por parte das autoridades brasileiras. A vocação protetiva da cláusula fundada no artigo 36 da convenção de viena sobre relações consulares (1963). Função jurídica da notificação consular: prerrogativa fundamental que compõe 'o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana' (prof. Cançado trindade), especialmente nas situações em que súditos estrangeiros achem-se privados, ainda que cautelarmente, de sua liberdade. Importante manifestação da corte interamericana de direitos humanos veiculada nos autos da opinião consultiva nº 16 (1999), que apreciou a questão pertinente ao direito à informação sobre assistência consular e sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal. (…)." (PPE 726/DF, rel. Min. Celso de mello, DJe nº 102/2015, publicado em 01/06/2015)

Consoante se verifica, na linha do *decisum* exarado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, restou assentado que o estrangeiro que eventualmente venha a ser preso no Brasil tem o direito à faculdade de comunicar-se com a autoridade consular de seu país de origem, bem como que haja a notificação consular acerca de sua prisão. Tal notificação à entidade consular, enquanto medida necessária para a preservação de direitos tem relevância notória, não apenas como garantia dos direitos da pessoa humana, como também para assegurar o devido processo legal.

Todavia, sob outro ângulo, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve a oportunidade de decidir sobre a temática, consoante transcrito abaixo:

> HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. 1. Habeas corpus impetrado em favor de Libardo Sanabria Lópes, José Uriel Guzmán Garcia, Jonathan Montenegro Guzman, Edson Ayrton Paes Matapi e Baker Paes Matapi (em conjunto: pacientes), todos de nacionalidade colombiana, impugnando atos

praticados pelo Juízo Plantonista do Amazonas, os quais foram presos em flagrante pelo Comando de Fronteira do Exército Brasileiro. Os pacientes são suspeitos da prática, em tese, dos crimes de tráfico transnacional de drogas e de tráfico internacional de armas de fogo. Lei 11.343, de 2006, Art. 33 e Art. 40, I; Lei 10.826, de 2003, Art. 14 e Art. 18, I. 2. Impetrante sustenta, em suma, nulidade decorrente da ausência de informação aos pacientes do direito constitucional de ficar em silêncio, bem como de terem a presença de um advogado; a ofensa ao princípio da paridade de armas (par condicio), sob o fundamento de que não foram encaminhadas à Defensoria Pública da União (DPU) as peças necessárias à compreensão da controvérsia; **violação à Convenção de Viena Sobre Relações Consulares (CVSRC ou Convenção de Viena), diante da ausência de comunicação da prisão dos pacientes à respectiva autoridade consular, bem como da inexistência de tradutor durante a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APFr)**; ausência de homologação do flagrante; e nulidade decorrente da ausência de realização da audiência de custódia nos termos da Resolução 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O impetrante requer a concessão da ordem para colocar os pacientes em liberdade. 3. Liminar indeferida. Parecer da PRR pela denegação da ordem. 4. Ofensa ao disposto na Convenção de Viena. Decreto 61.078, de 26 de julho de 1967, Art. 36, item 1, alínea b. (A) A questão relativa à violação à Convenção de Viena, no ponto em que impõe a comunicação da prisão do estrangeiro à autoridade consular respectiva ficou superada, porquanto esta Relatoria já determinou sua observância. (B) Por outro lado, "[e]ssa garantia não se confunde com aquelas indispensáveis à validade da prisão em flagrante expressamente previstas na Constituição Federal, podendo ser efetivada após a lavratura do respectivo auto. A ausência de informação ao flagranteado desse direito ou da efetivação, pela autoridade competente, da comunicação da prisão à repartição consular de seu país, por si só não vicia de nulidade o flagrante, mormente se não ocasionou

prejuízo ao princípio constitucional da ampla defesa." (TRF 1ª Região, HC 0010980-55.2011.4.01.0000/PA; HC 0010985-77.2011.4.01.0000/PA; HC 0035799-17.2015.4.01.0000/AP; HC 0041549-97.2015.4.01.0000/MT; HC 0057198-05.2015.4.01.0000/MT.) (C) No tocante à ausência de tradutor, inexiste demonstração de forma idônea, inequívoca e convincente de que os pacientes não entendem o idioma nacional, o qual é bastante semelhante ao espanhol. Nesse contexto, inexiste prova de que a ausência de tradutor prejudicou a defesa dos pacientes, e, assim, pas de nullité sans grief. Assim sendo, "[n]ão há que se falar em nulidade da prisão preventiva do paciente, em razão de não ter sido comunicada imediatamente a sua prisão a representação consular, eis que não constitui requisito de validade da prisão preventiva." (TRF 1ª Região, HC 0013123-07.2017.4.01.0000/PA.) 5. Direito ao silêncio e assistência de advogado. CF, Art. 5º, inciso LXIII. (A) Esta Corte tem entendido que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio (CF, Art. 5º, inciso LXIII), por si só, é insuficiente para implicar a nulidade do interrogatório ou do processo. (TRF 1ª Região, HC 0039541-79.2017.4.01.0000/PI; HC 0049029-58.2017.4.01.0000/DF.) Hipótese em que o impetrante deixou de demonstrar, de forma clara e convincente, que a ausência de informação aos pacientes do direito constitucional ao silêncio teria tido relevância concreta na decisão deles de confessar a prática dos delitos a eles imputados. (B) No mesmo sentido, o impetrante deixou de demonstrar, de forma clara e convincente, que a ausência de informação aos pacientes do direito constitucional à assistência de advogado teria causado prejuízo a eles durante a prestação dos respectivos depoimentos. 6. Ofensa ao princípio da paridade de armas (par condicio), sob o fundamento de que não foram encaminhadas à Defensoria Pública as peças necessárias à compreensão da controvérsia. A observância da paridade de armas somente é exigível no curso do processo penal, ou seja, após o recebimento da denúncia. Os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal (CF, Art. 5º, inciso LIV) e ao contraditório e à ampla defesa

> (CF, Art. 5º, inciso LV) são exercidos e observados nos termos da lei processual. (STF, MS 23739/DF; MS 25483/DF.) Na espécie, inexiste determinação legal de que a autoridade responsável pela prisão em flagrante tem a obrigação de encaminhar à Defensoria Pública todas as peças do inquérito policial. A obrigação é de comunicação da prisão, e, não, de instruir essa comunicação com toda a documentação existente nos autos da investigação policial. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994 (LC 80), Art. 4º, inciso XIV. Ademais, inexiste prova de que a autoridade policial negou à Defensoria Pública o acesso às peças do inquérito policial. Inexiste, assim, espaço para falar em ofensa ao comando da Súmula Vinculante 14 do STF. 7. Ausência de realização da audiência de custódia. "Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma [do STJ], 'a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais' (AgRg no HC 353.887/SP [...])." (STJ, HC 413.115/MG; HC 346300/GO; HC 363.278/SP; HC 415.203/SC; TRF 1ª Região, HC 0028944-51.2017.4.01.0000/RR; HC 0014226-49.2017.4.01.0000/MT; HC 0073839-34.2016.4.01.0000/MA; HC 0018553-37.2017.4.01.0000/MG.) 8. Ordem de habeas corpus denegada.

Segundo abstrai-se do referido precedente, o mesmo aponta que, muito embora, a ausência de comunicação da prisão do estrangeiro ao consulado não implique, em regra geral, na nulidade da prisão, não se pode fechar os olhos ao descumprimento da norma que o Brasil e suas entidades representativas deveriam seguir. Relevante destacar que restando configurado que houve prejuízo ao princípio constitucional da ampla defesa tal fato torna a exceção a regra geral, motivo pelo qual poderia falar-se na invalidação da prisão. Ora, se há previsão no ordenamento jurídico, de um dever imposto à autoridade brasileira assegurando o direito ao auxílio consular, tal como ocorre na obrigatoriedade de comunicar a prisão à família ou alguém indicada pelo preso, forçosa também é a observância desta regra.

Desse ponto de vista, parece pacífica a imprescindibilidade da adoção e respeito, por parte das autoridades brasileiras quando da atuação nos procedimentos penais, acerca da observância à determinação contida no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, sob pena de restar configurada a transgressão de um conjunto de princípios que o Brasil se comprometeu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na qualidade de Estado democrático de direitos humanos, segundo previsão expressa na Carta Constitucional, permite-se conceber que a liberdade, enquanto bem jurídico dotado de proteção pelo Estado, constitui-se a regra, sendo a sua privação a exceção. Portanto, o arcabouço jurídico brasileiro relativo às normas privativas de liberdade como expressão de legalidade e cumprimento das garantias constitucionais representa um núcleo duro insuscetível de interpretações dúbias, sob pena de provocar a insegurança jurídica do sistema como um todo.

Enquanto norma processual cuja essência tem por objetivo efetivar o cumprimento de direitos humanos, possível conceber que a falta de informação e assistência consular ao estrangeiro preso no Brasil constitui motivo plausível para a invalidação da prisão, uma vez que violadas garantias constitucionais. Nesta esteira, registre-se que no âmbito das regiões fronteiriças da Amazônia brasileira que a inobservância a tais garantias se potencializam, haja vista as vulnerabilidades instrumentais decorrentes da falta de investimentos econômicos no aparelhamento técnico e qualificação profissional aos operadores do direito para efeito do cumprimento do princípio do devido processo legal.

Tais debilidades, inexoravelmente, são suscetíveis de comprometer um julgamento dotado de respeito às garantias constitucionais, sobretudo, em relação aos direitos dos presos estrangeiros, cujas dificuldades em dominar o idioma português e, consecutivamente, obter conhecimento sobre o funcionamento do processo penal brasileiro, representam não apenas a violação de um direito que lhes assiste, mas também a exposição à própria sorte de um direito humano consagrado pelo

direito internacional, como o é o direito de informação e acesso à assistência consular.

Ao se debruçar sobre a jurisprudência pátria, sob a égide dos direitos humanos, e, ainda, a determinação contida no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, a qual o Brasil aderiu, é possível auferir que regra geral, a ausência de comunicação da prisão do estrangeiro ao consulado não implica em nulidade da prisão, porém, havendo prejuízo ao réu, especificamente em sua defesa, restaria configurada a violação ao principio da ampla defesa e do contraditório, podendo falar-se em nulidade.

A par disso, permite-se conceber que o descumprimento de preceitos revestidos de comandos caros na ordem constitucional, sobretudo, os atos processuais eivados de vícios que venham a comprometer as garantias processuais asseguradas ao estrangeiro preso, sem sombra de dúvidas, são suscetíveis de promover a invalidação da prisão do estrangeiro, bem como dos subsequentes atos de persecução penal em face da violação à cláusula constitucional do devido processo legal; todavia, desde que condicionada à demonstração de prejuízo à defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01/05/2020.

_____. **Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sôbre Relações Consulares**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 30/04/2020

BOLIVAR, Analluza Bravo. **O Impacto no Brasil da Casuística Internacional Relativa à Violação do Direito de Informação Sobre a Assistência Consular Para Preso Estrangeiro**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <http://assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12005/fernando-capez---curso-de-processo-penal---2016.pdf>. Acesso em: 30/04/2020.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2º edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2007.

JAEGER, Guilherme Perdeneiras. **O direito de assistência consular à luz do caso Avena**. 2011. Disponível em: <https://docplayer.com.br/32060243-O-direito-de-assistencia-consular-a-luz-do-caso-avena-guilherme-pederneiras-jaeger-1.html>. Acesso em: 15/05/2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO PROCESSUAL E OS CONTORNOS DA JURISDIÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Márcia Vitor de Magalhães e Guerra

1 INTRODUÇÃO

A atual crise sanitária enfrentada em decorrência da pandemia de COVID-19, em que se contabilizam mundialmente mais de 12 milhões de infectados e de 500 mil mortos ao redor do mundo, vai desencadear, sem dúvida alguma, uma séria de demandas de ordem econômica, sanitária, trabalhista e de outras ordens, aptas a gerar uma crise no sistema judiciário, já tão sobrecarregado.

É cediço que os tipos de demandas que são levadas ao judiciário são de toda sorte estruturalmente distintos, mas, diante do quadro de pandemias, ou mesmo desastres, os litígios que envolvem políticas institucionais de mercado e aqueles que integram as políticas públicas, responsáveis em grande parte pela multiplicação de litígios, é que pretende ser alvo desse paper, sobretudo porque, diante dessas situações que provocam desestrutura social, política e econômica, o cidadão, na maioria das vezes já vulnerável perante às instituições de mercado e de governo, vê-se ainda mais fragilizado.

Com efeito, a ideia de que o novo coronavírus- COVID 19- atingiria a todos de modo igualitário, sem distinção social e, portanto, atingindo a todos igualmente, constatou-se falaciosa eis que baseada numa

ideia irreal de igualdade social brasileira. O que vem se constatando, contudo, é que nossa base de Estado liberal e desigual, econômica e social, implica efeitos deletérios bem maiores a camadas vulnerárias da população e demanda, assim, um olhar atento por parte dos governos a essa parcela da população, sobretudo para garantir-lhes direito a uma sobrevivência digna.

Para tanto, não se discute a possibilidade ou não de controle das políticas públicas, no que se acredita despiciendo, posto autorizado constitucionalmente, mas como a atuação das instituições democráticas, a exemplo do Ministério Público, pode se dar de modo mais adequado na tutela dos direitos, com destaque para busca da desjudicialização de questões como forma de democratizar essa tutela e adequar melhor os litígios a suas questões peculiares mormente frente ao déficit normativo que, por vezes, enfrenta-se no desenvolver desses litígios coletivos e/ou complexos.

Disso resulta numa contribuição para uma análise mais ampla e adequada do que se pretende na atividade jurisdicional.

2 O IMPACTO SOCIAL DO COVID 19 E A NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAR O ACESSO À JUSTIÇA

Atento ao panorama crescente das atividades do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça já vinha trabalhando na elaboração de políticas públicas a fim de solucionar os problemas identificados e aprimorar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, por meio da Resolução n.º 125/2010, cria a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses. O incentivo à adoção dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs), a exemplo da mediação e conciliação e a virtualização dos processos judiciais podem ser citados como esforços a esse fim.

Nesse contexto, visualiza-se igualmente o desenvolvimento e o crescente uso de novas formas de comunicação e de negociação, como as *Online Dispute Resolution* (ODR), os Métodos de Solução de Conflitos em Rede, modelo alternativo de solução de disputas importado de países como EUA (LIMA, 2019).

Sem dúvida que essa nova estruturação, ao tentar desburocratizar o acesso a uma solução de conflito, sem necessariamente a presença do Estado-Juiz, vai buscar democratizar o acesso a uma ordem, não necessariamente jurídica, mas, em última análise, de pacificação, até mesmo como forma de prevenção de litígios.

O que parece ser um grande movimento no controle da crescente demanda de litígios individuais, contudo, deve ser analisado com cautela, sobretudo no que tange ao tipo de direito que se pretende tutelar nessas lides repetitivas. Isso porque deve-se ter em mente que inúmeras lides individuais semelhantes podem representar uma sistemática violação dos mesmos direitos e, por conseguinte, um desequilíbrio sistêmico cuja gênese deve ser pesquisada e controlada (RAMOS, 2018).

Com efeito, face à sociedade moderna, na qual se avolumam conflitos massificados, eis que surge a necessidade de se criarem instrumentos que viabilizem a tutela desses novos direitos, em geral, de titularidade indeterminada ou de difícil determinação, em conformidade a um novo processo civil, pautado nos valores constitucionais e representante de um modelo cooperativo de administração da justiça (ZANETI, 2004).

Nesse contexto, a aplicação de métodos que busquem solucionar essas demandas "em bloco" ou mesmo por meio da desjudicialização dessas causas, não obstante ser interessante sob o ponto de vista da efetividade de uma reposição da esfera patrimonial, seja material ou jurídica do afetado, pode não se preocupar com o ilícito macro que promove essas fissuras nas esferas individuais dos cidadãos e nem evitam que esse desequilíbrio termine (RAMOS, 2018).

A despeito, a utilização desses mecanismos permite adequar o processamento dos litígios de forma mais adequada a suas peculiaridades, mormente em situações em que o microssistema de processo coletivo não alcança. É um importante avanço ante a superação da idéia da absoluta indisponibilidade do interesse público (PINHO, 2018).

O desenvolvimento de novas tecnologias da informação e comunicação demandaram e demandam mudanças e transformações em uma série de fatores, tanto de ordem estrutural como normativa, por meio da criação de regras jurídicas adequadas a regular essa nova realidade.

Seguindo nessa linha de evolução, o Novo Código de Processo Civil previu um conjunto de regras, um sistema alinhado a necessidade de atender à multiplicação de demandas, a citar a adoção do modelo de justiça multiportas e o sistema de casos repetitivos (DIDIER; ZANETI, 2019).

Diante desse quadro, de inviabilização sistêmica de políticas públicas, exsurge o importante papel desempenhado pelas instituições democráticas, a exemplo do Ministério Público que, nesse contexto, emerge como efetivo agente político ao atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis, seja comunitário, seja global, ocupando-se de novos espaços e habilitando-se, na atuação extrajudicial, como negociador e formulador de políticas públicas (PINHO, 2018).

Igualmente as Defensorias Públicas dos Estados e da União vêm atendendo às demandas decorrentes da pandemia de Covid-19 visando minimizar os impactos sociais, notadamente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, por meio da realização de ações e acesso a informações.

A participação das entidades democráticas ganha contornos ainda maiores diante de políticas públicas que vem sendo adotadas por parte de alguns governos e que são potencialmente vilipendiadores de direitos humanos, mormente quando as medidas implicam restrições a direitos fundamentais, como acesso à saúde.

Para tanto e visando a uma conformação adequada dessas instituições, é crucial inicialmente que se estruture e delimite o tipo de litígio a que se busca enfrentar, de modo a tornar a atuação do legitimado coletivo uma atuação adequada, no que se convencionou denominar representatividade adequada, uma vez que os titulares dos direitos atingidos por vezes não participam desse processo, mesmo quando a atuação é extrajudicial (DIDIER; ZANETI, 2019).

VITORELLI, visando a esse mister, parametriza litígios coletivos propondo uma reclassificação dos tipos de conflitos que se constroem, superando a classificação prevista no Código de Defesa do Consumidor que prevê a divisão entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 83, da Lei 8708/90[49]), divisão essa que, a despeito da

49 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

sua importância e de ter cumprido inicialmente sua função normativa, não evoluiu (2018).

Assim, segundo essa nova tipologia, há os chamados litígios globais; locais e de difusão irradiada. Os litígios globais *são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem;* o litígio local é aquele que, *embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas;* e os de difusão irradiada, espécie que *representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio* (VITORELLI, 2018).

Essa divisão, longe de querer criar novas discussões, buscar orientar o desenvolvimento do processo para que sirva como indicativo, como parâmetro para que a entidade legitimada, condutora do processo ou procedimento, saiba como se comportar e de quais instrumentos se valer na execução do objetivo (e qual melhor objetivo) vai perseguir.

3 DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS DE DIÁLOGOS

Frente ao colapso que se avista, seja de ordem estrutural do Estado, seja do próprio sistema judiciário, imperativo a criação de espaços de diálogos e a superação da lógica de efetivação centrada no processo. A horizontalização da relação entre sociedade e Estado só é possível por meio de uma abordagem dialogada, mais eficaz no uso de instrumentos de mediação.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Destarte, a identificação do tipo de litígio que se busca parametrizar é essencial para um tratamento adequado das tutelas, preocupação essa que não passou despercebida pelo CNJ, na 307ª Sessão Ordinária que ocorreu, por videoconferência, em 31/3, na qual se destacou a relevância do papel do conselho na articulação nacional do Poder Judiciário para oferecer resposta unificada à crise provocada pela pandemia, por meio da expedição de atos normativos estabelecendo ou recomendando a adoção de políticas públicas por todos os tribunais com o objetivo de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica a todos os atores do sistema de justiça (RAMOS, 2018).

Nesse contexto, importante instrumento é o Portal do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão lançado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[50] visando ao aperfeiçoamento da atuação das instituições em ocorrências de grande impacto e repercussão, incluindo a implantação e modernização de rotinas, prioridades, organização, especialização e estruturação dos órgãos competentes de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Assim, desenvolver as vias de solução de litígios, a via privada, a via administrativa e a via judicial impõem-se nesse cenário. Muitos defendem a necessidade de limitar o já exausto sistema judicial e, diante disso, os esforços no incremento das vias privadas e administrativas têm se mostrado assentes.

Um mecanismo que merece atenção na solução privada de conflitos interpessoais é a utilização de plataformas *on-line* de negociação mantidas ou não pelas próprias empresas. Cite-se aqui o caso da *AirHelp* que revolucionou o processo de indenização aérea ou por terceiros, por meio da *machine learning* que agiliza o processo de pedido de indenização por problemas com voos.

Na via administrativa há também plataformas públicas, como a *consumidor.gov.*, que traria a vantagem da neutralidade e possibilidade de construção de dados estatísticos públicos a respeito das espécies de reclamações e participação dos fornecedores.

50 https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/

Cite-se aqui que, diante da existência dessas plataformas, alguns juízes vinculados ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul suspenderam ações em curso até ulterior comprovação de tentativa prévia de solução do conflito por meio dessas plataformas.

Não que esses métodos não tenham sua eficácia e uma enorme importância dentro do sistema de resolução de litígios, mas impor condições de acesso à justiça com o argumento primacial de necessidade de se desafogar o sistema judiciário, não parece ser uma análise mais adequada, sobretudo ao se analisar a realidade cultural do nosso país. Com efeito, há que se levar em conta os motivos que ensejam a multiplicação de demandas ainda que pouco relevantes sob o prisma individual, tornam-se robustas dentro do sistema coletivo.

Por isso mais uma vez reforça-se a necessidade de se parametrizar os litígios, fixando-se seus pontos relevantes, de modo a dar-lhes tratamentos adequado, com o desenvolvimento dos processos estruturais (VITORELLI, 2018).

A partir daí e sabendo de antemão os pontos nevrálgicos que se pretende sanar, é possível melhor adequar a tutela pretendida, por vezes não alcançado pelo judiciário, que se vê limitado aos contornos de uma demanda desenvolvida sob um modelo individual, subjetivo, de conflito.

Nesse sentido, ARENHART afirma:

> O recorte que promovem no conflito que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um "direito subjetivo" de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos frequentes no âmbito jurisdicional atual nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor (2015).

Com efeito, há situações em que o desenvolver do processo permite vislumbrar que a medida solicitada inicialmente em juízo não

se verifica, posteriormente, como a mais adequada a tutelar aqueles direitos.

Não basta que haja arcabouço normativo que autorize a interferência na política pública, mas ela tem que se dar de modo a não prejudicar a parcela da população que já vem com ela se beneficiando. Por isso, desenvolver os espaços de diálogo com as entidades democráticas e a população, numa legitimação crescente desse tratamento de litígios, é primordial, de forma que as decisões sejam, além de democráticas, concretizáveis e, acima de tudo, não excludentes.

Nesse ponto, a desjudicialização dessas questões pode ser um importante meio para que se atinja melhor esse desiderato, na medida em que permite um constante diálogo entre os envolvidos e, acima de tudo, não limita o desenvolver das questões a um pedido inicial (princípio da correlação) ou a um sistema de preclusões processuais tão bem definido no processo judicial, de cunho individualista.

Portanto, mais uma vez, importante a análise da esfera patrimonial, jurídica e não jurídica, que se está violando para, a partir daí, buscar soluções, sobretudo uniformes, e não simplesmente transferir esse dever de impor adequação de conduta das violações sistêmicas ao litigante individual, muitas das vezes vulnerável frente ao litigante habitual.

Quando as violações sistêmicas advêm do próprio estado, firma-se ainda mais essa preocupação de se fixar parâmetros de controle das medidas restritivas de direitos impostas, a exemplo das que decorrem desse momento vivido pela pandemia, de modo que as restrições às liberdades no âmbito da crise do covid-19 deve obediência ao princípio da legalidade e devem ser proporcional ao cumprimento do propósito legítimo de proteger a saúde.

Diante disso, em conjunto, faz-se necessário o fortalecimento da coletivização das demandas a partir da atuação dessas instituições que consigam oferecer uma estrutura em que se possa identificar, para cada tipo de conflito, o tratamento mais apropriado, seja por meio de uma ação judicial, seja por meio de métodos alternativos de resolução de litígios extrajudiciais.

A estruturação desse processo perpassa pela análise dos litígios individuais que não podem ser descontextualizados do cenário em que a

crise se coloca. Se há crise, necessário seu tratamento como um direito fundamental que demanda política pública.

Uma solução adequada dos conflitos sociais ou interinstitucionais, portanto, é que traz uma significativa melhora na qualidade de vida dos cidadãos em geral permitindo que seus direitos, ao serem tutelados de modo coletivo, sejam assegurados a uma parcela que sequer teve sua esfera de patrimônio jurídico violado, mas que se caracterizam como litigantes potenciais, latência que finda no momento em que o ilícito tangencia a esfera de direito individual desses sujeitos.

Nesse contexto, mais uma vez sobreleva-se o papel dessas instituições como importantes condutores e, sobretudo, conformadores dessa crise, mormente quando se trata de órgãos estruturados e independentes e que já se valem de instrumentos que foram colocados a seu dispor.

COSTA, ao promover um estudo sobre o acesso à justiça por parte de crianças a creches no Município de São Paulo, apenas para exemplificar com situação similar de vulnerabilidade, é enfática ao informar que:

> A maior parte das crianças (e genitores) prejudicadas pela omissão do município se perde dentro da pirâmide da litigância, pois não conhece seus direitos ou os responsáveis por sua violação, não conhece instituições hábeis a fazê-los valer judicialmente e, por esse motivo, não chega às vias judiciais. Embora o direito, em tese *(law in the books)*, garanta a possibilidade de acesso individual ao Judiciário como um direito fundamental de todos (art. 5º, inciso XXXV, CF), óbices informacionais, jurídicos e sociais *(law in action*) impedem o significativo tratamento do macro lide de déficit de vagas em creches e pré-escolas sob a perspectiva individual e atomizada (2016).

Some-se a isso, conclui a autora, que as inúmeras decisões proferidas no âmbito dos processos individuais, acabam por interferir no planejamento na execução das políticas públicas na medida em que se obrigam a adaptar-se a cada novo mandamento judicial (COSTA, 2016).

Nessa senda, necessário é repensar a desjudicialização dos conflitos interpessoais, o que, a despeito de trazer uma pacificação social daquelas partes, nem sempre causa o impacto necessário na melhoria da qua-

lidade, adequação e segurança na tutela do direito. Assim, imperioso superar a lógica da efetivação dos direitos centrada no processo a partir da reestruturação dos mecanismos extrajudiciais já existentes, mas que possam ter largo alcance a partir de uma sistematização interna desses órgãos democráticos para um tratamento mais adequado desses conflitos representativos de violações sistêmicas.

A partir daí, busca-se, com esse novo modelo performador, um mecanismo de transformação social de efetivação e concretização de direitos além de, uma ordem jurídica, acima de tudo, acessível, com as técnicas processuais adequadas à dirimir esses conflitos.

4 NOVOS CONTORNOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O MODELO DE FEDERALISMO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

A releitura do atual modelo de implementação das políticas públicas também se faz necessária, na medida em que se propõe a criação de um modelo analítico para o processo de implementação de políticas públicas baseado na integração entre as variáveis de um lugar e da sua situação econômica e social e ligadas às ideias, aos valores e às concepções de mundo dos envolvidos.

Essa perspectiva se mostra ainda mais assente nesse quadro de crise pandêmica em que medidas excepcionais são tomadas e cuja legitimidade repousa na tutela e concretização dos direitos fundamentais cuja proteção se vê mais mitigada, conforme já mencionado, em algumas parcelas da sociedade vulneráveis.

E não somente isso. Verifica-se que a estrutura do federalismo nacional se viu questionada diante da necessidade de se enfrentar a crise pelos diversos entes federativos, por vezes convergentes, por vezes divergentes nas tomadas de decisões políticas.

Esses conflitos políticos que emergem ante a falta de um consenso na tomada de decisões, não somente enfraquece o Estado-nação, mas, principalmente, torna os jurisdicionados ainda mais vulneráveis frente a parcela de seus direitos não efetivados pela ausência estatal.

Nesse cenário sobrelevou-se o papel do Judiciário que, por meio do Supremo Tribunal Federal, buscou atenuar as disparidades entre as

práticas dos entes federativos e têm assegurado recursos para o combate a pandemia. Cite-se aqui dois importantes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6341 e na ADPF nº 568.

Assim, ainda que constitucionalmente compita à União fixar as diretrizes gerais e coordená-las, suas ações não podem inviabilizar as medidas dos demais entes federativos, Estados-membros e municípios.

Com efeito, fora editada a lei n.º 13.979/20 que disciplinou, no âmbito federal, as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Assim, instituiu-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal o debate quanto à vinculação das ações tomadas pelos Estados e municípios se estariam vinculadas a pareceres da ANVISA, autarquia federal, ou seja, se Estados e Municípios deveriam seguir as diretrizes fixadas pelo ente federal.

É cediço que a Constituição da República preceitua, nos termos do seu art. 23, II, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública e estabelece que compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar simultaneamente sobre proteção e defesa da saúde, nos termos do artigo 24, inciso XII, restando aos municípios a competência suplementar de acordo com o interesse local, a teor do artigo 30, inciso I.

A despeito da edição da Lei 13.929/2020, os dispositivos normativos constitucionais, sem dúvida, embasam juridicamente a atuação dos chefes dos poderes executivos locais (Estados e Municípios) na tomada de medidas políticas visando no enfrentamento da pandemia.

Diante da novel legislação, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade (ADI n.º 6341) objetivando a declaração de inconstitucionalidade da política sanitária instituída pela norma.

Na análise da ação, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, fixou o entendimento de que, a despeito da edição da MP n.º 926/20, não há subtração da competência dos Estados e municípios a legislarem de forma concorrente em relação a política sanitária, principalmente no que tange ao exercício do poder de polícia.

Assim, a partir da técnica de interpretação conforme à Constituição, declarou-se a constitucionalidade do artigo 3º nos termos já definidos no texto constitucional acerca da competência concorrente. Ou seja, não compete ao chefe do Executivo Federal definir, por decreto, a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, sob pena de violação ao princípio do federalismo.

Sem dúvida que a chancela do STF em questão prevista constitucionalmente, sobretudo em tempos de excepcionalidade, escancarou uma crise no equilíbrio federativo ao expor um movimento de centralização do poder no âmbito federal. A própria edição da Lei nº 13.979/2020 que não fixa *regras de cooperação entre todos os entes federativos, nem cria uma gestão verdadeiramente unitária e uniforme de combate ao vírus,* traduz bem isso (FRAZÃO; MAZZUOLI, 2020).

Visa, em verdade, fixar o interesse federal ao arrepio das peculiaridades dos demais entes da federação *como partes da coordenação estratégica. Sem dúvida que a adoção desse modelo é sobremaneira prejudicial à execução das* políticas públicas sanitárias e enfraquece o próprio viés cooperativo de que deveria se nutrir o federalismo (FRAZÃO; MAZZUOLI, 2020).

Diante desse quadro instalado de incertezas mais uma vez reacende-se a importância do fortalecimento das entidades independentes e democráticas, capazes de viabilizar, diante da crise política, a efetivação de direitos fundamentais com base, não em ações ou diretrizes políticas, mas para assegurar a dignidade da pessoa humana, se possível, num espectro coletivo.

Assim, em tempos de situações excepcionais, sem dúvida, os contornos da definição de uma política pública podem sofrer alterações, como vem ocorrendo, mas igualmente a extensão na esfera de seu controle.

Definir os limites e os parâmetros dessa extensão não deve ser algo imutável e estático ante as peculiaridades que as situações de crise impõem, mas devem seguir um farol comum, a busca da efetivação dos direitos fundamentais, sempre no lastro da máxima da proporcionalidade na sua acepção de proibição de proteção insuficiente.

Como bem observam Madeira, Papi, Geliski e Rosa:

> Políticas públicas dão conta também de investigar como desenhos diversos de Estado implicam em formas de gerir e implementar políticas. O tema dos Estados unitários e federados, incluindo os distintos tipos de federalismo, discute se a autonomia local pode garantir provisões mais acertadas, por agir localmente, de acordo com as realidades próximas; ou se é uma coordenação central que irá justamente inibir que as desigualdades estruturais se sobreponham ao necessário provimento de serviços públicos de saúde (2020).

5 CONCLUSÃO

Nesse contexto, a busca pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento cada vez maior dos instrumentos de tutela coletiva é fundamental, não só para fins de economia processual, já que torna desnecessária a demanda de várias lides individuais, impõe segurança jurídica, ao evitar soluções díspares, permite tratamento uniforme dos litígios e, a acima de tudo, garante o princípio da isonomia e do devido processo legal substancial, na medida em que assegura, aos litigantes mais frágeis, paridade de armas e, a partir de uma abordagem efetivamente dialogada, reduzir a distância entre Estado e sociedade

Importante igualmente chamar ao Estado assumir sua parcela de responsabilidade na execução de uma política sanitária e de saúde de modo a garantir a e efetivar os direitos humanos, as garantias fundamentais, inclusive por meio do acesso à justiça a partir do desenvolvimento de mecanismos de alcance social por meio das instituições democráticas.

Isso sem descurar da necessidade de se reavaliar a valoração probatória que , a despeito de não ser objeto de análise nesse escrito, não se furta em reconhecer a importância da prova científica disponível para orientar as políticas públicas direcionadas a saúde e ao bem-estar da sociedade.

Assim, estruturar e parametrizar os litígios pelos tipos de conflito que se destacam e suas peculiaridades a partir do debate amplo com a participação dos atingidos por meio do fortalecimento das instituições democráticas que vão conduzir esses debates é medida que se impõe.

Discutir e orientar as melhores decisões na afetação das políticas públicas de modo a considerá-las legítimas e quais decisões extrapolam os limites desse campo de tutela de direitos, colocando grupos sociais e populações inteiras em situação de vulnerabilidade é um dos grandes desafios que direito vai ter que enfrentar.

Essas considerações contribuem para o debate atual acerca dos novos contornos do conceito de jurisdição.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 2, 2015, edição eletrônica.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 225, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 Abr. 2020.

BRASIL. Lei no 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22.Abr.2020.

BRASIL. Lei no 13. 979, DE 06 DE FEVEREIRO DE 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 22.Abr2020.

COSTA, da Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.--aug., 2016 ISSN 2191-1339 – Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em 30/04/2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodvim, 2020. v. 4.

FRAZÃO, Hugo Abas; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O que a pandemia pode ensinar para Itália e Brasil sobre federalismo? Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/frazao-mazzuoli-federalismo-durante-covid-19. Acesso em 20/05/2020.

LIMA, Gabriela Vasconcelos. ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E AS NOVAS TECNOLOGIAS. Revista de Direito UNISC, vol, 59, 2019.

MADEIRA, Ligia; PAPI, Luciana; GELISKI, Leonardo; ROSA, Taciana. Os estudos de políticas públicas em tempos de pandemia, *Blog DADOS*, 2020 [published 17 April 2020]. Available from: http://dados.iesp.uerj.br/os-estudos-de-politicas-publicas--em-tempos-de-pandemia/

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONSENSO EM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS APÓS O ADVENTO DO CPC/2015 E DA LEI DE MEDIAÇÃO. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018

SIMÃO, Lucas. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Disponível em https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios--alternativos.pdf

VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇAS. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018. Disponível em file:///C:/Users/marci/AppData/Local/Temp/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES.pdf. Acesso em 15/04/2020.

ZANETI Jr. Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI Jr., Hermes (Org.). Introdução a estudo do processo civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

RAMOS, Fabiana D´Andrea. Por uma adequada resolução dos conflitos de consumo. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/garantias-consumo-adequada-resolucao-conflitos--consumo. Acesso em 18/04/2020.

STF, ADI 6341. Página de Acompanhamento Processual. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765. Acesso em 22.Abr.2020

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO CENÁRIO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Thales Marques Marros

1. INTRODUÇÃO

Em uma época de relativização dos direitos fundamentais é essencial que adotemos uma posição combativa e reflexiva sobre as diversas problemáticas envolvendo o sistema processual penal brasileiro. Há mais de três décadas luta-se para a concretização do horizonte democrático que fora desenhado no texto da Constituição Federal de 1988. No entanto, a velha alma de tempos autoritários permanece subjacente no cenário atual impondo os seus inquisitorialismos a fim de combater os diretos e garantias individuais.

É nesse tom que a discussão do Duplo Grau de Jurisdição se situa: em defesa da essência constitucional, da ampliação das garantias fundamentais do acusado, de um processo penal acusatório e do combate ao poder punitivo. Manifestado diretamente pelo direito ao recurso, o Duplo Grau de Jurisdição desempenha uma função basilar no Estado Democrático de Direito, pois abranda o poder persecutório estatal em prol da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), do direito à liberdade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal), da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), entre outros.

Diante desse quadro, faz-se imprescindível a análise do Duplo Grau de Jurisdição e do direito ao recurso na doutrina e na jurisprudência nacional. Para isso, com o apoio doutrinário e jurisprudencial internacional esse ensaio pretende construir críticas sobre o atual sistema e suscitar uma nova forma de pensar a presente temática no âmbito processual penal brasileiro. Aqui findam essas breves palavras introdutórias.

2. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: do surgimento como um instrumento à consolidação de uma garantia

Não há como discorrer sobre o Duplo Grau de Jurisdição sem falar sobre o instrumento que o perfectibiliza: o recurso. Em caráter sumário, é possível entende-lo como um meio de impugnação facultativo e voluntário concedido pela lei processual às partes para que essas possam provocar um novo exame, total ou parcial, tanto da matéria fática (*error in iudicando*), advindos da análise do conjunto probatório, quanto da matéria jurídica aplicada da decisão recorrida (*error in procedendo*).

De uma perspectiva histórica, o recurso emerge como um mecanismo inquisitorial de controle burocrático – a exemplo da *appelattio* romana – que possibilitava o controle das decisões pelo superior hierárquico que previamente havia delegando a essa tarefa a um outro indivíduo (CALAMANDREI, 1961, p. 101-110); o exercício desse poder se dava a partir da devolução do poder que fora concedido aos delegados. Muitas vezes, era autorizado o recurso *ex officio*, sem a necessidade de provocação das partes envolvidas, para que uma determinada matéria de interesse fosse devolvida aos estratos superiores e, então, houvesse uma decisão final sobre o assunto (MAIER, 1996, p.706-708). A cadeia sucessiva do poder se traduzia em uma organização política-judicial estratificada e hierárquica, que atuava como a arquitetura desse sistema absoluto e inquisitorial (MAIER, 1996, p.706-708).

É a partir do século XX, em meio ao constitucionalismo contemporâneo que há uma valorosa mutação na concepção da ideia de recurso. Com os desastres humanitários do Pós-Guerra, fruto do horror criado pelos regimes políticos antiliberais e totalitários, que banalizaram o mal e degradaram a dignidade humana (PASTOR,

1999, p. 41-57), era mister a reconstrução de ideais que preservariam os direitos humanos.

Nessa moldura se iniciou um processo de proliferação da proteção dos direitos humanos em diplomas internacionais e nacionais. Nesse desiderato, vimos a criação de diversos tratados que delinearam um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. Embora com textos diferentes, todos possuíam o mesmo viés e objetivo, nascendo uma vertente que tinha por finalidade a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado (PASTOR, 1999, p. 41-57).

Na seara nacional, essa tarefa ficou a encargo do Direito Constitucional que tendencialmente se tornou mais aberto a princípios, retendo uma grande carga axiológica, com ênfase na dignidade humana (PIOVESAN, 2005). Exemplo disso pode ser observado, logo após o fim da grande guerra, com a promulgação da Lei Fundamental alemã de 23 de maio de 1949 – constituição de *facto* alemã -, inovando ao prever em seu artigo 1º os direitos fundamentais do homem e da dignidade humana.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2004), os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, sem qualquer distinção incluindo o direito à vida, à integridade da pessoa humana, à libertação pessoal, à liberdade de consciência e à manifestação do pensamento, o direito à saúde e à educação, bem como garantias penais e processuais. Sob esse prisma surgem mudanças significativas no processo penal, principalmente no que tange ao sistema recursal. Assim, para além da questão organizacional-política do controle jurisdicional do Estado sob os indivíduos, o recurso passa a ser entendido, também, como uma garantia jurisdicional do acusado (MAIER, 1996, p. 708). Trata-se agora, de um instrumento de limitação do poder persecutório estatal; o indivíduo quando deparado com uma decisão judicial que o prejudica pode requerer o reexame dessa a um tribunal superior.

A partir dessa lição é possível constatar o direito ao Duplo Grau de Jurisdição como uma garantia processual do acusado. No entanto, esse direito não é imune a críticas positivas e negativas quanto a sua justificação.

A falibilidade humana é o primeiro aspecto que faz aflorar duas posições antagônicas. A primeira delas passa por aceitarmos nós mesmos como seres humanos falíveis – o que, por certo, inclui o julgador. Aceitando isso, logo desmitificamos a certeza (absoluta) trazida pelas sentenças, despachos, decisões, declarações judiciais, procedimentos, porquanto nada garante que algum desses elementos sejam imunes a defeitos. Os recursos, portanto, seriam as vias idôneas para sanar os erros cometidos, conquistando a legitimidade e a legalidade das decisões judiciais (WUNDERLICH, 2002), possibilitando por meio deles a concretização do Duplo Grau de Jurisdição com a devolução da matéria a uma instância superior.

Em contrapartida, há uma corrente – predominantemente da processualística civil – que se opõe a esse ponto, pois são céticos em razão da ausência científica de que a decisão de segundo grau é melhor que a de primeiro (LASPRO, 1995, p. 117). Como coloca Pizzorusso (1978, p. 44), a "*reforma dela sentenza può portare tanto ala sostituzione di um cativo giudizio on uno migliore quanto al risultato inverso"* (PIZZORUSSO, 1978, p. 44). Nessa senda, o autor italiano (PIZZORUSSO, 1978, p.44) ao dizer que, se os julgadores de segundo grau possuem um melhor discernimento acerca do processo, bastaria então que o processo se desse de igual maneira já em primeira instância.

De fato, não há dúvida de que a inexistência de anomalia na decisão de primeiro grau não necessariamente importa em uma inexistência de anomalia na decisão de segundo grau, ainda que exposta às mesmas condições. Porém, é necessário se valer das palavras de Francesco Carnelutti (2000, p.871): "existe algo, quando se fala da segunda vez, que não existia quando se fez da primeira, a saber: exatamente a experiência do primeiro processo ou, melhor dizendo, a sua própria realização".

Portanto, para que fosse possível o nascimento de uma decisão na primeira oportunidade, obstáculos e dificuldades teriam de ser superados, pois, segundo Carnelutti, a primeira experiência serviria para eliminar as anomalias do processo precedente e a segunda para corrigir os descuidos e erros cometidos no primeiro procedimento (CARNELUTTI, 200, p.872). Desse modo se revelaria a razão fundamental da

utilidade do recurso: a diminuição da probabilidade de uma injustiça que seria demonstrada pela "dupla sentença conforme" (CARNELUTTI, 200, p.872). O que se busca, portanto, é limitar os erros e abusos cometidos contra o acusado, de forma que todo o sistema funcione como um filtro para que se condene um indivíduo.

Um segundo aspecto justificador do direito ao Duplo Grau de Jurisdição é o que podemos chamar de "necessidade psicológica do vencido". Inata ao inconformismo humano, se apresenta como um desejo de obter um novo julgamento, uma vez que está descontente com a decisão desfavorável e consciente de que nada impede que as manifestações judiciais incorram em erro de aplicação e/ou interpretação da lei (WUNDERLICH, 2002). Dessa forma, o indivíduo busca que a sua pretensão frustrada seja reexaminada, na esperança que a jurisdição lhe traga uma decisão mais "correta" e equilibrada.

Por certo há outras críticas importantes que se referem ao Duplo Grau de Jurisdição. Porém, é cediço que muitos dos embates doutrinários têm sua gênese na problemática da importação de conceitos do processo civil para o processo penal. Isso parte da própria fundação do nosso sistema processual baseado em uma Teoria Geral do Processo. Isso ocasionará uma tensão fazendo com que, por um lado, existam aqueles que pensarão no tema sob um viés utilitarista e eficientista do processo penal, alicerçados em um discurso de impunidade penal e em uma base teórica própria do processo civil (em regra); e, por outro, aqueles que abraçarão uma concepção própria de processo penal com o escopo de garantir os direitos fundamentais, a liberdade, a presunção de inocência, entre outros.

3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito a um segundo grau de jurisdição não é tutelado pela jurisdição pátria desde a Constituição de 1824, a qual o previa expressamente. Contudo, é necessário atentarmos que a Constituição Federal de 1988 em toda a sua estrutura judicial aponta para a existência desse na forma de um direito fundamental implícito.

O artigo 5º, em seu parágrafo 2º, da Constituição federal dispõe que: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Logo, as normas incorporadas por este artigo ganham *status* de norma materialmente constitucional que, por sua vez, são aquelas cuja essência e conteúdo são naturalmente constitucionais, mesmo não sendo uma norma constitucional em si (MENDES, 2012).

Ainda, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi acrescentado ao rol do artigo 5º o parágrafo 3º, que afirma que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em ambas as casas legislativas, em dois turnos, por três quintos dos votos serão equiparados às emendas constitucionais. Desse modo é incabível afirmar que os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pela norma. Segundo Flávia Piovesan (2005) todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação são materialmente constitucionais, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, e que o quórum estabelecido no artigo 5º, parágrafo 3º, serve tão somente para reforçar a natureza constitucional, posto que adiciona um alicerce formal na Constituição Federal aos tratados ratificados.

Não há dúvida, portanto, que os dispositivos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), incorporado pelo Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – ou Pacto de São José da Costa Rica-, promulgado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais. Por consequência, ao serem formalmente constitucionais, tornaram-se autoaplicáveis, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

Em complemento, Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 193) é cirúrgico ao dizer que:

> "como se vê – e para além da discussão sobre a hierarquia de tais normas no direito brasileiro por força da aplicação do artigo 5, parágrafo 3 da Constituição da República -, o problema não

> reside na inexistência de vínculos jurídicos que acresçam esse direito ao ordenamento brasileiro. Ao que nos parece, a grande questão reside na conformação e limitação do instituto".

A discussão acerca da conformação e limitação do instituto perde o fôlego, ao passo que, além das formalidades legais internas, os tratados foram adotados por um ato volitivo do Estado que aderiu, sem ressalvas, aos termos estabelecidos no pacto, conforme depreende-se da leitura dos artigos 1º, item 1; 2º e 25º da CADH. Assim, aceitada a força normativa e epistemológica dos tratados, basta analisá-los para perceber a presença de uma garantia jurisdicional ao recurso para o acusado.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece no seu artigo 14º, item 5, que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei". Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) dispõe em seu artigo 8º, inciso 2, parágrafo h, que

> "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior[...]".

Na essência, as convenções, quando interpretadas conjuntamente, o mesmo entendimento: o direito ao recurso como uma garantia fundamental. Mas não só isso. Para que se perfectibilize um direito ao recurso, ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de um reexame integral da decisão condenatória, tendo em vista que está estritamente vinculado à eficácia do Duplo Grau de Jurisdição.

Consoante ao entendimento de Maier (1996) e Loyola (2013), o meio de impugnação – nesse caso o recurso – deve permitir que o tribunal que o conhece realize uma revisão integral da decisão (e.g reexame da condenação e da pena imposta), porquanto o recurso deve ser idôneo e eficaz, não bastando a mera possibilidade de recorrer; tam-

bém, o Tribunal *ad quem* não poderá ficar adstrito às questões de direito. Idêntica compreensão pode ser extraída das ideias de Carnelutti (2000, p.227), o qual percebe no Duplo Grau de Jurisdição a essencialidade do reexame, a fim de que se evitem erros e sejam supridas lacunas eventualmente deixadas.

Outro ponto imprescindível que se extrai dos diplomas internacionais é que ambos concebem o direito ao recurso como uma garantia unicamente do acusado. Nesse sentido, nas palavras de Maier (1997, p.413) "*no se tardaria en advertir que la 'garantia' de las convenciones estabelece um derecho al recurso sólo para el condenado"*. O autor conclui, ainda, que não deveria ser uma garantia para outras pessoas além do condenado e muito menos dos órgãos estatais. Portanto, poder-se-ia dizer que os textos previstos nas convenções internacionais promovem uma mudança na base política-criminal da teoria geral das impugnações no Direito Processual Penal já que são incompatíveis com o sistema atual (MAIER, 2011).

4. O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM XEQUE: uma análise sobre o paradigma brasileiro

Antes de tudo, há de se fazer uma crítica que surge em razão da importação de conceitos do processo civil para o processo penal, por meio Teoria Geral do Processo. Isso porque, há uma dicotomia patente entre as estruturas e os fundamentos de ambos os processos; sequer o objeto é o mesmo. Como magistralmente distingue Carnelutti (1960, p.18) em seu ensaio entitulado "*Cenerentola"*, o processo civil "*es el processo de lo mío y de lo tuyo. Las apuestas del juego es la propriedade […] En el processo penal, em cambio, […] em lugar de la propriedade, pone la libertad*". Ou seja, como afirma Aury Lopes Jr. (2019, p. 66), no processo penal não estamos tratando do "ter", mas sim do ser – e da sua própria liberdade-, "trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado". Destarte, é manifesta a necessidade de cada processo ter suas categorias jurídicas próprias. É hora de cada um usar a sua roupa.

Nota-se, *prima facie*, que o transplante entre as categorias se transforma em um embrulho processual que mostra os seus sintomas de rejeição em diversas temáticas do processo penal, ao que atropelarão

diversas garantias. Aqui não será diferente. A manifestação desse fenômeno no âmbito do direito ao Duplo Grau de Jurisdição se dará, principalmente, por meio da bilateralidade recursal.

Como visto anteriormente a partir do ponto de vista da legalidade dos diplomas internacionais, o Duplo Grau de Jurisdição se apresenta como uma garantia única e exclusiva do acusado, não do acusador. Contudo, no cenário brasileiro estamos habituados a pensar a legitimidade e o interesse processual como conceitos atrelados a ideia de sucumbência, própria da ideia de (dis)paridade de armas. É um grande erro. Primeiro porque não há "um conflito de interesses entre duas pessoas, qualificado pela pretensão de uma e pela resistência de outra" (CARNELUTTI, 1936, p. 40; 2001, p. 58); em outras palavras: não há lide. Segundo, porquanto o prejuízo material que fundamenta o interesse recursal só pode vir do acusado; é o *status libertatis* do acusado que está ameaçado. A mesma lógica não pode ser aplicada ao acusador – público ou privado-, pois não este não possui um direito de punir.

Nessa senda, conforme Aury Lopes Junior (2013), à luz do princípio da necessidade, o Estado chama para si próprio o poder-dever jurisdicional, obtendo a exclusividade para a aplicação da lei penal, fazendo com o que o processo penal seja um caminho necessário para a imposição de pena *(nulla pena sine iudicio)*. Por conseguinte, o Ministério Público não detém um direito de punir, mas uma mera pretensão acusatória (LOPES JR., 2013). No mesmo sentido Carnelutti (2001), ao comparar com o interesse do acusado, afirma que este seria "o sujeito do interesse pelo qual desenvolve o processo penal, o Ministério Público opera nele não por um *interesse*, mas por um ofício", ou seja, o poder-dever desta instituição. Logo, o que se apresenta ao acusador no caso de uma sentença absolutória é apenas uma frustração a sua pretensão acusatória, mas jamais um prejuízo material.

Outra abordagem possível é pensar a vedação do recurso acusatório de uma sentença absolutória como violação do *ne bis in idem* e do *double jeopardy* (MAIER, 2011). Isto significa, respectivamente, proibir que o acusado seja julgado duas vezes pelo mesmo fato criminoso e que seja exposto múltiplas vezes ao risco de ter a sua situação jurídica agravada. Para alguns (MAIER, 1999), isso valeria até mesmo para o recurso acusatório sobre uma sentença penal condenatória, haja vista

que há a possibilidade de uma condenação mais grave, o que é, inclusive, uma burla ao *non reformatio in pejus*. Dessa maneira, "a exclusão do órgão acusador como um sujeito amparado pelo direito de recorrer da sentença absolutória é uma consequência inexorável" (GLOECKNER, 2014, p.195).

Na mesma perspectiva, percorre o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual nega a existência de um recurso ao acusador público. No caso *Arizona vs Manypenny* , a Suprema corte reafirmou o entendimento do caso *United States vs Sanges*, no sentido de que *"the Federal Government enjoys no inherent right to appeal a criminal judgment"*. Com o enfoque mais direto, no caso *United States vs Martin Linen Supply co.*, a corte decidiu que *"the Double Jeopardy Clause bars appellate review and retrial following a judgment of acquittal"*.

Ademais, possibilitar o recurso acusatório sobre uma sentença absolutória significa violar a própria garantia do acusado que lhe assegura o direito ao recurso. Isso porque, impor-se-á um julgamento originário em segunda instância, o que incorre em supressão de instância. O mesmo ocorrerá nos casos de prerrogativa de foro e, inclusive, naqueles casos em que por força de conexão ou continência serão sugados pela competência especial, nos quais, muitas vezes, sequer haverá outro grau de jurisdição.

Nesses contextos, porém, o imputado somente poderá contar com os recursos extraordinários, de modo que se torna ilusório o seu direito a recorrer de uma decisão condenatória. Isso ocorre porque determinado gênero de recurso não satisfaz as condições necessárias que garantem um recurso nos moldes estabelecidos pelo PIDCP e a CADH (LOYOLA, 2013).

Ou seja, para que seja possível a autoaplicabilidade do Duplo Grau de Jurisdição e de um direito ao recurso do acusado, o instrumento precisa cumprir requisitos mínimos. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversos casos estabeleceu que o recurso deverá: a) ser ordinário e garantido antes do trânsito em julgado *(caso Herrera Ulloa vs Costa Rica)*; b) ser acessível; c) ser eficaz, de modo que seja desformalizado *(caso Mohamed vs Argentina)* para que o direito não se torne ilusório *(caso Herrera Ulloa vs Costa Rica),* devendo, sobretudo, possibilitar o reexame das questões fáticas, probatórias e jurídicas, interde-

pendentes entre si, pois a equivocada interpretação fática implica em incorreta e indevida aplicação do direito *(caso Mohamed vs Argentina)*. Ainda, o recurso deve garantir a dupla conformidade judicial para que seja possível a execução da condenação *(caso Barreto Leiva vs Venezuela)*; e) estar ao alcance de toda pessoa condenada, ou seja, o direito deve ser efetivo a toda pessoa condenada, inclusive nos casos de modificação de sentença absolutória *(caso Mohamed vs Argentina)*; f) respeitar as garantias processuais mínimas pertinentes e necessárias para resolver o exposto pelo recorrente *(caso Mohamed vs Argentina)*.

Como se vê, caso esses requisitos não sejam atendidos o que acontece é a obliteração da garantia ao duplo grau de jurisdição e a ruptura do direito fundamental do acusado ao recurso. Nesse ponto, o paradigma brasileiro se encontra em uma verdadeira situação paradoxal: por um lado sentimos as brisas democráticas e defensoraS dos direitos e garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal de 1988; por outro, ainda vivemos em um ranço autoritário e inquisitorial do velho ordenamento jurídico de bases filosóficas-ideológicas de tempos antidemocráticos que buscam sempre o tolhimento dos direitos e garantias individuais e se colocam a favor do poder punitivo estatal, muitas vezes sob discursos de defesa social e impunidade.

5. BREVES PALAVRAS A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que o Duplo Grau de Jurisdição se estabelece como uma norma de garantia – manifestada pelo direito ao recurso - frente aos excessos e arbítrios persecutórios do Estado. Para isso, basta compreender algumas noções a seu respeito.

Em primeiro lugar, o Duplo Grau de Jurisdição não é uma mera possibilidade de reexame da decisão por um tribunal superior que visa reforma ou anulação. É, também, a imposição de uma reapreciação integral da sentença condenatória por um tribunal diverso. Em outras palavras, conforme Loyola (2013, p.153), é como a *"manifestación de um derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de um doble convencimento: el del juzgador de primera instancia, por um lado, y, además, el del órgano de apelación"*. Assim, o recurso atua como um mecanismo indispensável

para que a matéria seja reexaminada na instância de revisão a fim de fundamentar ou privar uma condenação (MAIER, 1997).

Na mesma esteira, trabalha como um imperativo que veda a obrigação de recolhimento prisional para o exercício do direito de recorrer. O que justifica o enunciado da súmula n.º 347 do Superior Tribunal de Justiça: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão". Ambos os aspectos estão inerentemente atrelados à ideia de presunção de inocência e, portanto, salvaguardam a norma de tratamento que garante ao acusado que ser considerado inocente até que seja proferida uma decisão condenatória transitada em julgado.

Em segundo lugar, a pedra angular do Duplo Grau de Jurisdição é o recurso, pois é através desse instrumento que ocorre a sua manifestação. Para isso, o recurso deve ser: (a) ordinário: deve possuir o efeito suspensivo e possibilitar o exame das questões de fato *(error in iudicando)*, probatórias e jurídicas (*error in procedendo*); (b) acessível: deve ser desformalizado de modo que não torne ilusório o direito, ou seja, a sua admissibilidade deve ser ampla; (c) eficaz: não basta sua mera existência legal, deve constituir um meio adequado para a retificação de uma condenação viciada; (d) alcançável: deve permitir ao acusado recorrer de toda sentença condenatória, inclusive daquela que modifica a sentença absolutória em qualquer grau de jurisdição.

Em terceiro lugar, o Duplo Grau de Jurisdição é uma garantia única e exclusiva do acusado. Não só pela legalidade exposta nos tratados internacionais de direitos humanos que não preveem o recurso do acusador, mas também pela ausência de base constitucional e de fundamentos jurídicos processuais que justifiquem a manutenção de uma bilateralidade recursal.

Isso não quer dizer, porém, que deva ser vedado ao Ministério Público ou ao querelante a possibilidade de recorrer. Nada obsta a impugnação, por parte do acusador, de questões de direito fundadas em *error in procedendo* – ou seja, que não se referem à matéria fática e as provas -, tendo em vista que abordam elementos de ordem pública. Dessa forma, o recurso acusatório ficaria adstrito a determinadas matérias, como um dia fora disposto na lei italiana nº 46 de fevereiro de 2006 conhecida como "*legge pecorella*".

Destaca-se que essa abordagem não prejudica a "paridade de armas". Aqui, novamente, as categorias processuais – civil e penal - se confundem: não se trata de partes iguais, tais como são no âmbito privado, mas de partes desiguais. Assim, o que está em pauta não é o ato de tratar igualmente as partes que são por natureza desiguais, mas sim de tratá-las desigualmente, o que aproxima o termo "paridade de armas" ao conceito de isonomia.

Por fim, devemos nos livrar de todos os ranços autoritários e inquisitoriais que vigem até hoje no nosso sistema processual penal. Isso significa identificar e descontruir os discursos retóricos sofistas que permitem o sepultamento de direitos e garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988. Em razão disso é imprescindível a compreensão da garantia ao Duplo Grau de Jurisdição para que se afaste argumentos alicerçados em premissas como o da defesa social e da impunidade do sistema criminal. É necessário que haja uma mudança profunda, não só em termos legislativos, mas também a nível filosófico-ideológico na compreensão do processo penal. Por hora, não temos nenhum vislumbre de mudanças nesse ideário. Mas não é um fim. É uma longa viagem até a transformação de uma cultura inquisitória que se rasteja por séculos para um ambiente acusatório e democrático.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <https://www.bt-g-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

AMÉRICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.** Washignton DC, 17 de novembro de 2009. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Washignton DC, 02 de julho de 2004. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Mohamed vs. Argentina.** Washignton DC, 23 de novembro de 2012. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 nov. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil:** Historia y Legislaciones. Tomo I. V.1. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual penal.** v. II. Campinas: Péritas, 2001.

_____. Francesco. **Instituições do processo civil.** São Paulo: Editora Classic, 2000.

_____. Francesco. **La cenicienta.** 1.ed. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960.

_____. Francesco. **Sistema de direito processual civil:** da estrutura do processo. V.III. 1 ed. São Paulo: ClassicBook. 2000.

_____. **Sistema di diritto processuale civile**. v. I. Padova: Cedam, 1936.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. **Arizona v. Manypenny 76-621**. Washignton D.C, 10 novembro 1981. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/451/232.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. United States Supreme Court. **United States v. Martin Linen Supply Co. 76-120.** Washignton D.C, 23 fevereiro

1977. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/430/564.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. United States Supreme Court. **United States v. Wilson 73-1395.** Washignton D.C, 09 dezembro 1974. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/420/332.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos,** 22 maio 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** La ley del más débil. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito Fundamental ao Recurso no Processo Penal: Uma Crítica à Concepção Bilateral da Impugnação. **Revista Justiça e sistema criminal**, Porto Alegre, v. 6, n. 11, p. 195, jul./dez. 2014.

ITÁLIA. **Legge nº46, de 20 de fevereiro de 2006.** Disponível em: < http://www.altalex.com/documents/leggi/2007/06/01/inappellabilita-delle-sentenze-di-proscioglimento-modifiche-al-processo-penale>. Acesso em: 02 out. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva,2019.

LOYOLA, Enrique Letelier Loyola. **El Derecho Fundamental al Recurso en el Processo Penal.** Barcelona: Atelier, 2013.

MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal Parte General:** Actos Procesales. 1ªed.Tomo III. Buenos Aires: Editores del puerto, 2011.

_____. **Derecho Procesal Penal Parte General:** Fundamentos. 2ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Editores del puerto, 1996.

_____. **Derecho Procesal Penal Parte General:** Sujeitos Procesales. 1ªed.Tomo III. Buenos Aires: Editores del puerto, 2011.

_____. El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal? **In:** ABREGÚ, M. et al. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales.** Argentina: Del puerto, 1997, p. 407-427.

_____. La impugnación del acusador:¿un caso de ne bis in idem?. **Nuevo foro penal**, Buenos Aires, n. 61, p. 169-175, ago. 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 16 dezembro 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

PASTOR, Daniel R. El llamado impacto de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal. **Cuedernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 5, n. 9, p. 41-57, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. **Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**, São Paulo, boletim n. 153, ago./2005.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. **Rivista di Diritto Processuale.** Padova: CEDAM, vol XXXIII, jan/mar, 1978.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um Sistema de Impugnações no Processo Penal Constitucional Brasileiro: Fundamentos para (Re) Discussão. **In:** WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo penal: em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

A RESSIGNIFICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CAMPO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Danilo Scramin Alves
Vitória Caroline Brandão da Costa Siqueira

1. INTRODUÇÃO

A ideia de conflito permeia diversos aspectos da ordem social. Em verdade, é diversificada a quantidade de facetas que este tema pode assumir na vida cotidiana dos indivíduos, de maneira que torna-se necessária a existência de meios e ferramentas que possibilitem a coexistência de interesses que, à primeira vista, possam ser considerados contraditórios.

A ciência do Direito ganha certo foco neste campo de ofício: a resolução dos conflitos, neste sentido, ganha ares de normatividade e legalidade. Este desenvolvimento se dá tendo por objetivo a manutenção da ordem no meio social, além de conter também a necessidade de propiciar campo neutro, tanto quanto possível, à persecução dos direitos individuais pelos seus respectivos pleiteantes.

Ante o exposto, a proposta do presente artigo é analisar mecanismos eficazes para garantir acesso à justiça de forma efetivamente democrática, visto que isso é um direito-garantia fundamental presente na Constituição de 1988. Outrossim, busca-se alcançar melhores decisões na resolução dos conflitos existentes.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Na seara da resolução dos conflitos, o Direito Civil assume protagonismo. Na formação de seus princípios institucionais e na construção do Processo Civil, o Estado pode alicerçar seu funcionamento fundamentando-se na busca da isonomia substancial daqueles que compõem a coletividade de cidadãos sob sua jurisdição, tal como afirma Stancati e Pinho (2016).

A busca por esta igualdade substancial entre os cidadãos se constrói, dentro do campo da resolução dos conflitos na seara jurisdicional, no acesso à justiça. Este acesso, em decorrência do desenvolvimento de novos mecanismos e procedimentos na esfera judicial para uma melhor prestação no serviço de mediação das lides, passou a ser construído com a possibilidade de uma maior participação dos envolvidos na elaboração de meios para a efetivação dos interesses envolvidos. Segundo Ávila, Neto e Pimenta:

> Muito se discute acerca da abrangência do termo acesso à justiça. Inadvertidamente ou por puro apego ao formalismo, consolidou-se o apequenado entendimento de que acesso à justiça é meramente sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. A verdade, contudo, não é bem assim, de vez que limitar o acesso à justiça ao acesso a um poder estatal seria em verdade pouco e, ademais, insuficiente para resolver as mais candentes dificuldades para a exequibilidade desta garantia constitucional. Por essa correta visada, o acesso à justiça tem início tão-somente quando há a materialização de uma ordem jurídica justa, célere e efetiva. (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.175)

Neste contexto, surge a nova codificação do Processo Civil, ocorrida em 2015, que buscou o aprimoramento do maquinário processual por meio de mudanças normativas que tiveram como enfoque solucionar o que se demonstravam ser os mais frequentes obstáculos, tanto no acesso dos cidadãos ao poder jurisdicional como na melhor visualização e duração mais hábil das lides já apresentadas em juízo. De fato,

uma das mais notáveis mudanças no CPC de 2015 foi a consagração do princípio de incentivo à resolução consensual dos conflitos dentro do texto do referido diploma legal, estabelecendo como necessidade para a garantia dos direitos individuais e conclusão da lide de maneira não prejudicial a devida comunicação entre as partes de maneira eficaz e mediada por um profissional que – focado na percepção de ambas as partes quanto ao problema onde se inserem – possa estimular os próprios indivíduos a equilibrarem suas necessidades numa resolução do conflito que garanta a efetivação das necessidades tanto do pleiteante quanto do pleiteado, naquilo que for possível.

> Afigura-se imperiosa uma análise estrutural do fenômeno, pois só assim o resultado do acesso, a saber, a justiça social, será entendida em sua real acepção. Nesse diapasão, não basta a asseguração estatal dos meios formais de acesso, mas faz-se mister, fundamentalmente, que os direitos sejam reconhecidos e alcançados pelos meios materiais, e estes estão ligados à exclusão das relações de subcidadania e sobrecidadania [...]. (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.181)

Esta nova aproximação, como salienta Bolwerk, Raddatz e Magalhães (2017), se dá por meio da aplicação de técnicas que visem a desconstrução de aparentes entraves na garantia dos interesses da lide; de forma que são as próprias partes que, por meio de uma mediação eficaz, podem debater a respeito da compreensão que tem a respeito de seu conflito, de maneira que, tendo campo propício à oralidade, têm como possibilidade uma apresentação mais eficiente das suas necessidades.

É interessante atentar ainda para a interpretação de Stancati e Pinho (2016) a respeito da ressignificação do acesso à justiça. Como expõem os autores, o novo diploma do campo processual civil deu ampla margem para a prática de novas ações, fora da seara jurisdicional em seu sentido mais estrito, que busquem a composição de soluções por meio da interação ativa das partes envolvidas, de maneira que, não excluindo-se o dever do Estado de apreciação jurisdicional, garante-se também aos envolvidos uma ação mais direta e dinâmica.

Ainda segundo afirmam Stancati e Pinho (2016), neste processo o que ocorre é a desjudicialização enquanto forma de buscar racionalidade na apreciação jurisdicional e trazer evolução ao campo do Direito, para que se produza o dinamismo necessário para a observação das lides no cenário contemporâneo. Isto, segundo os autores, é fenômeno necessário para a efetividade e adequação do sistema jurisdicional às necessidades dos indivíduos componentes do corpo social.

Tendo em mente tais alterações e com o intuito de efetivamente observar o desenvolvimento do acesso à justiça no campo jurisdicional brasileiro, é necessário visualizar as modificações do CPC 2015 à luz do código anterior. Como no processo dialético, as mudanças conduzidas surgem a partir da necessidade existente, do anseio pela efetivação do processo, pela garantia por parte do Estado dos direitos ameaçados e pela duração razoável dos procedimentos legais. Como apontam Ávila, Neto e Pimenta,

> À luz de debatido, vê-se que o efetivo acesso ao Judiciário implica não apenas o antes, mas também o durante e o depois. Numa palavra, a dificuldade não está em se ingressar no Judiciário, mas em dele sair, bem como na forma pela qual dele o cidadão sai, notadamente se a demanda foi satisfeita. Os outputs dele emanados têm efetividade, é dizer, tem-se a utilidade prática do processo? (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.178)

Como apontam os supracitados autores, estas necessidades envolvem o fato de que a mera observação do acesso à justiça como acesso ao poder e ao processo judiciário, além de ser uma incompleta compreensão a respeito da essência da ideia de justiça, também não é capaz de amplamente e de maneira completa sanar as lacunas sociais. Assim surge a busca por meio e ferramentas que amplifiquem as modalidades de acesso à justiça intrínseco ao próprio direito material que o tem como princípio.

> Daí a necessidade de pensar um acesso mais amplificado e, por conseguinte, condizente ao próprio direito material, pois o acesso à justiça como direito ao processo já não supre todas as lacunas da sociedade. Deste modo, nada mal pensar o acesso à

> justiça como o acesso ao Direito. (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.178)

Ainda que, segundo Stancati e Pinho (2016), possa-se argumentar que a resolução alternativa de conflitos, fora da atuação jurisdicional, portanto, possa produzir um descaso quanto a certas garantias e também perda de qualidade na prestação dos direitos envolvidos, é necessário que elabore-se mais a respeito da ideia do juiz enquanto gerenciador do conflito, e não como absoluto intérprete da lide e das soluções possíveis ao problema que envolve as partes. Nesta nova compreensão, cabe ao julgador a tarefa de informar as partes e conduzi-las, quando necessário, garantindo o Direito e proporcionando tanto ao polo ativo como ao ativo uma postura mais ativa e dirigente na visualização de suas problemáticas.

Imperioso destacar ainda que a ressignificação do acesso à justiça, além de contribuir para a celeridade na resolução das lides que irrompem no corpo social, também é uma forma de participação popular no exercício da jurisdição do Estado, permitindo assim a possibilidade das partes mesmas decidirem a respeito do conflito que as envolve e, para além do que já apresentou-se, propiciando um funcionamento mais fluído das faculdades jurisdicionais do Estado e também contribuindo para desenvolvimento de novas medidas para a solução de conflitos dentro do campo jurídico e extra jurídico. Neste sentido, o texto do CPC 2015 atenta para o incentivo destas novas modalidades de entendimento das lides:

> Diversas leis foram criadas na intenção de estimular a autocomposição, a saber: a) NCPC destina um capítulo inteiro para regular a mediação e conciliação (arts. 165- 175); b) a tentativa de autocomposição é posta como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite acordos processuais atípicos (art. 190), bem como a Lei 13.140/15, que regula de forma exaustiva a mediação. (BOLWERK; RADDATZ; MAGALHÃES, 2017, p.34)

Por esta tendência na fomentação do acesso à justiça, ressignificado pela resolução alternativa dos conflitos, o que se percebeu também

no novo diploma legal do campo do Processo Civil foi o suplemento do princípio do contraditório, como bem apontam Bolwerk, Raddatz e Magalhães. Assim este princípio passa a ser, além da garantia de debate entre as partes, a possibilidade dos polos do processo de produzirem efeitos na decisão do órgão jurisdicional. Dessa maneira é que o aparente conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo contido no bem comum se desfazem das asperezas e atritos: por meio do discurso apresentado pelos interessados, onde estes expõem suas observações, receios e necessidades, é possível uma adequação dos objetivos de ambas as partes em um entendimento que contemple os anseios apresentados de forma muito mais eficiente do que seria possível em um meio onde a discussão dos interesses não seria ofertada como possibilidade.

> Alguns dispositivos do CPC podem exemplificar essa nova visão do contraditório, a saber: a) artigo 772, II, que determina que o juiz, em qualquer momento da fase executiva, advirta ao executado que seu procedimento constitui ato atentatório contra a dignidade da justiça. Ou seja, antes de efetivar a punição, deve possibilitar que a parte se explique; b) artigo 77, § 2º, que exige que o juiz, antes de expedir o mandado para o cumprimento de diligência, deve lembrar os sujeitos que são alvo de que seu comportamento poderá ensejar aplicação da multa mencionada. (BOLWERK; RADDATZ; MAGALHÃES, 2017, p.37)

Pode-se afirmar ainda, diante do exposto, que ao Estado também é dada a oportunidade de – em uma forma mais ativa e sem desrespeitar a inércia que dele deve ser princípio – atuar na produção de uma solução mais eficaz do processo, na medida em que o juiz proporciona, no cenário judicial, a abertura de uma discussão quanto aos direitos em conflito e se retira do protagonismo do processo, onde a ele cabe apenas falar o direito. Nesta nova compreensão da atividade estatal, o direito é produzido no debate das partes e na mediação do julgador, onde ele trabalha conjuntamente com os polos ativo e passivo para garantir os interesses, apenas em uma primeira observação, opostos.

Desta maneira, como posto no CPC de 2015, a prestação do acesso à justiça passa a se dar de maneira efetivamente democrática: ocorre a busca pelo alcance do sentimento de justiça ao jurisdicionado, por meio da abertura para que este discuta no campo jurídico a respeito dos seus interesses com aquele a quem pleiteia ou é pleiteado. Este processo de dialética entre os interesses não seria possível se não pela resolução de conflitos focada na atuação conjunta de órgão jurisdicional e das partes envolvidas.

> Assim, consigna-se que há, no âmbito da novel codificação processual, uma ambiência propícia para a implementação de um acesso à justiça efetivamente democrático. Inúmeros são os regramentos capazes de assegurar tal afirmação, a saber: contraditório e a vedação da decisão surpresa, princípio da cooperação processual, o dever de fundamentação da decisão, de esclarecimento e o dever de prevenção. (BOLWERK; RADDATZ; MAGALHÃES, 2017, p.36)

Não se retira do Estado o papel que lhe é constitucionalmente atribuído. Em sentido oposto, a possibilidade de resoluções alternativas do conflitos proporciona ao julgador uma melhor compreensão dos interesses contidos na problemática a ele apresentada, de maneira que é por meio da formação de um campo mediado de debates e observações que o Direito pode ser compreendido, tanto pelo órgão julgador, que proferirá a decisão, quanto pelas partes, que serão a parcela especialmente afetada pelo ato decisório. Assim, o surgimento de novas modalidades de apreensão das problemáticas que surgem no seio social não são em si uma afronta às prerrogativas constitucionais do poder jurisdicional do Estado, podendo ser encaradas com uma forma de efetivação da atividade estatal de gerenciamento dos conflitos em si.

Portanto, o surgimento das formas de resolução alternativa de conflitos não produz em si e por si a inexistência da necessidade de um julgador capacitado; em sentido oposto, a possibilidade de solucionar um conflito por meios não comuns dentro da seara jurisdicional só fortalece a responsabilidade do Estado em prover ambiente neutro e de garantia dos princípios constitucionais do funcionamento dos procedi-

mentos judiciais. Destarte, é tarefa do julgador compreender não só a lide que é posta para sua observação, mas também entender as maneiras mais eficazes de aplicação dos princípios jurídicos e da lei, a fim de fornecer decisão melhor fundamentada e direcionada à solução efetiva do conflito. "Por isso, em todas as situações, exige-se do julgador respeito às regras e atenção quando da aplicação dos princípios jurídicos, pois estes por vezes funcionam como vetores sociais maleáveis, indeterminados *prima facie*." (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.179)

Como apontam Stancati e Pinho (2016), a desjudicialização, no que interessa às resoluções alternativas de conflitos, representa ainda uma forma de intervenção Estatal no corpo social, e não o contrário. O CPC de 2015 incluiu novas formas de desjudicialização além daquelas voltadas às lides em si, de maneira que também amplificou a atuação dos cidadãos em outras áreas do processo civil. Interessante destacar que, ainda a respeito do papel do juiz e do órgão julgador, dentre estas formas modificativas, o NPCP institui ainda que o juiz pode levar em conta fato superveniente na formação de sua decisão, tanto de ofício como por ter sido requisitado pelas partes para tanto, respeitando o debate destas a respeito do fato levantado durante o processo.

Sustentado pelo acesso à justiça, o contraditório produz ainda o instituto da cooperação entre as partes, como destacam Bolwerk, Raddatz e Magalhães. Neste novo funcionamento, as partes, antes consideradas adversárias, apenas autor e réu, passam a trabalhar juntas para a condução do processo ao resultado mais positivo e eficaz possível. Por meio do instituto da cooperação entre as partes, o contraditório passa a ser uma ferramenta de melhora na efetividade das decisões produzidas no campo jurisdicional, pois possibilita a atividade clara das partes na produção de efeitos na decisão do órgão julgador.

Desta maneira, as partes não são responsáveis pela condução do processo ou mesmo o juiz assume esse papel de forma inquisitorial: o procedimento jurisdicional assume caráter democrático real e passa a funcionar com a cooperação conjunta de todos os participantes da ação no meio judicial, de forma que não se formam protagonismos ou se valoram os debates a depender de que os incita. O processo, desta for-

ma, proporciona aos seus atores um maior conjunto de possibilidades de debates, observações e construções conjuntas.

> O aludido princípio possui eficácia imediata e sua aplicação não depende de regras expressas. Dele decorrem alguns deveres, indispensáveis para o modelo cooperativo, discriminados a seguir. Em relação às partes: a) dever de esclarecimento: demandantes devem redigir seus pedidos de forma clara e coerente, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má fé (arts. 79-81 do CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar dano à parte adversária (art. 77, VI, CPC, art. 520, CPC e art. 776, CPC). [...] Em relação ao órgão jurisdicional: a) Dever de esclarecimento: consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes em relação às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de modo a evitar decisões apressadas ou precipitadas. (DIDIER JR., 2016, p.129 apud. BOLWERK; RADDATZ; MAGALHÃES, 2017, p.39)

Não devem ser desconsideradas as críticas a este novo modelo de formação. Apesar da aparente necessidade de reformas que busquem propiciar novas formas de resolução de conflitos dentro da seara jurisdicional e que propiciem maior celeridade na solução destas lides, é preciso compreender que a reforma mais eficaz em todo o sistema jurídico ocorre além das reformas normativas, indo até o corpo e estrutura do Estado e de sua função jurídica. Conforme Ávila, Neto e Pimenta:

> Interessa e é ponto fulcral do presente estudo a universalização do acesso à justiça, sendo certo que essa universalização, da forma que se pretende, não será assegurada por novas leis, como o NCPC, ou reformas constitucionais, muito menos se criando novas varas e tribunais judiciários, subseguida da contratação de mais magistrados. O problema – já se disse e ora se repete como imperativo de consciência – é de ordem infraestrutural. (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.182)

Para além da reforma normativa, é necessário que as mudanças tenham devido efeito legal, de maneira que o efeito democrático da resolução dos conflitos possua eficácia e seja garantido, em conjunto com a cooperação das partes e a atuação do juiz e do órgão julgador. Neste sentido, é necessário contar ainda com o fato de que é preciso reduzir as possibilidades de exclusão infra estruturais que venham a ocorrer em decorrência de um sub acesso por parte dos entes e partes envolvidas. Assim, é requisito para a criação de uma jurisdição atuante, presente, acessível e eficaz tanto a possibilidade de atuação das partes de forma mais direta como também o respeito aos princípios fundamentados na ordem jurídica e constitucional brasileira.

Interessante abordar que na apreciação de tais críticas, assim como num processo cíclico, retorna-se à abertura, consciente e respeitosa quanto aos preceitos legais da ordem constitucional democrática, de modelos de solução das lides de forma extrajudicial como uma forma de trabalhar as lacunas da estrutura jurisdicional em si. Não seriam, neste sentido, a prática de mediação fora do Estado e dentro deste diametralmente opostas.

Este processo de apresentação de uma amplitude maior na resolução de conflitos por meio de modalidades não comumente abordadas dentro do campo jurídico, até a data de promulgação do novo Código de Processo Civil, projeta no campo social uma responsabilidade maior e uma necessidade dos próprios cidadãos de produzirem com o devido auxílio jurídico, quando necessário, formas que visem adequar os interesses individuais e coletivos em ferramentas de construção da ordem social, no sentido de que essas resoluções alternativas das lides postas no campo da sociedade produzem um exercício maior e mais democrático dos indivíduo dentro do campo do Direito. Esse exercício deverá ocorrer, portanto, independente das características individuais do pleiteante, mas se formalizará no princípio do acesso à justiça em si.

> A democratização do acesso à justiça, pois, funcionará, por exemplo, como vetor garantidor da fruição de direitos sociais, de modo que deve ocorrer independentemente da condição econômica do indivíduo, pois o princípio democrático vivifica

> de forma imediata os direitos fundamentais constitucionalizados. Com efeito, inovar o ordenamento jurídico criando direitos ou facilitando o uso dos já existentes é fundamental. Sabe-se, ainda, que aplicar as leis não é função apenas do Judiciário, mas também do Poder Executivo, que o faz ao implementar e reconhecer direitos, sendo este um processo bem mais rápido e profícuo de acesso à justiça social. (ÁVILA; NETO; PIMENTA, 2015, p.183)

O acesso à justiça torna-se eficaz quando respeita a ideia contida no seu cerne. O acesso enquanto meio de elaboração de formas de conduzir um conflito com uma conclusão possivelmente danosa só existirá quando houver contido neste processo os valores imprescindíveis de garantia do direito material, tal como a colaboração entre as partes e o contraditório, apresentados anteriormente.

Em contraposição ao diploma anterior, o Código de Processo Civil de 2015 é responsável por dar extremo enfoque aos princípios que formalizam a atividade jurisdicional do Estado e que formam, por sua vez, a garantia dos direitos individuais. É por isto que além de atribuir responsabilidades ao juiz e ao órgão julgador, também são estipuladas formas de as partes intervirem no processo – além das ferramentas processuais já existentes até o momento– com o debate dos princípios e das problemáticas envolvidas da construção do procedimento judicial.

Assim, cabe tanto ao juiz como às partes a formação de um processo desentranhado de complicações desnecessárias, más compreensões causadas pelo difícil acesso ou pelo auxílio jurídico mal prestado, problemas incidentais gerados pela não cooperação mútua, etc. Desta maneira é que o caráter democrático do processo e de seu acesso ganha mais enfoque, pois é nesta atuação conjunta que as possibilidades de solucionar o problema aumentam e a tendência a danos às partes e à própria integridade da pratica jurisdicional, devido à demora na solução do conflito, diminuem. É por meio da aproximação não mecânica por parte do Estado e das partes ao problema que se torna possível a resolução hábil e equilibrada da lide, ao mesmo tempo em que se mantém o respeito aos interesses em aparente disputa.

3. CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 conduziu, ao atentar para garantias constitucionais já existentes, não para o desrespeito destas, mas para a ideia de que ao jurisdicionado também é possibilidade real a atuação no conflito de seu interesse.

O acesso à justiça, nesse sentido, ganha ares dialéticos: compreende-se, portanto, que a necessidade de garantia dos direitos individuais produz a necessidade do acesso igualitário ao sistema jurídico, mas não somente isso, ao acesso aos princípios normatizados no direito material. Partindo disto, segue-se a uma conjunção de tais ideias, que produz, altera, e conduz os componentes do corpo social – em constante alteração – para novas compreensões da realidade que os cercam.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Flávia de. NETO, José Querino Tavares. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Acesso a justiça. Ano 2015. Disponível em: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS.

BOlWERK, Aloísio Alencar. RADDATZ, Lucimara Andreia Moreira. MAGALHÃES, João Paulo Macedo. Acesso à justiça: perspectivas históricas e o novo código de Processo Civil. Ano 2017. Disponível em: Vertentes do Direito, volume 4.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3° do Código De Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. ano 41. v. 254 abr/2016. disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revistadeprocesso-2013-repro/2016-v-41-n-254-abr. Acesso 13 jun. 2020.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS INTEGRANTES DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SÃO RESTRINGIDOS PELA LEI N.º 7.347/1985?

Isabela Franco Arruda Brasil

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são direitos inatos aos seres humanos, essenciais para o desenvolvimento e a existência da personalidade do homem. Eles podem ser transgredidos em uma esfera individual (na qual apenas uma pessoa é atingida) ou em uma esfera coletiva (hipótese em que muitos indivíduos sofrem uma transgressão).

A ação civil pública serve como um meio para proteger os direitos coletivos. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e até individuais homogêneos poderão ser tutelados.

Em grande maioria destas ações, quem as propõe é o Ministério Público, mas, há outros agentes que também possuem legitimidade ativa. É o caso das associações civis.

De acordo com o art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, as associações poderão ajuizar a ação civil pública se estiverem constituídas há pelos menos um ano e possuírem, entre as suas finalidades, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Para a realização deste estudo, após a verificação do real conceito do princípio do acesso à justiça; dos aspectos necessários à compreensão dos direitos da personalidade e do objeto de tutela, legitimidade (ativa e passiva) da ação civil pública; buscou-se, por meio do método hipotético-dedutivo, avaliar se no atual momento jurídico, após a edição da Constituição Federal em 1988 e do Código de Processo Civil (atualizado em 2015), há congruência em exigir um tempo mínimo de constituição para que as associações possam propor a ação civil pública e se esta norma serve (ou não) como um impasse para o acesso à justiça e a defesa dos direitos da personalidade do ser humano transgredidos em escala coletiva.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como em todo instituto, a sua historicidade auxilia a compreensão de seu significado. Regras relativas aos direitos da personalidade são observadas no Código de Hamurabi (primeiro código que se tem notícia de sua positivação), no direito grego e no direito romano (MALUF; MALUF, 2018, p. 171).

O direito grego procurava analisar o homem para conhecer a sua natureza e, por meio da lei, proteger a sua intimidade. Já o direito romano concedia a outorga dos direitos da personalidade para quem possuísse os status "libertatis, civitatis e familiae" (SOUZA, 1995, p. 45-55).

O ser humano, após a ascendência do cristianismo, ganhou relevância pelo fato de que a sua existência servia para fundamentar a Santíssima Trindade. O sujeito ganhou individualidade. Ao mesmo tempo que o ser não possuía a natureza divina de Deus, ele é feito à sua "imagem e semelhança". Devido a este entendimento, o homem passa a ser alguém para o ser divino e não apenas algo (utilizado apenas para diferenciar o indivíduo do universo) (GONÇALVES, 2008, p. 26).

A partir daí, pensadores cristãos se concentram em estudar "o que é" o homem.

Homem é aquele que se constitui e se realiza através da sua relação com os demais. Por outro lado, para se identificar "quem é" o homem,

é necessário verificar algo que lhe é intrínseco (a sua personalidade). Esta é composta pelos atributos naturais do ser (aquilo que integra o seu caráter) (GONÇALVES, 2008, p. 64).

No período pós-término da Segunda Guerra Mundial, países começaram a elaborar normas que tutelam os direitos essenciais ao homem evidentemente desrespeitados nos períodos de conflito. Posteriormente, os Estados-nação se juntaram para positivar os direitos no âmbito externo (nesta esfera, nomeados de direitos humanos) (BRASIL; SOARES, 2019, p. 35).

Este movimento refletiu na tutela dos direitos personalíssimos do homem, os quais, apesar de não possuírem o mesmo significado dos direitos humanos, guardam relação entre si. Isto porque, em síntese, há direitos da personalidade que podem ser direitos humanos, como o direito à vida, mas, há direitos da personalidade que não podem se enquadrar naquela categoria, a exemplo do direito ao segredo profissional.

Os direitos foco deste trabalho nada mais são do que aqueles essenciais para a existência e o desenvolvimento da personalidade humana (CANTALI, 2009, 131). Eles servirão para proteger a integridade física, intelectual e moral da pessoa. Entre os seus exemplos, podem ser citados o direito ao nome, à liberdade, à imagem e à honra (MALUF; MALUF, 2018, p. 181).

Desta forma, o sistema jurídico, ao proteger a personalidade do indivíduo, visa resguardar a identidade e a capacidade deste de desenvolver suas próprias características, as quais são compostas pelos seus valores, seu modo de agir e de pensar (NOGUEIRA; BORGES, 2019, p. 153).

No ordenamento brasileiro, tais direitos se encontram positivados na Constituição da República e no Código Civil. Neste, eles são apresentados de forma geral e específica (detalhando-se os subtipos de direitos) (BRASIL; SOARES, 2019, p. 34).

Adquiridos após o nascimento com vida (ressalvados os direitos do nascituro), os direitos personalíssimos, cuja natureza jurídica é de direito subjetivo devido ao poder do indivíduo reclamar/defender algo que é seu (como a sua vida) (DIAS; DUARTE, 2019, p. 38), possuem

como características serem inatos, universais, inalienáveis, e em regra, irrenunciáveis.

2. UMA BREVE NOÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal e o art. 3º do Código de Processo Civil (em similares redações) expõem a regra de que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a um direito.

Em outras palavras, em caso de efetiva lesão (ou ameaça) a um determinado direito, aos indivíduos é assegurado o poder de se socorrerem ao poder judiciário, o qual deve garantir uma adequada prestação jurisdicional (GONÇALVES, 2019, p. 61).

Sabendo-se disso, levanta-se a seguinte questão: o que seria uma adequada prestação jurisdicional?

Um serviço jurisdicional será adequado quando for efetivo, tempestivo e justo; prestado após a provocação do judiciário pela parte (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 146).

A jurisprudência se encontra sedimentada no mesmo sentido:

> O princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) não se limita ao acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, compreende também a garantia da duração razoável para a satisfação da pretensão processual (CF, art. 5º, LXXVIII, CPC/15, art. 4º); (...). (TJ-MG - AI: 10000180413312001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 08/11/2018, Data de Publicação: 09/11/2018).

É notável que o princípio fundamental do acesso à justiça (ou da inafastabilidade da jurisdição) pode ser vislumbrado durante todo o processo, seja no ajuizamento da ação ou na apresentação de defesa pela parte contrária (NERY JUNIOR, ANDRADE JUNIOR, 2018, p. 205), sobretudo porque a prestação jurisdicional deve ser efetiva (adequada ao caso tratado) e seu trâmite deve se dar por um tempo proporcional à lide.

A conclusão após o estudo deste princípio é a de que quando ele é observado na prática, ou seja, quando a tutela é feita pelo órgão jurídico visando à satisfação do direito envolvido, o direito material (como o direito da personalidade) é protegido.

3. BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os direitos coletivos em sentido "lato sensu" compreendem três espécies de direitos: os difusos, os coletivos "stricto sensu" e os individuais homogêneos.

Os direitos difusos, como exposto pelo art. 81, inc. I, CDC, possuem como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A título de exemplo, o dano ao meio ambiente causado pelo rompimento da barragem situada na cidade de Brumadinho – MG (uma circunstância de fato) atingiu um número indeterminado de pessoas.

Já os direitos coletivos em sentido estrito (presentes no art. 81, inc. II, CDC), envolvem um número determinado de indivíduos ligados entre si devido a uma relação jurídica. É o caso do direito ao ressarcimento material a uma associação que pagou por um determinado serviço (estabelecendo-se uma relação jurídica) e este não foi prestado.

E, os direitos individuais homogêneos (dispostos no art. 81, inc. III, CDC), integram um número de pessoas que podem ser individualizadas e se relacionam devido a uma "origem comum". Como exemplo, é possível utilizar também o evento do rompimento da barragem na cidade de Brumadinho – MG, em que as pessoas que tiveram sua propriedade atingida pela lama, têm direito ao ressarcimento material.

O art. 1º da Lei n.º 7.347/1985 estabelece os bens jurídicos tutelados por meio da ação civil pública. Segundo o dispositivo, ela será cabível nas hipóteses em que houver dano ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social.

No exame do inc. IV do artigo acima nota-se que este apenas menciona o cabimento da ação civil pública para a defesa de interesse difuso ou coletivo (nada salientando sobre o direito individual homogêneo). Além disso, segundo o art. 129, inc. III da Constituição Federal, ao Ministério Público são atribuídas às funções institucionais de promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Assim, a ação civil pública poderia ser ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos? A jurisprudência diverge sobre o assunto, principalmente no que tange aos direitos individuais homogêneos disponíveis, em que ora se entende que a ação civil pública não é cabível e outrora é manifestado o cabimento para os casos em que houver interesse público relevante.

Os julgados exibidos a seguir justificam as afirmações supracitadas:

> Processo civil – Ação civil pública– Direitos disponíveis e divisíveis– Ministério Público – Ilegitimidade *ad causaum*. (...) quando a pretensão invocada está a tutelar interesses divisíveis e disponíveis de empresas identificáveis, afastada estará a legitimidade ad causam do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, porquanto adstrita a defesa de interesses individuais indisponíveis, salvo quando oriundos de relação de consumo. 2) Agravo provido.(TJ-AP - AI: 00011793320088030000, Relator: Desembargador Gilberto Pinheiro, Data de Julgamento: 01/12/2009, Tribunal).

> Recurso de Revista. Legitimidade ativa. Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública. Direitos individuais homogêneos. Interesse social relevante. Horas extras. Labor em domingos e feriados. Observância do intervalo interjornadas e descanso semanal remunerado. 1. Na dicção da jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os direitos individuais homogêneos nada mais são senão direitos coletivos em sentido lato (...) não há como negar a legitimidade do "Parquet" para postular tutela judicial de direitos e interesses individuais

> homogêneos, inclusive no que tange a sua efetivação. (...). (TST-RR: 8693320115090088, Data de Julgamento: 30/10/2018, Data de Publicação: DEJT 05/11/2018).

Como as ementas mencionam, os direitos individuais homogêneos são uma categoria de direitos coletivos. Eles abrangem o direito de mais de uma pessoa e por este motivo, possuem o requisito essencial para o ajuizamento da ação civil pública, que se traduz na defesa da coletividade.

Coerente é a admissibilidade da ação para todas as hipóteses de direitos individuais homogêneos, uma vez que segundo o art. 91[51] do Código de Defesa do Consumidor, quem possui legitimidade ativa (o que ainda será visto neste trabalho), está autorizado a propor ação civil coletiva para os casos de danos individualmente sofridos.

Além disso, nos termos da Súmula n.º 601, STJ, o Ministério Público detém legitimidade para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrerem da prestação de serviços públicos.

Buscar a defesa dos interesses individuais homogêneos é um meio de eliminar mais rapidamente conflitos de origem e garantir a satisfação do interesse social, fatos que são compatíveis com a atuação do órgão ministerial (ALMEIDA, 2003, p. 494).

Com a permissão para o Ministério Público ajuizar ação civil pública para todas as hipóteses de interesses, consagra-se o direito de acesso à justiça para a coletividade, já que a partir da propositura da demanda, um número determinado de pessoas terá o seu direito analisado e em sendo o caso, concedido.

Mas, é importante que a seguinte ressalva seja feita: para as hipóteses que envolvam o direito de um cidadão apenas (direito individual, o qual não possui o mesmo significado de direito individual homogêneo, devido à ausência de origem comum que interligue o direito de mais de um indivíduo), a ação civil pública não será cabível, visto a ausência de interesse coletivo a ser defendido.

51 Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

4. LEGITIMIDADE ATIVA (CAPACIDADE PARA FIGURAR NO POLO ATIVO) DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público possui legitimidade para propor a ação objeto de estudo. Mas, além dele, há outros legitimados ativos. Estes se encontram enumerados no art. 5º da Lei n.º 7.347/1985. De acordo com o seu texto, podem figurar no polo ativo da ação civil pública, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e tenha por finalidade alguma das mencionadas no art. 5º, inc. V, alínea "b"[52] da Lei n.º 7.347/1985.

Como exibe Hugo Nigri Mazzilli (2006, p. 56), o motivo pelo qual a legitimidade ativa poderia ter natureza jurídica ordinária seria o fato das associações defenderem interesses próprios (de seu estatuto) ou quando o Estado defende objetos de seu interesse, atribuindo por vezes penas mais severas de acordo com os bens que pretende melhor proteger.

A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a legitimidade possui natureza extraordinária, devido ao fato de o legitimado atuar em nome próprio, pleiteando direito alheio, hipótese clara de substituição processual (art. 18, CPC/2015).

Após analisar o rol de legitimados, verifica-se que a pessoa física não possui poder para figurar no polo ativo da ação civil pública, mas, nos moldes do art. 6º da Lei n.º 7.347/1985, ela poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, concedendo-lhe informações acerca de fatos para que este ajuíze a demanda.

Segundo o § 2º, do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, o Poder Público e as associações legitimadas podem se habilitar no processo como litisconsorte de qualquer das partes. E, de acordo com o § 5º do mesmo artigo, admite-se litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

52 A alínea b do art. 5º prevê: inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ambas as normas, ao permitir que os legitimados atuem em conjunto, permitem uma melhor defesa aos direitos coletivos.

A lei analisada ainda autoriza, em seu art. 5º, § 6º, que os órgãos públicos legitimados para propor a ação firmem um termo de ajustamento de conduta (TAC), observadas as exigências legais, com a parte causadora do dano, para que esta observe as exigências da lei e em caso do dano já ter sido consumado, que ela o repare.

Em razão do mencionado parágrafo nada mencionar acerca da possibilidade de as associações privadas firmarem o TAC, doutrinas divergiam sobre o assunto. Mas, ao julgar a ADPF n.º 165/DF, o Superior Tribunal de Justiça as autorizou a realizarem o termo, uma vez que para o direito privado, é autorizado realizar os atos não proibidos por lei. Veja parte da decisão monocrática, proferida em 15/02/2018:

> Nesse ponto, esclareço que a ausência de disposição expressa não afasta a viabilidade do acordo. No meu entendimento, a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo preconiza o princípio da legalidade (STF. Plenário. ADPF n.º 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 15/02/2018).

Uma vez firmado, o documento reveste-se da qualidade de título executivo extrajudicial e pode ser executado quando a obrigação nele estabelecida não for devidamente cumprida.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA (CAPACIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO) DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No que tange à legitimidade para figurar no polo passivo da ação civil pública, a lei que a disciplina não estabeleceu um rol mencionando quem poderia integrar esta categoria. Desta forma, será legitimado passivo, aquele que causar dano aos bens jurídicos tutelados. Sobre o assunto:

> Ação civil pública. Fase. Construção e reforma da estrutura física do CASE/NH. Legitimidade do Estado para figurar no polo passivo. 1. O Estado tem legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação pois, embora a Fundação de Atendimento Socioeducativo seja pessoa jurídica de direito privado é mantida pelo Poder Público. (...) (Apelação e Reexame Necessário Nº 70077961464, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/10/2018, Data da Publicação: Diário da Justiça do dia 21/11/2018).

Poderão ser réus, pessoas físicas e jurídicas, entre estas, as que possuam personalidade jurídica de direito público ou privado (FACHIN, 2013, p. 338). No julgado acima, constam no polo passivo duas pessoas jurídicas, uma com personalidade de direito privado e a outra com personalidade de direito público.

6. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Há relação entre a ação civil pública e os direitos da personalidade? Em outras palavras, é possível haver a proteção dos direitos da personalidade através do ajuizamento de uma ação coletiva (como a ação civil pública)?

A resposta para estas indagações é que há sim a possibilidade de tutela pela proposição desta demanda coletiva.

Os direitos da personalidade podem ser divididos de acordo com a esfera da personalidade que protegem, sendo elas a integridade física; a integridade intelectual e a integridade moral.

No exemplo do rompimento da barragem de Brumadinho, direitos que se relacionam com a integridade física, como o direito à vida e o direito sobre o corpo alheio morto foram desrespeitados, uma vez que a ruptura acarretou diversas mortes, desaparecimento de corpos de familiares e contaminação do meio ambiente.

Nesta hipótese, houve a transgressão de direitos difusos (um número indeterminado de pessoas foram atingidas em relação ao seu di-

reito à vida digna, devido ao dano ao meio ambiente) e individuais homogêneos (um número determinado de pessoas teve danos materiais com a destruição de suas casas e uma porcentagem determinada de familiares não encontraram seus parentes).

Desta forma, vislumbra-se o cabimento da ação civil pública, a qual, como já dito anteriormente, é cabível para os casos de transgressão a direitos difusos e individuais homogêneos.

Além desse, outro exemplo envolvendo direitos coletivos em sentido estrito pode ser citado. Na hipótese de transgressão ao direito de liberdade religiosa durante a contratação de um determinado serviço, ensejando no direito ao dano moral coletivo, uma associação (que entre as suas finalidades possui a defesa de interesses religiosos do grupo) pode ajuizar a ação civil pública para requerer o pedido indenizatório.

7. REQUISITO TEMPORAL PRESENTE NO ART. 5º, INC. V, ALÍNEA "A" DA LEI N.º 7.347/1985

Segundo o art. 5º, inc. V, alíneas "a" e "b" da Lei n.º 7.347/1985, as associações podem propor a ação civil pública desde que estejam constituídas há no mínimo um ano e entre as suas finalidades institucionais esteja a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei n.º 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, foi publicada no ano de 1985, data anterior à publicação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015. Ambos os dispositivos legais possuem como princípio fundamental, o acesso à justiça.

Sabe-se que o direto ao acesso à justiça compreende a possibilidade de a pessoa física ou jurídica acessar o poder judiciário e ver a sua lide solucionada. Mais que isso, pressupõe que esta prestação seja efetiva, adequada e dure um lapso temporal razoável.

Assim, seria razoável e estaria de acordo com os ditames da Constituição atual e do Código que regulamenta o processo civil que as associações apenas sejam legítimas quando forem constituídas há pelo menos um ano?

Para quem defenda a congruência da norma, o prazo mínimo seria como um filtro. Devido ao indivíduo não poder figurar no polo ativo da ação civil pública, pessoas poderiam criar uma associação como um meio para burlar o rol dos legitimados ativos e ajuizar a demanda. Com a norma, apenas associações sólidas ajuizariam a ação.

Por outro lado, há evidente afronta ao princípio do acesso à justiça, não havendo compatibilidade entre o exibido na norma em análise neste tópico e o regramento exposto pela Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

Isto porque, segundo a norma vigente, para aquelas instituições que forem sérias, constituídas há seis meses ou trezentos e sessenta dias, se depararem com um dano individual homogêneo, coletivo ou até difuso a algum dos bens tutelados pelo art. 1º da lei da ação civil pública, elas não possuirão o direito de ingressar com a postulação.

Desta forma, o direito de acessar o judiciário (e obter uma resposta deste) não estará sendo efetivado se a parte que seria legítima após mais algum tempo não conseguir provocar o juízo quando a conduta danosa estiver sendo praticada.

Outra questão relacionada atine ao conteúdo do § 4º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985. De acordo com a sua redação, o lapso temporal de um ano, isto é, o requisito que exige que a associação esteja constituída por pelo menos um ano para que possa ajuizar a ação, poderá ser dispensado caso haja interesse social visualizado pela dimensão ou característica do dano, ou devido à relevância do bem a ser tutelado.

Mas, quando existirá o interesse social ou a relevância do bem jurídico protegido? Esta resposta envolve a análise do caso concreto e a posição do magistrado acerca do assunto, ou seja, abre-se a possibilidade para que entendimentos diversos sejam visualizados.

Deste modo, a norma contida no parágrafo quarto não auxilia no acesso à justiça não efetivado pela alínea "a" do art. 5º, apenas serve para que exista insegurança jurídica para as partes, uma vez que não saberão com precisão se poderão ser dispensadas do requisito da pré-constituição.

8. SUGESTÃO DE REVISÃO DA LEI N.º 7.347/1985 - EXCLUSÃO DA ALÍNEA "A" DO INC. V E DO PARÁGRAFO QUARTO AMBOS DO ART. 5º

O requisito temporal exigido para que as associações possuam legitimidade para propor a ação objeto de estudo fere o princípio do acesso à justiça e a proteção dos direitos da personalidade.

Isto remete à conclusão de que a legislação que disciplina a ação civil pública se encontra desatualizada e em desacordo com algumas normativas (como o princípio do acesso à justiça) presentes em normas mais atuais e de grande relevância como a Constituição e o Código de Processo Civil.

O instituto da ação civil pública é em grande escala utilizada pelo Ministério Público. Mas, devido à importância deste instituto para a defesa dos direitos coletivos, ela deveria ser difundida para o conhecimento da população e a hipótese de ajuizamento pelas associações não deveria exigir aquele prazo mínimo.

Desta forma, o que se recomenda através deste artigo é a retirada do requisito da pré-constituição (o qual exige a constituição há pelo menos um ano) para as associações, por meio da exclusão da alínea "a" do inc. V, do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, com a consequente retirada da norma presente no parágrafo quarto do mesmo artigo, uma vez que possuem intrínseca relação.

O que deve ser mantido é a alínea "b", do inc. V, do art. 5º (referente às finalidades institucionais que a associações devem ter para que possa ajuizar a ação), pois isso reafirma a seriedade da instituição e a compatibilidade com os bens tutelados pela ação civil pública.

CONCLUSÃO

A ação civil pública é um importante instrumento para a defesa dos interesses coletivos. As associações (pessoas jurídicas de direito privado) estão presentes em variados contextos do território brasileiro, possuindo um relevante papel para a tutela dos direitos coletivos, via ajuizamento da ação objeto de estudo.

Como demonstrado, há a possibilidade da utilização da ação civil pública para a tutela dos direitos da personalidade. Nos exemplos tratados, abordou-se o direito à vida, ao corpo alheio morto e a liberdade religiosa; mas, há uma infinidade de possibilidades atreladas aos direitos da personalidade que podem ser protegidos pelo ajuizamento desta ação, desde que os direitos de uma coletividade (e não de uma pessoa apenas) estejam envolvidos.

A norma legal que regulamenta a ação civil pública foi publicada no ano de 1985 e possui dispositivos não compatíveis com algumas normas redigidas posteriormente. Por este trabalho, foi possível verificar a congruência da existência do requisito de finalidade presente na alínea "b", inc. V, art. 5º da lei, já que isto auxilia na constatação da seriedade da instituição e da compatibilidade com os objetos tutelados pela ação coletiva.

Por outro lado, exigir que as associações estejam constituídas há pelo menos um ano para que possam figurar no polo ativo da ação coletiva não se encontra compatível com o princípio do acesso à justiça, vislumbrado na Constituição Federal e no Código de Processo Civil em vigor, porque não se afigura razoável que associações sólidas criadas há tempo menor que o exigido, tenham seus direitos violados e não possam postular a ação.

E, a dispensa da pré-constituição presente no § 4º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985 igualmente não consagra o princípio em comento, visto que ao exigir a existência de "interesse social" ou "relevante bem jurídico a ser protegido", abre-se espaço para diferentes entendimentos acerca da possibilidade ou não da associação ajuizar a demanda.

Ambas as normas citadas (a alínea "a" do inc. V e o § 4º do art. 5º) não garantem uma tutela adequada dos direitos da coletividade (incluindo os da personalidade) porque freiam a aplicação do princípio do acesso à justiça (o qual é verificado tanto pela possibilidade de provocação do Judiciário quanto pela obtenção de uma adequada prestação jurisdicional).

Deste modo, o que se recomenda é a revisão da legislação tratada (Lei n.º 7.347/1985), especificadamente para a exclusão do requisito da pré-constituição para a hipótese da legitimidade ativa das associações

(exposta no art. 5º, inc. V, alínea "a") e, por consequência, a exclusão do parágrafo quarto do mesmo artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 de set. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências**. Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL, Isabela Franco Arruda; SOARES, Marcelo Negri. A efetividade dos direitos humanos e da personalidade no cenário internacional envolto pelas relações transnacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em expansão**: volume 17. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIAS, Adriana Ribeiro; DUARTE, Ricardo Serpe. A LEI 13.146/2015 E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA CONCEPÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **Information Society and Law Review**, São Paulo, vol. 1. 2019. Disponível em: <https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEMOS, Eduardo Xavier. Reivindicação Coletiva de Direitos, Movimentos Sociais e Repressão: As Greves do ABC como Objeto de Estudo. **Revista Jurídica Cesumar**. V. 15, n. 2 (2015).

MALUF, Carlos Alberto Dias; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões polêmicas sobre a ação civil pública. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 1, abr. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20719/questoes_polemicas_acp.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOGUEIRA, Racquel Nagem Daier; BORGES, Márcia Leite. A TETRALOGIA MULTINÍVEL DE UMA SOLUÇÃO PROPORCIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE X EFICIÊNCIA ENERGÉTICA. **Information Society and Law Review**, São Paulo, vol. 1. 2019. Disponível em: <https://informationsocietyandlaw.files.wordpress.com/2019/06/informationsocietyandlawreview3.0.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

A LEGITIMIDADE PARA MOVER AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA NOS DELITOS QUE ATENTEM CONTRA BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

1. Introdução

O artigo tem por finalidade realizar uma abordagem acerca da questão da legitimidade ativa para o manejo da ação penal privada subsidiária da pública nos delitos que atentem contra bens jurídicos coletivos.

É sabido que é amplamente admitido o seu ajuizamento quando se tratar de delito que ataque bem jurídico individual, desde que haja a inércia do Ministério Público no manejo da ação penal pública.

A tormentosa questão acerca de seu cabimento ocorre na hipótese de bem jurídico coletivo, onde estamos diante da coletividade como vítima, ou seja, o sujeito passivo é diluído por toda a sociedade e nos deparamos com valores constitucionais de extrema importância que são atingidos por essas infrações penais.

A jurisprudência do STF rechaça seu cabimento e no presente trabalho discutiremos a correção ou não desse posicionamento.

2. A sistemática da ação penal privada subsidiária da pública

O Ministério Público é o titular da ação penal e a ele cabe por força constitucional o cumprimento de uma das mais importantes funções dentro do multifacetário conjunto de obrigações assumidas pelo poder público dentro do controle social, qual seja, a deflagração da ação penal (artigo 129, I, da CRFB).

Ou seja, cabe a esse importante órgão dentro da estrutura do sistema de justiça o poder-dever de iniciar a ação penal quando presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

O STF, corretamente, decidiu que pode o Ministério Público investigar em determinadas situações e, também em compasso com o CPP, tem o poder de requisitar a abertura de inquérito policial.

Com a chegada das peças informativas referentes ao cometimento de um delito poderá o Ministério Público apresentar denúncia quando existir suficiência de provas; requerer o arquivamento das peças de investigação quando ausentes elementos indicativos da prática de infração penal ou renovar a remessa dos autos a autoridade policial para que proceda a realização de novas diligências.

A ação penal privada subsidiária da pública emerge na situação em que o Ministério Público deixar de apresentar qualquer uma das hipóteses acima noticiadas dentro do prazo legalmente previsto. Assim sendo, na absoluta inércia (MARCÃO, 2017, p.251) do titular da ação penal será possível o manejo da queixa subsidiária.

Notemos bem que na circunstância em que há postura do Ministério Público, ainda que distinta do oferecimento da denúncia, não caberá a ação penal privada subsidiária, o que suprime a adoção dela quando temos o arquivamento do inquérito policial ou o requerimento de diligências adicionais.

Temos que qualquer pronunciamento do titular da ação penal inviabiliza a ação penal privada subsidiária da pública (MARCÃO, 2017, p.251).

O arquivamento do inquérito policial não autoriza o ajuizamento da queixa-crime subsidiária (JARDIM, 1992, p.427 e ss), porém, a atual sistemática permite que haja o controle interno dentro do âmbito do Ministério Público quando houver tal sorte de requerimento.

O membro do MP que solicitar o arquivamento deverá submeter sua manifestação a confirmação interna no âmbito da instituição e somente com a chancela do órgão superior, Procurador-Geral de Justiça, no âmbito estadual, é que poderão as peças de investigação serem consideradas arquivadas tomando-se por base o artigo 10, IX, *d*, da Lei 8.625/93.

Temos que o sistema processual penal brasileiro não permitiu a presença do acusador particular, onde qualquer cidadão poderia independentemente da inatividade do Ministério Público promover o manejo da ação penal. O processo penal espanhol permite ao cidadão exercer essa função porque como ele integra "parte da sociedade agredida pelo delito, e não descuida da proteção da sociedade" e também por compatibiliza "em alguma medita a todos os componentes da sociedade e ao mesmo tempo serve de controle a atuação do Estado" (CATENA; DOMÍNGUEZ; 2012, p.101).

A novel dicção do artigo 28, do Código de Processo Penal determina que a vítima seja intimada acerca do pedido de arquivamento e, inclusive, permite que ela se manifeste.

Todavia, como deverá o membro do Ministério Público proceder na hipótese em que o bem jurídico-penal for de natureza supraindividual ou coletivo, onde nos deparamos com um número indeterminável de vítimas?

Caso a infração penal tenha ocorrido contra o erário, a legitimidade para pedir a revisão pertence a chefia do órgão que promove sua representação judicial (artigo 28, § 2º, do CPP).

Nas demais hipóteses, a resposta parece vir com a publicação em um jornal de circulação local, no diário oficial ou no átrio do Ministério Público para que eventuais vítimas possam se manifestar valendo-se por analogia *legis* do artigo 9º, da Lei 4.717/65.

Vislumbramos que tal premissa deverá ocorrer antes de submeter o arquivamento a confirmação interna na instituição.

A decisão de arquivamento pode ser revista, desde que surjam provas novas, logo, a vítima poderá proceder a provocação do Ministério Público para rever seu posicionamento em face do reposicionamento probatório e não incide o limitador temporal de trinta dias.

3. Como deve ser interpretada a inércia do Ministério Público

A inércia do Ministério Público dever ser interpretada com o formal conhecimento da infração penal mediante *notitia criminis* ou *delatio criminis* na forma do artigo 5º, do CPP e, ultrapassados os prazos processuais para manifestar-se, deixar os mesmos passar *in albis*.

Poder-se-ia pensar e na situação em que o fato delitivo, configure fato público e notório, amplamente divulgado, e o Ministério Público sequer requeira a abertura de inquérito policial ou determine a instauração de procedimento investigatório criminal.

Nessa situação, a queixa subsidiária poderia ser movida em função da inação ministerial quando publicamente alardeada a ocorrência de infração penal?

A nosso sentir, sim. A ação penal privada subsidiária da pública poderia ser movida nesse caso, onde a inércia restar demonstrada a partir da plena divulgação da ocorrência do delito pelos mais variados mecanismos de divulgação e a falta de qualquer atitude no sentido de, ao menos, apura-la.

Todavia, o entendimento prevalente, inclusive no STF, demanda a formalização da cientificação do Ministério Público acerca da ocorrência do fato.

O problema da admissibilidade da queixa subsidiária na questão acima aventada viria na demonstração do prazo da ocorrência do fato e a inação ministerial, além da necessidade de averiguar a suficiência de provas para o manejo da ação penal pelo particular.

4. Os bens jurídicos coletivos e a legitimidade ativa para o manejo da queixa subsidiária

Antônio Carlos da Ponte diz que: "o jus puniendi do Estado não é um interesse difuso, à medida que ao derivar diretamente da soberania estatal, é interesse do Estado, isto é, interesse público" (p.6).

Segue o professor para assinalar que: "Na esfera penal, portanto, caberá apenas ao Ministério Público decidir sobre a conveniência ou

não da propositura da ação penal em caso de violação a algum bem ou interesse relativo ao meio ambiente, feita a ressalva da ação penal privada subsidiária" (p.6).

A apresentação de queixa-crime subsidiária da pública é facilmente vista nas infrações penais em que se verifica a presença de sujeito passivo determinado, por exemplo, no delito de furto, onde o proprietário é a vítima; nos delitos contra a integridade física, onde é considerado vítima a pessoa que sofre a lesão.

A dificuldade se apresenta quando estamos cuidando dos chamados delitos vagos, ou seja, aquelas infrações penais em que não existe uma vítima individualizável, posto que se atinge a coletividade de modo indistinto. A afetação se dá a um bem jurídico cujo interesse na salvaguarda pertence a toda a sociedade como se dá com os delitos socioambientais.

Nessa modalidade de bem jurídico supraindividual, o ataque abandona pessoa certa e determinada e atinge valores constitucionais que são significativos a um número indeterminado de pessoas.

Como estamos diante de uma vítima que é difundida em todo o tecido social emerge uma pergunta acerca da legitimidade ativa para o manejo da ação penal privada subsidiária da pública quando nos deparamos com a inação do Ministério Público nessa sorte de infrações penais.

Em se tratando de delitos praticados contra o consumidor temos que o CDC, em seu artigo 80, resolve a questão ao permitir que a associações regulamente constituídas há mais de um ano ou entes da administração pública, direta ou indireta, com ou sem personalidade jurídica, manejem a ação penal privada subsidiária da pública (PACELLI, 2018, p.147/148).

Ao tratarmos de delitos contra a administração pública, ainda que haja o atingimento da coletividade, conseguimos verificar que o ente federado afetado possui legitimidade para o manejo desse tipo de ação, sendo que isso se replica até mesmo nos delitos patrimoniais quando temos que ela é vítima dessas infrações, por exemplo, estelionato contra seu patrimônio.

Todavia, como resolver a questão da legitimidade ativa na ação penal privada subsidiária da pública quando estivermos diante de bem

jurídico supraindividual como, por exemplo, o meio ambiente nos delitos socioambientais; a ordem econômica nas infrações penais socioeconômicas; nos crimes eleitorais e, por fim, nas condutas que ofendam a paz pública ou qualquer outro interesse dessa envergadura?

De início, ao analisarmos os processualistas penais, a maioria passa ao largo da questão. Todavia, encontramos uma posição que é mais arraigada a ideia da possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública apenas quando o delito tem sujeito passivo identificável e determinável.

A rejeição da possibilidade da ampliação da legitimidade para a ação penal privada subsidiária da pública lastreia-se na limitação para "apenas aquele que tem algum interesse material em obter uma sentença condenatória para depois executá-la no juízo cível" (MACHADO, 2012, p.149). Temos na doutrina quem defenda que a indeterminação da vítima (BRASILEIRO, 2015, p.254; FEITOZA, 2010, p.289) poderia criar uma modalidade de ação penal popular inexistente no ordenamento jurídico brasileiro (MACHADO, 2012, p.148).

Ao compulsarmos a gênese dos delitos vagos notamos uma pulverização do sujeito passivo e uma multiplicação dos reflexos nocivos pela dimensão do bem jurídico atingido. Como a infração penal atinge a coletividade como sujeito passivo e alcançam bens jurídicos-penais que pertençam a um número indeterminável de pessoas com substancial significado para a vida em sociedade não poderia o Estado negar-se a conferir legitimidade para que as vítimas, quando se depararem com o silêncio do Ministério Público, promovam as medidas para proteção do bem jurídico (DEZEM, 2016, p.275/276).

Negar legitimidade difusa para a proteção ao bem jurídico de interesse supraindividual implicaria em negar validade a normas advindas do poder constituinte originário, logo, revestidas da roupagem de serem cláusulas pétreas e que devem ter interpretação ampla e maximizante, por exemplo, a inafastabilidade do controle jurisdicional e, em decorrência disso, a própria ação penal privada subsidiária da pública.

Consigna-se aqui que a ideia de vinculação da legitimidade a presença de interesse para a obtenção do proveito na seara cível, com vênia, nos soa equivocada e digno de reparo. Dissemos no início desse tópico

que a persecução criminal enceta uma ideia de interesse público, o qual certamente não é alcançado com a delimitação da ideia de justiça penal como mero instrumento de certeza da ocorrência de um ilícito civil.

Ao restringirmos o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública a identificação da vítima concreta estaríamos forçosamente interpretando uma cláusula pétrea em compasso com a lei ordinária, o que nos soa incorreto (MIRABETE, 2004, p.133). O ato de limitar garantias fundamentais na legislação infraconstitucional somente seria cabível nas normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, o que não ocorre no caso em tela.

Se o constituinte não limitou seu cabimento a ação penal ser contra bens jurídicos individuais, coletivos ou supraindividuais não poderia vir o intérprete adotar posicionamento que afronte a clareza do texto constitucional, posto que tal sorte de diferenciação não atenderia ao "inderrogável princípio democrático do processo a participação do ofendido na ação penal" (MIRABETE, 2004, p.133).

Assentadas as premissas acima indicadas verificamos que há margem para o manejo da ação penal privada subsidiária da pública em todas as infrações penais (MIRABETE, 2004, p.133/134) em que o bem jurídico-penal seja de natureza supraindividual, porém, na prática, há uma restrição quanto a sua legitimidade em se cuidando de permitir a qualquer pessoa manejar essa modalidade de ação penal nos delitos vagos.

Como se cuida de ferramenta de democratização do acesso à justiça penal temos que como o bem jurídico-penal atinge a coletividade há de se compreender como correta a ideia que seja ampla a legitimidade ativa para permitir "...às associações, às organizações não governamentais, aos órgãos públicos especializados que incluem em suas finalidades institucionais..." (PRADO; SANTOS, p.9) a proteção do bem jurídico, sem prejuízo de qualquer um do povo que seja vítima daquela conduta.

5. Algumas decisões do STF acerca da queixa-crime subsidiária

Historicamente, o STF sempre foi contrário à ampliação do rol de legitimados para além do ofendido. A jurisprudência orienta-se para

negar legitimidade ativa para entes despersonalizados manejarem a ação penal privada subsidiária da pública.

A título de exemplo já fora decidido no sentido de rejeitar a legitimidade para conselhos indígenas manejarem a queixa-crime subsidiária, ainda que os delitos tenham sido perpetrados contra os povos indígenas (STF. Inq 3862 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO).

O desacerto dessa decisão resta evidente, posto que o direito à ação penal privada subsidiária da pública pode ser exercido por qualquer um que se sentisse ofendido nessa situação, no caso em tela, por um índio, por uma associação que represente os interesses dos indígenas ou inclusive por um ente despersonalizado já que o direito assegura representatividade ativa ou passiva a ele no processo civil.

Nem se vindique que essa modalidade de legitimação seria estranha ao processo penal, posto que encontramos exemplos de terceiros, que não seriam considerados 'vítimas diretas' do delito com poderes para manejar a queixa-crime subsidiária, por exemplo, artigo 80, do CDC que já foi tratado neste trabalho.

Limitar a legitimidade ativa apenas as pessoas físicas diretamente afetadas com comportamento (STF. Inq 3862 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO) também geraria uma imprecisão diante da dificuldade em se precisar quem seriam essas pessoas.

Nessa linha de ideias corretamente encontramos que: "No Brasil, os Códigos referidos não conceituaram quem é o 'ofendido' ou 'vítima', nem quem tem qualidade para representá-la; razão pela qual se trata de atividade hermenêutica, sempre comprometida com os valores sistêmicos" (PRADO; SANTOS, 2017 p.14).

Por essa razão resta irretocável a ideia de que um agente ofendido possa ser representado por uma coletividade ou manejar a ação por si só exatamente porque em compasso com a regra do artigo 100, § 2º, do CP (PRADO; SANTOS, 2017 p.14).

Há de se consignar que encontramos também decisão que, ainda que inerte o Ministério Público, entendeu que o parecer deste órgão que se manifestou pela atipicidade do fato mencionado na queixa-crime equivale ao arquivamento do procedimento de investigação (STF. Inq 2242 AgR, Relator(a): EROS GRAU) e acarreta a rejeição da queixa:

Em sentido oposto ao decidido acima localizamos decisão mais recente, que reputamos acertada, no sentido de reconhecer a irrelevância da manifestação posterior do Ministério Público de forma a desautorizar a queixa-crime subsidiária (STF. ARE 859251 RG, Relator(a): GILMAR MENDES).

Para fins de avaliação da inércia do titular da ação penal, a jurisprudência ampara-se na questão da formalização da cientificação do Ministério Público e, contando, a partir disso, o decurso do prazo para manejo da queixa-crime subsidiária.

Temos ainda um precedente que assenta a legitimidade exclusiva para o Procurador-Geral da República para o manejo da ação penal quando o, em tese, acusado for Ministro (STF. Pet 8491, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA). A redução da legitimidade ativa defendida no acórdão mencionado nos parece em descompasso com o previsto na própria Constituição Federal que não limitou ou condicionou a instância ou grau de jurisdição em que ocorreria sua possibilidade. Dentro do acórdão, o melhor seria recusar por falta de outras condições da ação penal, mas não a rejeitar sob o argumento de ilegitimidade de parte.

Posto isso, chegamos ao acórdão no qual centraremos nossa atenção:

> **AGRAVO REGIMENTAL. REJEIÇÃO LIMINAR DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DA PARTE. INÉPCIA DA INICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.** 1. A legitimidade para o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública pertence a quem sofra, diretamente, as consequências do delito, e não à toda coletividade. 2. A condição de cidadão não confere um direito difuso ao ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública. 4. Ainda que assim não fosse, não há prova de que o Ministério Público, podendo agir, não o fez por desídia. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (Pet 6071 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Pri-

> meira Turma, julgado em 13/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017).

No corpo do acórdão encontramos o seguinte trecho:

> Como se sabe, o sujeito passivo do delito é a pessoa ou entidade que sofre os efeitos diretos do delito. Nesta medida, a sociedade, e, portanto, o conjunto de cidadãos, sempre será sujeito passivo do delito, mas o será de forma indireta, razão pela qual se tem que o Ministério Público, ao titularizar a ação penal, age no interesse de toda a sociedade. 10. Se assim é, o particular não terá autorização para, por iniciativa sua, promover toda e qualquer ação penal, mas somente aquelas previstas em lei como exceção à regra, e, entre elas, a ação penal privada subsidiária da pública quando for vítima ou ofendido, ou seja, quando tenha, diretamente, sofrido os efeitos do delito. 11. Por outro lado, só é permitido ao particular atuar de forma supletiva quando comprovado, de modo inequívoco, que o titular da ação penal, podendo atuar, não o faz dentro do prazo legal (art. 46, do CPP). 12. Esta situação não se verifica no caso sob exame, na medida em que não há qualquer comprovação de que não haja diligências em curso para a apuração dos mesmos fatos, ou de que tenha o Ministério Público elementos suficientes para agir e não o faça.

Não nos parece correto a limitação imposta pelo guardião da constituição, posto que a interpretação reduz a força de uma cláusula pétrea. Se o constituinte optou por inseri-la como cláusula pétrea é porque enxerga como importante a democratização do acesso à justiça penal. Logo, se o Ministério Público não tomou as providências adequadas, independentemente de sua cientificação formal, pode o particular manejar a queixa-crime, desde que demonstre ser um fato notório cuja prova inclusive é dispensada pela legislação brasileira.

Em se cuidando de bens jurídicos coletivos, a restrição proposta pelo STF implica na diminuição do potencial de proteção do

bem jurídico, o qual poderia, inclusive, ser objeto de salvaguarda mediante ação popular a depender da natureza do interesse. Como se permite a tutela na esfera cível, sem qualquer sorte de restrição, inclusive pela relevância do objeto, temos que restringir sua possibilidade no campo penal demandaria uma proteção deficiente a participação popular no processo.

Permitir o manejo de ação penal subsidiária em delitos vagos, supraindividuais coroaria a relevância que esses valores constitucionais possuem para a sociedade.

Alguns poderiam alegar que isso implicaria na politização do processo penal ou na sua indevida utilização como mecanismo de perseguição, porém, ao nosso sentir, o sistema processual penal encontra-se munido de elementos para se promover a defesa da própria Constituição Federal contra acusações infundadas ou desprovidas de prova.

Basta a rejeição da denúncia por falta de condições da ação ou a própria manifestação do Ministério Público para assumir o feito como *dominus litis* sem prejuízo de outros instrumentos de natureza penal para tipificar eventuais abusos no manejo do direito à ação penal como os delitos contra a honra, denunciação caluniosa, entre outros.

6. Conclusões

O Ministério Público ocupa uma posição de suma importância dentro do sistema de justiça, o que é comprovado pela relevância das atribuições constitucionalmente submetidas a sua responsabilidade.

Lado outro, a importância do Ministério Público não pode implicar em cerceamento de uma cláusula pétrea para, em absoluto restringir ou impor inconstitucionais condicionantes, ao direito à ação penal privada subsidiária da pública, a qual inclusive funciona como mecanismo de fiscalização da atuação do *parquet* e garantidor da participação democrática no sistema de justiça criminal.

Limitar a ação penal privada subsidiária da pública apenas aos interesses individuais reduz a própria importância da expansão do direito penal para alcançar novas condutas e bens jurídicos que pertencem a um número indeterminado de pessoas.

Passa-nos a ideia de que a função da vítima no processo penal limitar-se-ia a mera reparação dos danos materiais e ou morais advindos do delito.

Essa visão reduz e muito a percepção que a justiça penal deve ter da vítima. Assim sendo, a nosso ver, a legitimidade subsidiária para o manejo da ação penal privada deve ser admitida para alcançar os bens jurídicos coletivos como forma de conferir uma democratização do acesso à justiça penal e também de garantir uma proteção suficiente ao bem jurídico salvaguardado.

7. Referências

CATENA, Victor Moreno; DOMINGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. 6. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Processo Penal.* 3 ed. São Paulo: RT. 2017.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*: teoria, crítica e práxis. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Forense. 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal.* 4 ed. São Paulo: Atlas. 2012

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas. 2004.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 22 ed. São Paulo: Atlas. 2018.

PONTE, Antônio Carlos da. Aspectos penais da preservação do patrimônio histórico e cultural. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/PENAIS.pdf. Acesso em: 07.jul.2020.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas; SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno A legitimidade para propositura da ação penal privada subsidiária da pública em crimes que afetam bens jurídicos coletivos. o exemplo representativo dos crimes ambientais. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição.* Brasília. v. 3. n. 1. p. 77 – 96. Jan/Jun. 2017.

A CONFIANÇA NA BALANÇA: A ASSISTÊNCIA SIMPLES COMO MODALIDADE INTERVENTIVA QUE CONFRONTA OS IDEÁRIOS DEMOCRÁTICOS.

Juliano Soares Rangel

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1939, prevendo, desde então, as modalidades interventivas, admitia em seu art. 93 que o terceiro interviesse no processo como assistente, embora equiparado a litisconsorte, na hipótese em que a sentença influísse na relação jurídica entre ele e quaisquer das partes. Já em 1973, o Código de Processo Civil passou a reger a referida modalidade interventiva em capítulo próprio, não mais a confundindo com a figura do litisconsorte, mas tratando o assistente simples como verdadeiro terceiro interveniente que, desde então, deveria comprovar o interesse jurídico para fins de auxiliar uma das partes da relação jurídica para que a sentença fosse favorável a quem juridicamente lhe interessasse (CPC/73, art. 50).

Eis que, já no século seguinte, revogada a legislação processual anteriormente vigente, o Código de Processo Civil de 2015, em seus arts. 119 a 123, manteve prevista a assistência simples como modalidade interventiva, restando mantido o requisito interesse jurídico para seu ingresso na demanda e, mantendo-o na condição de auxiliar da parte. Dentre as tão poucas alterações no que tange à assistência sim-

ples, o que importa destacar nesta oportunidade é que a atual legislação manteve para o assistente simples a condição de auxiliar da parte e que, assim sendo, os atos processuais a serem por ele praticados restaram restritos ao consentimento do assistido, estando impedido de praticar os chamados atos de disposição de direito (reconhecimento do pedido, desistência, renúncia ou transação, na forma do CPC/15, art. 122).

O que interessa destacar para você leitor, é que as legislações processuais foram promulgadas e publicadas em três períodos históricos diferentes para o Brasil e que, o instituto da assistência simples, quase que de forma irretocável, perpassa o processo de criação da lei, atravessando o tempo e mantendo-se vigente sob a argumentação da economicidade e celeridade processuais, além da argumentação máxima da efetividade da participação no processo que o torne mais democrático quanto mais plúrima a atuação dos sujeitos processuais.

Os três Códigos de Processo Civil vigentes no Brasil restaram regulados por três Constituições distintas: o CPC de 1939 foi regido pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937; o CPC de 1973 foi regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e, por fim, o CPC de 2015 que foi regido pela atual Constituição.

Dos resquícios de uma Brasil oligárquico regrado na sua forma federativa centrífuga, onde o poder do país era dividido entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais, perpassando para o federalismo centrípeto, caracterizando pela era varguista e pelo regime militar, eis que, o instituto da assistência simples sobrevive e é recepcionado pela "Constituição Cidadã", já alcunhada sob o modelo de federalismo cooperativo. Seria possível um instituto jurídico processual se perpetuar por três períodos tão distintos da história do país e, ainda assim, manter-se vigente sob o título de instituto democrático?

Apenas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre as citadas, é que traz a democracia como regime de governo (CRFB/88, art. 1º). Afinal, que diferença isso faz? O que devemos entender por democracia e de que forma ela deve se revelar?

Embora o entendimento acerca de democracia, teoricamente, subdivida-se entre os minimalistas (Weber e Schumpeter) e os maximalistas (Habermas e Rawls), o fato é que a participação é reconhecida, por

quaisquer destas teorias, como caractere de maximização do ideário democrático, de forma que, quanto mais inclusiva for a sociedade e, quanto maior for o processo de interação dialógica comunicacional, certamente, mais efetiva se revelará a democracia.

Importa antes de mais nada, recordar ao leitor que, a democracia não se perfaz existente conquanto o Estado assim se declare, mas sim, através do uso de instrumentos e mecanismos que possibilitem a sua efetivação. E, é neste especial sentido, que a lei deve ser analisada.

Aqui, o leitor é convidado a observar os autos do processo, metaforicamente, como se um fosse um Estado em si, em que os sujeitos da relação jurídica processual, sejam as partes ou mesmo os terceiros quando admitidos no processo, tenham garantido o uso de suas armas e a participação efetivamente dialógica à consecução do fim maior do Estado-juiz: o de prestar a tutela justa e efetiva.

1 DO INGRESSO E DOS PODERES DO ASISTENTE SIMPLES NO PROCESSO

O ingresso na relação jurídica pelo assistente simples será possível desde de que ele comprove ter interesse jurídico que lhe possibilite intervir para fins de auxiliar uma das partes de forma a cooperar para que a sentença a ser prolatada lhe seja favorável. Não é aqui nosso objetivo discutir o que deve ser entendido por "interesse jurídico" (análise bastante difundida na literatura jurídica), mas tornar vivo o entendimento de que esse interesse de que se serve o assistente para intervir no processo deve ter como fim possibilitar que a parte a qual pretenda auxiliar tenha prolatada uma sentença favorável para si que, por sua vez, reflexamente lhe favoreça.

É nesta oportunidade que devemos observar que o interesse jurídico deve estar vinculado com a pretensão do assistente na obtenção da vitória pelo assistido. Logo, é imprescindível que o assistido tenha estabelecido com o assistente uma relação de confiança que lhe permita auxiliar-lhe durante a marcha processual. Do contrário, a lei estaria lhe exigindo "dormir com o inimigo", o que não é razoável.

A lei, de forma não diversa, impõe como necessário o fato de que entre assistente e assistido seja estabelecida uma relação de confiança

que lhes garanta sociabilização para a atuação conjunta no processo, de forma que, um não pretenda prejudicar o outro.

Se mesmo a legislação processual estabelece que em caso de formação de litisconsórcio unitário os atos e omissões de um dos litisconsortes não prejudicarão os demais, podendo apenas beneficiá-los (CPC, art. 117, *caput*), menos ainda permitiria a lei que um auxiliar da parte viesse a prejudicar o assistido. Assim o é que, a lei passa a regrar os poderes que devem ser praticados pelo assistente simples.

O assistente simples só poderá praticar atos que estejam de acordo com a vontade do assistido. Ele exerce apenas o papel de coadjuvante do assistido, podendo, deste modo, tirar proveito de uma possível decisão que a este seja favorável.

O assistente simples exerce uma função que complementa a efetiva atividade que o assistido desempenha e, por mais que o art. 121, *caput,* do CPC/15 disponha que "o assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes (...)", precisa ser ressaltado que, qualquer ato praticado pelo assistente que entre em contradição com os atos processuais já praticados pelo assistido não deverá ser aceito.

A atuação do assistente simples é subordinada à atuação do assistido, pois o mesmo está qualificado como auxiliar da parte principal, lhe sendo atribuídos os mesmos poderes e ônus que ao assistido são inerentes. Não em outro sentido, Lia Carolina Batista Cunha (2017, p.140) aponta-nos que:

> No tocante à assistência simples, a tendência da doutrina sempre foi a de limitar os poderes do assistente, ressaltando seu caráter de auxílio (CPC/73, art. 52; CPC/15, art. 121). É comum, para reforçar esse aspecto, afirmar que o assistente é uma parte secundária. Em consequência disso, acredita-se que o assistente não pode pedir provas ou recorrer se a "parte principal" assim não o fizer, além de suas alegações não poderem estar em confronto com as alegações da "parte principal".

A condição de auxiliar atribuída ao assistente simples é invariável entre os doutrinadores brasileiros. É nesse mesmo sentido que, com fins a interpretar o que dispõe o CPC, em seu art. 121, e reforçar o ca-

ráter de acessoriedade do assistente em relação ao assistido que, Cássio Scarpinella Bueno (2016, p.169) aduz que:

> A primeira parte do *caput* do art. 121 espelha, com exatidão, este entendimento. A parte final do dispositivo, segundo a qual o assistente "exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido", precisa ser compreendida, como regra no contexto da primeira parte, isto é, de assistente como *auxiliar*. A atuação conjunta de ambos pode, até, coincidir e, neste sentido, é possível afirmar que ambos exercem os "mesmos poderes" e sujeitam-se aos "mesmos ônus processuais" (...). Quando não houver coincidência, a atuação do assistido é preponderante, em detrimento da do assistente. Na hipótese de se tratar de disposição de direito *material* (o que *não pertence* ao assistente), nada há que o assistente possa fazer, a não ser suportar as consequências, ainda que reflexas, da atuação do assistido (...).

É de todo óbvio que a atuação do assistente a que nos importa nesta análise é a relativa à sua atuação conjunta ao assistido, até porque sabemos que, sabemos que ante a revelia ou omissão do assistido, o assistente assumirá a condição de substituto processual, instante em que figurará como parte e não como auxiliar, a teor do CPC, art. 121, parágrafo único.

Ao partirmos da análise do ingresso do assistente simples na relação jurídica processual e observarmos que ele é possível, antes de qualquer exigência de atendimento a conceito jurídico vago (como o interesse jurídico), pela relação de confiança estabelecida, foi possível observar que, a essa confiança entre a parte e o terceiro resta condicionada legalmente aos poderes conferidas pela lei a cada qual dos sujeitos que, por sua vez, tendem a diminuir a participação do assistente simples, conquanto o limite na condição de auxiliar da parte.

É nesta oportunidade que importa destacar que o acesso à justiça só pode se perfazer ante a efetiva participação dos sujeitos na relação jurídica processual, garantindo-lhes a plenitude do contraditório e da ampla defesa.

3 O ACESSO À JUSTIÇA PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO

Não é possível abordar a lógica da efetividade da participação dos sujeitos na relação jurídica processual sem que sejam abordados princípios máximos que buscam, por força constitucional, a sua regulação. Assim, ganham força os princípios do devido processo legal e seu consectário princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, possibilitado ante atendimento expresso à ampla defesa e ao contraditório.

O princípio do *due process of law* como postulado constitucional fundamental, consagrado na Carta Magna de 1988, no seu art. 5º, LIV, determina que, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", logo, deve ser garantido a todos o direito à prestação jurisdicional, que seja compreendida pela prolação de uma sentença efetiva e justa que, por sua vez, garanta o atendimento à dignidade da pessoa humana.

Na precisa lição de Nelson Nery Júnior (2010, p. 78):

> (...) o direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais entre os quais ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil (CF 1º III). (...)
>
> Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*) constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação.

O princípio do devido processo legal como postulado constitucional deve garantir a todos uma prestação jurisdicional justa, um acesso

efetivo à justiça, a igualdade das partes, assim como de armas, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ao preceituar a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XXXV que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", traz o Constituinte o postulado do princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, que significa dizer: todos devem ter garantido o acesso à justiça que, por sua vez, deve ser compreendido pelo exercício do direito de ação e, em contraponto, pela prestação de uma tutela justa e efetiva, pelo Estado, que garanta aos litigantes a sua efetiva participação.

O acesso efetivo à justiça deve ser entendido como um direito social nas modernas sociedades. Não em outro sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 15) nos trazem o sentido que devemos conferir à efetividade:

> A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa constituem, por sua vez, direito fundamental inerentes às partes litigantes – autor, réu e terceiros intervenientes, e que deve ser a eles assegurados. Pois, segundo Nelson Nery Junior (2010, p.210): "todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor". Além de constituir um direito fundamental consagrado pela Lei Maior, o princípio do contraditório e da ampla defesa se mostram como importantes manifestações do Estado Democrático de Direito, em especial, quando possibilita o direito de ação e a igualdade das partes.

4 A CONFIANÇA COMO SUBSTRATO DO CAPITAL SOCIAL NA POTENCIALIZAÇÃO DO IDEARIO DEMOCRÁTICO

O conceito de capital social é algo ainda vago para muitos autores, porém segundo Robert Putnan (2007, p.32): "o capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas". Acresce-nos Pierre Bordieu (1983, p.132) que,

> Capital social é o agregado dos recursos reais e potenciais que estão conectados à possessão de uma rede durável de relacionamentos de mútuo conhecimento e reconhecimento, mais ou menos institucionalizada, ou, em outras palavras, ao pertencimento a um grupo, o qual provê a cada um de seus membros, com base no capital apropriado coletivamente, uma 'credencial' que titula ao crédito, nos vários sentidos da palavra.

Embora o conceito de capital ainda seja algo vago, diante dos dois conceitos citados acima, é possível dizer que capital social está inteiramente relacionado com a confiança que determinada sociedade tem em relação ao governo que a representa e com ela própria.

Cidadãos atuantes e imbuídos de espírito público constituem fatores decisivos na construção e na manutenção de uma sociedade democrática. Tais cidadãos são formados dentro de escolas, ou seja, com uma educação de qualidade, participativa, integrativa; voltada para a consciência do nosso, promovendo a importância da coletividade, da união. Cidadãos com espírito público que sabem que o público é de todos e precisa ser cuidado e preservado, que participam da vida pública, que são decisivos nas tomadas de decisões.

A confiança é um dos principais pilares de todas as relações humanas, disso não se pode duvidar; ela está presente nas escolhas das amizades, da relação de trabalho e emprego e, na escolha dos representantes políticos. Assim, Putnan (2007, p.36), define que: "uma sociedade cívica é formada por cidadãos atuantes imbuídos de espírito público,

por relações políticas igualitárias, por uma estrutura social firmada na confiança e colaboração".

A confiança e a colaboração se constituem como estruturantes de uma sociedade cívica, ou seja, uma sociedade democrática, pautada na cooperação mútua, no associativismo, na previsibilidade de comportamentos. No mesmo sentido, Anthony Giddens (1991, p.100) dispôs que:

> A confiança nos outros é uma necessidade psicológica de um tipo persistente e recorrente. Tirar segurança da fidedignidade ou integridade de outros é uma espécie de ranhura emocional que acompanha a experiência de ambientes familiares sociais e materiais.

O nível de confiança do cidadão está inteiramente ligado ao meio em que vive; em relação a atuação do governo e ao grau de associativismo existente na sociedade que está inserido, ou seja, a sua cultura. Assim como na atuação das várias instituições que compõem a sociedade: a família, o Poder Judiciário, os partidos políticos, o Ministério Público, as escolas, as religiões. Tais instituições são responsáveis por reforçar e ampliar a confiança, que já é algo inerente de todo ser humano. Segundo Anthony Giddens (1991, p.89), tais instituições podem ser denominadas de sistemas abstratos:

> Embora todos estejam cônscios de que o verdadeiro repositório de confiança está no sistema abstrato e, não nos indivíduos que nos contextos específicos o "representam", os pontos de acesso trazem um lembrete de que pessoas de carne e osso (que são potencialmente falíveis) é que são seus operadores.

Os denominados sistemas abstratos, no qual o governo está inserido, representam a grande fonte que revigora o nível de confiança de uma sociedade. Pois, um governo sério, justo, atuante, comprometido com o bem de todos, o qual promova e realize políticas públicas de qualidade, resulta em uma população confiante, com laços de confiança mútua, com o fortalecimento de mecanismos de cooperação e associativismo entre os indivíduos que compõem esta sociedade. Des-

ta maneira todos ganham; ganha o governo por ter uma população cooperativa, engajada com a promoção do coletivo, e que confia no governo. E, principalmente, ganha a população por ter um governo justo e atuante. O que não se opera de forma distinta com o Direito, conquanto reconhecido como um sistema abstrato que busca estabilizar relações através de extensões indefinidas de tempo-espaço.

Acerca da relação de confiança social, Hans Buchheim (1985, p. 23) acresce-nos que:

> Un caso paradigmático de la forma como a través de la reciprocidad una relación social entre dos personas se forma simultaneamente como relación ética y de poder es el desarrollo de la confianza. Ésta es despertada involuntariamente por la otra. Entonces – sempre que ninguna de las dos la frustre – cuando se presentan nuevas oportunidades es reiterada reciprocamente y va ganando así cada vez más obligatoriedad. De esta manera, la relación entre las dos personas adquiere una calidad ética, aun cuando no haya surgido por un motivo ético. Pero, igualmente, la relación de confianza es una relación de poder, por una parte entre los propios participantes y por otra – como potencial que les es común – frente a terceiros. La confiabilidad no es una propiedad que, como la fuerza, alguien posea por sí mismo y que no pueda perderse sino que cresce a partir de la convivencia con los demás y tiene siempre que afianzarse nuevamente a fin de que tenga consistencia. En el fondo, en el caso de la confiança – al igual que en toda relación de poder – se trata de una relación interpersonal, que puede afianzarse en una calidad socialmente adquirida por una persona.[53]

53 Um caso típico do caminho através de uma relação de reciprocidade social entre duas pessoas ao mesmo tempo como relação e poder ético é o desenvolvimento da confiança. Este é despertado involuntariamente no outro. Então - sempre que nem o frustrado - quando novas oportunidades de presente é repetido reciprocamente e está ganhando cada vez mais, assim, a ligação. Assim, a relação entre os dois torna-se uma qualidade ético, mesmo que isso não tenha surgido por razões éticas. Mas, igualmente, a relação de confiança é uma relação de poder, por um lado entre os próprios participantes e o outro - como potencial que eles têm em comum - contra Terceiros. Confiabili-

Na ausência de formas espontâneas de cooperação salienta REIS (2003, p.38) "a ordem impõem-se por uma organização hierárquica vertical da autoridade e – onerosamente – pela força". Pois, segundo assevera o autor:

> As instituições, subordinadas à vontade dos poderosos do momento, funcionam precariamente (quando não mudam constantemente), submergindo os atores em um elevado grau de incerteza quanto ao futuro e inviabilizando qualquer disposição de abrir-se mão de ganhos imediatos com apoio em uma presunção de reciprocidade futura. O mau desempenho institucional reafirma e reforça, assim, os traços de desconfiança mútua disseminados no interior da população, [...].

Bastando recordar ao leitor que a confiança é o primeiro requisito ao estabelecimento da relação entre o assistente e o assistido, assimila-la é de fundamental importância, especialmente, ante a necessária percepção que, para além da norma enquanto sistema abstrato que permite a intervenção do terceiro, coexiste relação social humana entre os sujeitos que compõem a relação social que, por sua vez, não pode ser descartada pelo Estado.

5 A PARTICIPAÇÃO QUE FALSEIA E MAQUEIA O IDEÁRIO DEMOCRÁTICO ENDOPROCESSUAL

Ao postular seu ingresso no processo como auxiliar da parte principal, o assistente simples sabe que em nome próprio, defenderá direito alheio e, que não poderá ampliar os limites objetivos da lide, pois o mesmo ao ingressar em juízo não se qualifica como parte e sim como coadjuvante do assistido. Para tanto, ele demonstra ao juiz possuir in-

dade não é um proppiedad que, como força, alguém tem para si e você não pode perder Cresce a partir de coexistência com outros e devem sempre tomar posse novamente a fim de ter consistência. No fundo, no caso de Confiança - como em todas as relações de poder - é uma relação interpessoal, o que pode segurar uma qualidade socialmente adquirido por uma pessoa. (Tradução do autor).

teresse jurídico, qual seja, que a sentença seja favorável à parte a qual presta auxílio. E ao juiz cabe verificar se todos os requisitos foram atendidos, intimar as partes a se manifestarem se aceita ou não a assistência; com a resposta positiva das partes, o juiz defere o pedido de a assistência, ou, não havendo impugnação pelas partes dentro do prezo de quinze dias (CPC/15, art. 120).

Antes mesmo da análise do interesse jurídico, importa esclarecer que entre a parte assistida e o assistente estabeleceu-se uma relação de confiança que, por sua vez, extrapola os limites abstratos da norma jurídica.

A relação de confiança estabelecida entre a parte e o terceiro deve ser entendida como premissa do ideário democrático, quando percebida como substrato do capital social que, não menos, reforça o campo de relações sociais estabelecidas entre os indivíduos.

Não em outro sentido, não basta que o Estado se auto intitule democrático, mas que seus instrumentos sejam efetivamente democráticos e, os serão conquanto em maior medida assegurem a efetiva participação dos sujeitos no processo.

Nas palavras de Sofia Temer (2020, pp. 92-93):

> (...) é necessário assentar que uma das premissas do presente estudo é a compreensão do processo como um espaço político. Afinal, se a cidadania, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, da CRFB), enseja a participação dos cidadãos nas esferas de poder, e, se o Judiciário é um dos poderes do Estado (art. 2º, da CRFB), não há como afastar a conclusão de que o processo constitui 'um espaço privilegiado de exercício de poder pelo povo'.

A participação, como exercício da cidadania, é compreendida como um direito fundamental.

Ao observar a restrição legal aos poderes conferidos ao assistente simples e o seu papel de real coadjuvante do assistido, percebe-se, de clara forma, que ele atua na condição de "fantoche", elevando a falseada premissa de participação. Não menos, a atuação do assistente encontra limitação na própria lei que o autoriza como auxiliar da parte a intervir no feito.

Ao conceder ao assistido, exclusivamente, a possibilidade de praticar atos de disposição do direito, o Estado falseia a ideia de participação do assistente simples, no mesmo instante em que, não de outra forma, rompe com a relação de confiança estabelecida entre a parte e o terceiro.

Se é fato que os atos de disposição de direitos praticados pelo assistido não tendem a afetar reflexamente o assistente, uma vez que este poderá discutir posteriormente a justiça da decisão (CPC, art. 123, inciso I), o que se pontua é a postura do Estado quando permite o ingresso do terceiro, alijando-o do efetivo contraditório.

Percebe-se que o Estado, ao criar limites a atuação do assistente simples no processo, se torna o principal, se não o único responsável pela quebra da confiança entre as partes.

Ademais, os limites opostos ao assistente simples no processo ofendem o postulado constitucional do devido processo legal, o qual deve garantir a todos uma prestação jurisdicional justa com acesso efetivo à justiça, tratamento igualitário entre os sujeitos do processo com paridade de armas, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não acontece em relação ao assistente simples. No mais, com a quebra da relação de confiança, a legislação acaba por enfraquecer o próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que corrói a democracia que deveria revestir o ato legal e, em especial, quando não se atenta à voz do assistente que, por vezes, pode trazer aos autos fatos que revelem a verdade buscada para a solução do litígio e, consequente, aplicação da norma legal.

Por mais que o assistente simples não seja o titular da relação processual deduzida em juízo, e sim titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida, como bem assevera Nelson Nery Junior (2010, p.210), tem ele o direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tomar o processo como um espaço político, público e plural, considerando o ingresso e os poderes conferidos ao assistente simples

na relação jurídica processual, pudemos observar que o Estado acaba por falsear a ideia de participação que, por sua vez, macula o exercício da cidadania, na justa medida em que não resguarda ao terceiro interveniente o direito ao devido processo legal e seus consectários princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, perpassamos por uma breve análise histórica e, pudemos observar que o instituto da assistência simples perdura desde os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, respaldados ou recepcionados pelas Constituições de 1937, 1967 e 1988.

Ao observar que o instituto que foi adotado numa sociedade que exalava à recente oligarquia café-com-leite e que passou pelo regime militar tenha se tornado ainda presente após a Constituinte de 1988, faz com que, minimamente, venhamos a refletir sobre a sua força e sobre o seu caráter democrático.

O direito, assim como as artes e a educação revelam-se fatos sociais e inegáveis instrumentos utilizados pelo Estado para fins de exprimir sua ideologia. Não é saudável sustentarmos um Estado Democrático quando restam excluídos sujeitos processuais que, "presentes em corpo", restam impedidos de participar efetivamente do processo e, assim, têm restringido o seu exercício de cidadania.

Se o ingresso do assistente simples já resta obstado ante mesmo o que a doutrina e mesmo juízes entendem por "interesse jurídico", fazendo emprego de terminologia subjetivamente criada para agasalhar interesses desconhecidos de acordo com cada decisão proferida, o fato é que, a garantia de seu ingresso, não representa a sua efetiva participação.

O Estado ao possibilitar o ingresso do assistente simples através de relações sociais tanto intrínsecas de perfazimento de confiança entre os sujeitos quanto menos subjetiva como a conferida pelo requisito "interesse jurídico", criou mecanismos para afastar a mesma confiança estabelecida entre a parte e o terceiro quando do seu ingresso.

O Estado plasma nos seus instrumentos jurídicos a mesma quebra de confiança com que se relaciona com seus cidadãos no campo extraprocessual. Inábil e incoerente, ele teima em vestir seus institutos

de caráter democrático, quando não se percebe a impossibilidade de exercício de democracia com verticalização da fala e sem respeito ao estabelecimento de um debate comunicacional interacional entre os sujeitos que propicie à prolação de uma decisão justa e efetiva.

A reflexão por sua vez deve passar pela esfera não apenas dos relatores da trilogia da norma processual (referência aos três Códigos Processuais Civis) ou seus legisladores, mas também pelos estudiosos e operadores do direito que, por sua vez, devem largar suas viseiras e observar as leis como instrumento de um Estado que se posiciona na condição de não funcional para atender interesses nem sempre expostos, mas sempre a serviço de grupos oligárquicos, como assim nasceu o instituto no Brasil.

Na balança? Na balança, a confiança se esvai; ela não tem peso. O Estado, assumindo a condição de opressor, a neutraliza e faz pesar, para um só lado, a sua força pungente. Os mecanismos de opressão são conferidos pelo Estado ao litigante, por sua vez, este já não conta com mecanismos de solidariedade e, tomado pela consciência individual e egoísta, tem a luta como sendo apenas sua, numa órbita estritamente liberal, como se a serviço do mercado – ele já não é cidadão e o direito controvertido é apenas "seu".

BIBLIOGRAFIA

BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Novo. Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. Brasília, 2015

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11-1-1973. Brasília, 1973

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Civil – Decreto-Lei n. 1.608, de 18-09-1939. Brasília, 2002.

BUCHHEIM, Hans. Política y Poder. Espanha: Editorial Alfa, 1985.

BUENO, Cássio Scarpinella. Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo/ Nelson Nery Junior. —10 ed. rev. amp. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. —São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, Bruno Pinheiro W. Capital Social e Confiança: Questões de Teoria e Método. Revista Sociologia Política, [S.I], nov. 2003. Disponível em: < http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rsp/article/view/3644>. Acesso em: 21 out. 2015

PUTNAN, Robert David. Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. Ensaios de Sociologia. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2002.

_____. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1999.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SUA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Helena Kret Brunet Coelho

Introdução

Como primeira premissa teórica a guiar este estudo, cabe destacar que o Negócio Jurídico Processual antes de ser Processual é Negócio Jurídico. Isso significa dizer que, com pontuais adaptações, os conceitos adotados pela Teoria Geral dos Negócios Jurídicos deverão, também, ser empregados em sua modalidade inserida no procedimento de resoluções de litígios.

Em que pesem as fundamentais importações a serem feitas, a mera utilização sem filtros da Teoria Geral dos Negócios Jurídicos não se apresenta suficiente. Isso, porque, enquanto o Negócio Jurídico regrado pelo Diploma Civil surge imerso no ramo mais privado do direito e de maior permeabilidade à autonomia da vontade, o Negócio Jurídico Processual se insere em um procedimento regrado por normas de ordem pública.

O Direito Processual Civil é, assim, como não poderia deixar de ser, ramo do Direito Público. Suas regras e princípios voltam-se à garantia do interesse público e modulam o exercício da Jurisdição precipuamente pelo Estado, enquanto viés de sua soberania, visando promover a pacificação social e garantia a efetivação do direito material

(THEODORO Jr., 2015). As normas processuais são, por sua natureza cogente, menos permeáveis às disposições de vontade particular.

Derivado do *publicismo* do processo, desenvolveu-se pensamento segundo o qual as regras procedimentais voltar-se-iam à neutralização da liberdade das partes. Sendo vedada a autotutela por não ser considerada meio legítimo para a solução de lides e, em contrapartida, assumindo o Estado Democrático de Direito a responsabilidade por prestar jurisdição, este adotaria protagonismo e autoridade na condução do procedimento, legando às partes apenas o direito de ação.

Essa faculdade, interpretada de forma restrita, corresponderia apenas ao ato de provocar o exercício jurisdicional, outorgando-se ao juiz o poder de impulso do processo a partir de então. O magistrado assume o papel principal, em superioridade aos jurisdicionados em conflito: a estes caberia apenas a missão de expor os fatos, enquanto o juiz, utilizando de seus poderes instrutórios e decisórios, verificaria a correspondência entre alegações e realidade, promoveria a subsunção de fatos à norma e, por fim, substituiria as vontades individuais proferindo decisão imperativa (CUNHA, 2019).

Nesse ínterim, é criado o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, as quais, estando em posição inferior, não poderiam com o fruto de sua autonomia vincular o Estado, seja na posição de julgador, como magistrado que atua na causa; seja na posição de legislador, como elaborador das regras que regulam o procedimento de resolução de conflitos. A única disponibilidade concernente às partes seria a opção por exercer ou não o direito de ação e, no curso do processo, por praticar ou não os Atos previstos na sequência predeterminada pela norma e cujos efeitos também já estariam tabelados por esta (CUNHA, 2019).

Não por outro motivo, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, parte relevante da doutrina refutava a própria existência do Negócio Processual: conforme estes autores, as negociações atípicas sobre o procedimento seriam plenamente afastadas do cenário brasileiro e mesmo aquelas previstas textualmente não eram consideradas, de fato, como Negócios, mas apenas espécies de Atos postulatórios.

Partia-se, em suma, do pressuposto de que, no processo, apenas seria admitida a prática de Atos Processuais em Sentido Estrito, vis-

to que seus efeitos decorreriam expressamente da norma ou estariam vinculados à necessária intervenção judicial. A encampação ampla do Negócio no ramo processual importaria, segundo esta inteligência, em sua contratualização, indo de encontro à sua essência publicista.

Nessa seara, Cândido Dinamarco, Alexandre Câmara e Daniel Francisco Mitidiero negavam a existência de Negócios Processuais ao partir do pressuposto de que o Negócio Jurídico, como autorregulação de interesses firmada no princípio da autonomia, ensejaria a produção de efeitos emanados direta e precisamente da expressão de vontade dos indivíduos. Em oposição, no processo, as consequências da prática de Atos, seja pelas partes, seja pelo magistrado, seriam definidas estritamente pela lei, sem que fosse conferida margem à intervenção ou relevância à manifestação volitiva do sujeito processual.

Pontes de Miranda e Calmon de Passos, na mesma linha, recusavam a existência do Negócio Processual, mas sob o argumento de que os acordos entre as partes não comportariam, de fato, Negócio, mas apenas declaração de vontade ao magistrado. Isso, porque, sua produção de efeitos no processo não emanaria da própria declaração volitiva, mas sim dependeria de intermediação do julgador por meio de pronunciamento integrativo.

De outra forma, mesmo sob a vigência do Diploma Processual anterior, surgiram vozes na doutrina no sentido de admitir o Negócio Processual, em suas formas típica e mesmo atípica, com fulcro em seu art. 158. Nesse sentido, já em 1984, José Carlos Barbosa Moreira salientava que, em que pese a desenvolvida normatização do procedimento, a lei processual não se propõe a esgotar a matéria, devendo ser facultado às partes dispor sobre o modo de resolução do conflito do qual são titulares, por meio das Convenções Processuais previstas no ordenamento, *e.g.,* eleição convencional do foro (art. 111, CPC/73) e suspensão do feito (art. 792, CPC/73), e até mesmo por meio de Convenções atípicas, respeitados limites a serem desenvolvidos pela doutrina.

Por semelhante modo, ainda em 2007, Leonardo Greco iniciou estudo que visava analisar a viabilidade dos Negócios, denominados pelo autor como Atos de Disposição Processual, em âmbito brasileiro, em suas modalidades típica e atípica. Lecionava o autor que a admissão

dos Negócios, não apenas figurava como abertura à autonomia das partes de forma a intervir de maneira colaborativa na forma de resolução da lide, mas teria o condão de contribuir para o próprio fim público do processo, qual seja a pacificação social por meio da justa composição do conflito (GRECO, 2007).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o debate acerca da existência do Negócio Jurídico Processual encontra-se aparentemente superado, pois sua negação passa a ser *contra legem*. O novo diploma, para além de prever novas modalidades de Negócios típicos em dispositivos esparsos, *e.g.*, a fixação dos pontos controvertidos (art. 357, §2°, CPC) e a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), inaugura, no ordenamento brasileiro, a Cláusula Geral de Negociação Processual, instituindo o Negócio atípico (art. 190, CPC).

É legado à doutrina, pois, como já advertia José Carlos Barbosa Moreira, dispor sobre os limites e a prática do instituto. Nesse sentido, o presente trabalho visa desenvolver a conceituação desta espécie negocial com base em suas origens no Princípio do Autorregramento da Vontade e na diferenciação entre Negócios e demais Atos Processuais. Em seguida, apresenta-se esboço acerca de um dos temas ainda pendente de definição na seara, quais sejam as técnicas de interpretação do Negócio Jurídico Processual.

1. Do Princípio do Autorregramento da Vontade

A legalidade no processo, consubstanciando o princípio do devido processo legal e concedendo segurança jurídica à forma de composição da lide, disciplina as principais regras a serem seguidas no decurso do procedimento. Entretanto, cabe salientar que, em que pese a normatização do processo e sua caracterização como ramo do Direito Público, a matéria não está submetida ao rigor da reserva legal. Isso significa dizer que o procedimento, ainda que previsto em lei, admite flexibilizações, *e.g.*, os Atos Processuais, mesmo não observando estritamente a previsão da lei em sua prática, são considerados válidos e eficazes desde que alcancem sua finalidade e não prejudiquem direitos da outra parte ou de terceiros (art. 277 e 282, § 1°, CPC) (CARNEIRO, 2016).

A não sujeição à reserva legal também importa admitir que o legislador em matéria processual não se propõe a esgotar o assunto prevendo todas as hipóteses de Fatos e Atos que possam intervir no desenvolvimento do procedimento. Figura necessário, como consequência, conferir certa margem criativa aos sujeitos processuais para que interfiram no modo de resolução do conflito. Como exemplo, tem-se o poder conferido ao julgador em alterar o procedimento prefixado de forma a adequá-lo às necessidades do conflito (art. 139, VI, CPC) e, por semelhante modo, o poder legado às partes em, por meio de Negócios Jurídicos Processuais, melhor moldar o procedimento às peculiaridades do caso (CARNEIRO, 2016).

Nas duas hipóteses, tanto nas possibilidades de flexibilização do procedimento normatizado quanto nos casos de concessão de margem criativa aos sujeitos processuais para moldá-lo, tem-se como fim último a garantia mais ampla do acesso à justiça, em especial pelo viés da operosidade. Visa-se, pois, a eficiência no *iter* de resolução de litígios, com o melhor gerenciamento do processo de forma a alcançar resultado mais justo, compatível com a realidade e em tempo razoável, trazendo maior satisfação aos indivíduos que se submetem à jurisdição (CARNEIRO, 2007).

Nessa conjuntura, emerge o Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil, enquadrando-se no rol de princípios processuais fundamentais. A norma implícita visa tornar o ambiente jurisdicional em espaço propício ao exercício do direito à liberdade, como dimensão inafastável da dignidade humana e fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrando a faculdade de o sujeito regular juridicamente seus interesses sob a perspectiva que reputar mais adequada também quanto ao modo de resolução do conflito de que é parte (DIDIER, 2019).

Apesar de refletir o Princípio da Autonomia Privada em âmbito de direito material, ao adentrar o exercício de função eminentemente pública, a liberdade negocial relativa à jurisdição tem contornos mais restritos. O respeito à autonomia convive com o contexto de Direito Público em que é inserido, visto que não representa poder ilimitado do particular, mas sim faculdade mediada tanto pelo Estado-legisla-

dor quanto pelo Estado-juiz. Concilia-se, assim, dois dos objetivos que informam à Democracia: a prestação da jurisdição, como forma justa, legítima e imparcial de promover a composição motivada da lide por meio do exercício do contraditório, e a garantia da liberdade, direito individual fundamental oponível, precipuamente, ao poder do Estado (DIDIER, 2019).

2. Dos Atos Processuais

O Ato Processual pode ser definido, segundo sua acepção mais ampla, como comportamento humano comissivo ou omissivo fundado na vontade individual, ou Ato Jurídico *Lato Sensu*, praticado por algum dos sujeitos que integram ou integrarão o processo – o magistrado, os auxiliares da justiça, as partes ou os intervenientes –, o qual a norma processual reputa apto a produzir efeitos jurídicos e interferir no desenvolvimento da relação processual, provocando a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição desta (DIDIER, 2017).

Importa notar que, diferentemente dos Atos Jurídicos que têm por objeto a influência no campo do direito material e atuam, em regra, de forma singular; os Atos Processuais produzem efeitos dentro de uma relação processual, tendo por características diferenciadoras a unidade de finalidade e a interdependência. O Ato Processual, por conseguinte, não pode ser encarado de forma isolada, mas sempre sob o viés coletivo, como componente de uma cadeia de atos que integram uma relação jurídica dinâmica e que têm, em conjunto, como fim último o alcance da prestação jurisdicional por meio de um procedimento em contraditório (THEODORO Jr., 2015).

Ademais, admite-se como irrelevante para esse conceito o ambiente em que se dá a prática do Ato: se durante o decurso do processo ou se fora dele. Nesse contexto, diferem-se os Atos Processuais e os Atos do Processo ou do Procedimento. Estes últimos, enquanto espécie dos primeiros, representam as atuações humanas voluntária que compõem a sequência encadeada de atos ou omissões que desenham o procedimento de resolução de conflitos. Enquanto os primeiros, conforme visto, abarcam todos os atos ou omissões que, ainda que não

compondo diretamente o procedimento, influem na forma de resolução do litígio (DIDIER, 2017).

Não se deve ignorar, porém, o conceito diverso e mais restrito de Ato Processual trazido por parte relevante da doutrina, a exemplo de Humberto Theodoro Jr., Calmon de Passos e Cândido Dinamarco. O Ato Processual é, assim, definido por estes autores de forma vinculada ao sujeito que o pratica e ao meio em que é praticado: para que o Ato possa ser reputado Processual, não basta que produza efeitos jurídicos diretos e imediatos sobre a relação processual, mas deve o sujeito ser integrante desta e ter o Ato sede no próprio procedimento. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.: "(...) não há atos processuais praticados fora do processo, nem são atos processuais todos os praticados dentro do processo."

Em que pese a relevância do posicionamento diverso, para fins deste estudo, filiamo-nos ao conceito defendido por Fredie Didier e Alexandre Câmara, o qual, em noção mais ampla, tem por critério os efeitos do Ato. Nesse sentido, a definição de Ato Processual abarca também os Atos que, em que pese não serem praticados por ocasião da litispendência, interferem no desenvolvimento do processo. Com efeito, a eleição de foro, apesar de não ser praticada nos autos e, portanto, não figurar como Ato do Procedimento, representa, em nossa leitura, Ato Processual, posto que interfere flagrantemente na resolução da lide. A transação extrajudicial, por outro lado, também não sendo Ato do Procedimento, nos dizeres de Pontes de Miranda, será *processualizada* por ocasião da homologação do magistrado, figurando, então, como Ato Processual (MIRANDA, 1973).

Independentemente do conceito empregado, este instituto pode ser seccionado, segundo o critério subjetivo, em Atos do órgão jurisdicional, quando praticados pelo juiz ou pelos auxiliares da justiça, e Atos das partes, quando praticados por estas ou por intervenientes, de forma direta ou por meio de seus advogados. Dentre estes últimos encontram-se os Atos postulatórios, instrutórios, reais e dispositivos. Os Atos postulatórios são aqueles por meio dos quais as partes manifestam suas pretensões em relação aos pedidos – postulações principais de mérito – e aos requerimentos – demais postulações que se destinam

ao deslinde do feito, *e.g.*, a petição inicial, a contestação e os recursos (CÂMARA, 2017).

Os Atos instrutórios são os comportamentos ligados ao exercício da produção de provas em contraditório, de forma que as partes possam efetivamente influir na formação do livre convencimento motivado pelo juiz, *e.g.*, o questionamento de testemunhas e a juntada de documentos. Os Atos reais são aqueles que prescindem uma manifestação por palavras, mas, ao se implementarem no mundo dos fatos, geram efeitos no processo, *e.g.*, a não interposição de recurso no prazo preclusivo que gera a renúncia ao duplo grau de jurisdição com o trânsito em julgado da sentença (CÂMARA, 2017).

Por fim, os Atos dispositivos também possuem caráter, em certa medida, postulatório, porém caracterizam-se como o meio pelo qual as partes, livremente na medida em que a moldura arbitrada pelo ordenamento lhes faculta, renunciam a direitos e faculdades processuais ou deliberam entre si sobre suas posições jurídicas no processo. Representam, dessa forma, conforme será doravante desenvolvido, os Negócios Jurídicos Processuais (GRECO, 2015).

3. Do Negócio Jurídico Processual

Os Negócios Jurídicos Processuais compõem espécie de Atos Processuais *Lato Sensu* calcados no autorregramento da vontade privada. São Atos praticados por ocasião ou não da litispendência, por meio dos quais um ou mais sujeitos que integram ou integrarão o processo manifestam interesse que, ao submeter-se aos limites legais, detém força criativa. Essa manifestação estará voltada à potencial produção de efeitos jurídicos diferentes dos estritamente preordenados na lei, os quais constituirão posição jurídica processual ou alterarão o procedimento pré-fixado pelo ordenamento (DIDIER, 2017).

Os Negócios Processuais podem, assim, ser divididos em antecedentes ou incidentais. Parte-se, como já disposto, da noção de Ato Processual – gênero do qual o Negócio figura como espécie – que o define como ação ou omissão capaz de gerar efeitos na relação jurídica processual, independentemente de ser sua prática concomitante à

litispendência ou não. Essa inteligência é compartilhada pelo Código de Processo Civil de 2015 ao dispor, em seu art. 190, que os Negócios poderão ser realizados antes ou durante o processo (DIDIER, 2017).

Nesse sentido, o Negócio antecedente é firmado pelas partes fora do procedimento e antes mesmo do surgimento da lide. Consubstancia-se mediante a inserção de cláusula negocial processual em outro contrato, o qual regerá determinada relação jurídica de direito material, e tem por objeto regular o eventual trâmite de processo futuro. Como exemplo, têm-se os pactos de eleição de foro ou de obrigatoriedade de mediação pré-judicialização do conflito, os quais podem vir a incorporar, dentre outros, contrato comercial, pacto antenupcial ou contrato de convivência, conforme elucida o Enunciado n° 492 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) (DIDIER, 2017).

Mesmo na pendência do litígio, ainda é facultada às partes a oportunidade de moldar aos seus interesses e às peculiaridades da causa o próprio procedimento que sedia o Negócio Incidental. A título de exemplificação, tem-se o acordo de divisão ou redução do período de sustentação oral realizado entre as partes no decorrer do feito e previamente à sessão de julgamento (DIDIER, 2017).

Cabe salientar que o Negócio compõe, também, norma processual e, por conseguinte, a ele se aplicam as regras que regem a incidência do direito processual no tempo. Defendemos, assim, que o Ato de disposição observará o sistema de isolamento dos Atos processuais (GRECO, 2015): isolam-se os Atos pretéritos ou consumados, aplicando-se a modulação estabelecida pelo Negócio apenas aos Atos pendentes ou futuros. Em outras palavras, o pacto ou a disposição de direito deve ocorrer necessariamente no momento ou anteriormente à prática do Ato Processual a que se refere.

A distinção entre os Negócios e os Atos Processuais *Stricto Sensu* circunda o conteúdo da vontade expressa. Nesses últimos, a demonstração volitiva do agente será considerada apenas quanto à escolha em praticar ou não o Ato, não sendo relevante para a disposição de seu conteúdo eficacial, o qual encontra-se disciplinado em lei. Nos primeiros, em oposição, a vontade não é apenas voltada à opção pela prática, mas também terá como finalidade a produção de efeito jurídico

relacionado à margem de disposição dos sujeitos quanto ao regramento jurídico aplicado às situações processuais (CABRAL, 2016).

Importa, também, realizar a diferenciação entre o Negócio, em especial em sua modalidade omissiva, e o Ato-Fato Processual. Ambos os institutos se originam a partir de omissão ou inércia da parte, porém, nesses últimos, apesar de configurarem Ato humano, a vontade do sujeito é irrelevante para a produção de efeitos, *e.g.*, a revelia deterá conteúdo eficacial tendo sido ou não opção de autonomia do réu sua ausência de manifestação nos autos.

Nos primeiros, por outro lado, a inércia tem caráter negocial: ao deixar de se opor a um comportamento da outra parte, o sujeito contribui de forma omissiva para a realização de Negócio tácito, *e.g.*, a não oposição de exceção de incompetência mediante propositura de demanda em foro relativamente incompetente gera a prorrogação da competência por ajuste implícito entre os sujeitos do processo (CUNHA, 2019).

A consolidação da possibilidade de realização dos Negócios em âmbito processual significa, por conseguinte, o reconhecimento às partes do poder de regular a forma com que a lide em que figuram será solucionada. Constitui o Negócio, também quando voltado ao processo, fonte de norma jurídica convencional, a qual imputa adequação do procedimento legislado em moldagem de suas regras ao caso concreto. A regra convencional criada pelas partes tem por objeto estritamente a matéria processual, diferenciando-se, portanto, da autocomposição que, apesar de também representar expressão da tutela ao livre exercício da vontade no processo, destina-se a compor o direito material objeto do litígio traduzido nos autos (DIDIER, 2017).

Nesse contexto, cabe observar que, além da força autorregulamentadora, tendo em vista que as partes criam enunciados normativos que irão regrar suas próprias condutas dentro do feito, o Negócio Processual constitui fato produtor de direito a ser observado e imposto também pelo órgão jurisdicional. Observa-se que, se realizado em conformidade com a legislação e a ordem pública, a declaração volitiva das partes vincula também o juiz e seus auxiliares (CABRAL, 2016). Caso fixada, *e.g.*, a redução dos prazos processuais para manifestações

das partes, caberá ao magistrado considerar o período firmado negocialmente para fins de apuração da tempestividade. O recurso apresentado fora do prazo convencional, portanto, estará atingido pela preclusão temporal, ainda que interposto dentro do período que a lei havia fixado para sua prática.

Quanto aos agentes, poderão integrar o Negócio uma ou mais partes, os intervenientes e o magistrado. Quando celebrado, *e.g.*, acordo de instância única, este poderá ser realizado de forma particular apenas entre as partes e posteriormente submetido ao juízo para homologação. O calendário processual, por outro lado, conforme dispõe o art. 191 do Código de Processo Civil, deverá ser fixado com a participação direta do juiz e incluir também os intervenientes, de forma a vincular todos os sujeitos aos prazos estabelecidos (CUNHA, 2019).

Compartilhamos da posição defendida por Fredie Didier, segundo a qual, em que pese a literalidade do art. 190 do Código de Processo Civil não dispor sobre a figura do juiz como parte integrante da convenção sobre o procedimento, este poderá atuar tanto nos Negócios típicos quanto nos atípicos, de forma a conceder maior legitimidade às tratativas, que contarão com a fiscalização imediata de validade e dispensarão posterior análise para homologação do órgão jurisdicional (DIDIER, 2017).

Nesse sentido, o art. 200 do Diploma Processual Civil disciplina ser dado aos sujeitos processuais a prática de Atos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Da mesma forma, sob a ótica de seus elementos constitutivos, admite-se a prática de Negócio que se perfaça por única manifestação de vontade, em que a parte por si só dispõe de direito em seu próprio desfavor, não sendo necessária concordância do outro litigante para tanto, *e.g.*, a renúncia do direito de recorrer ou a desistência da ação antes do decurso do prazo para resposta do réu (GRECO, 2015).

Há, ainda, os que são compostos pelo conjunto de manifestações das duas partes em litígio, denominados Negócios bilaterais, *e.g.,* suspensão negocial do andamento do processo, e aqueles que consubstanciam a união de vontades de mais de dois sujeitos, abrangendo as partes, os assistentes ou substitutos processuais e mesmo o magistrado, alcunhados Negócios plurilaterais, *e.g.*, o calendário

processual e as convenções sobre distribuição do ônus probatório (GRECO, 2015).

Acreditamos ser importante realizar a separação entre Negócios Processuais bilaterais e plurilaterais – diferentemente da posição defendida quanto abordados os Negócios Jurídicos sobre direito material no Capítulo anterior – como forma de reiterar tese já mencionada, segundo a qual o poder de negociar sobre o procedimento não fica adstrito às partes, mas abrange também o órgão julgador.

Por fim, em que pese os Negócios serem fruto do autorregramento da vontade, isso não impede que algumas de suas modalidades tenham regime pré-fixado em lei. Assim como os Negócios Jurídicos típicos, *e.g.*, os contratos de compra e venda, comodato ou empreitada, os Negócios Processuais podem ser também classificados como típicos quando sua regulação decorre do próprio ordenamento jurídico, *e.g.,* a renúncia de prazos (art. 225, CPC) e a delimitação negocial das questões de fato e de direito que compõem a lide (art. 357, §2°, CPC) (DIDIER, 2018). Há, por outro lado, os Negócios Processuais atípicos quando, ainda que não dispostas expressamente em lei, a disposição de direito ou pactuação entre as partes enquadram-se na moldura normativa para arbítrio das partes sobre o procedimento.

Assim, parte da doutrina considerava haver a possibilidade de prática desta última espécie de negociação já na vigência do Diploma Cível de 1973, tendo como fundamento o disposto no art. 158, conforme mencionado na introdução ao presente Capítulo II. O Código de Processo Civil de 2015, porém, introduz na legislação pátria de forma expressa e incontroversa a Cláusula Geral de Negociação Processual que, concretizando o Princípio do Autorregramento Processual, dispõe sobre a ampla possibilidade de as partes convencionarem sobre o procedimento de resolução da lide, no que tange a seus ônus, faculdades, deveres e poderes. Embora a literalidade do artigo traga previsão apenas sobre as convenções processuais, tipo específico de Negócio bilateral, a doutrina vem entendendo por interpretar a norma de forma mais abrangente, englobando também as demais espécies de Negócios Processuais (DIDIER, 2018).

4. Da Interpretação do Negócio Jurídico Processual

A doutrina vem apontando que a extração do sentido dos Negócios Processuais refletirá a exatidão dos conceitos aplicáveis às demais normas jurídicas negociais. Nessa inteligência, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou uma série de enunciados sobre o tema, que baseiam suas disposições no Diploma Cível.

Quanto aos dizeres do Enunciado 404 do FPPC, cabe elucidar que, assim como nos demais Negócios Jurídicos, em sede processual, o intérprete deve atentar para a declaração expressa de forma a extrair a intenção das partes e, a partir desta, o conteúdo eficacial do Ato. Diferentemente das demais modalidades de Negócio, porém, o Negócio Processual se desenvolve em meio a um procedimento concatenado que tem como princípio fundamental a garantia do contraditório.

Isso significa dispor que, em se tratando de Negócio que integra o processo, relação jurídica dinâmica formada por uma cadeia de Atos interdependentes, entendemos que este não poderá ser lido de forma isolada. Em oposição, deverá ser encarado segundo sua posição em relação aos demais, isto é, o conteúdo da vontade não deve ser extraído apenas no Ato que compõe o Negócio em sim, mas sim do conjunto de manifestações das partes nos autos. Como leciona Humberto Theodoro Jr.: "É que todo ato praticado no processo influi nos que o sucederão, ao mesmo tempo em que sofre influência dos que o precederam" (THEODORO, 2015).

Para além, o procedimento em contraditório entabula dever do julgador em dialogar com as partes e não as surpreender, de forma a garantir o mais amplo exercício dos direitos de informações e manifestação em juízo, com alegações e provas, influindo de forma eficaz no livre convencimento motivado do julgador (SCHENK, 2014). Em vistas ao Negócio Processual, deve, portanto, o magistrado, seja na análise de validade, seja na interpretação, garantir a participação dos demais sujeitos processuais, visando cumprir o mandamento legal disposto no art. 10 do Código de Processo Civil, acerca da garantia do contraditório mesmo em questões que possam vir a ser conhecidas de ofício, como também elucida o Enunciado 259 do FPPC (CABRAL, 2016).

No que tange ao Enunciado 405 da FPPC, a disposição sobre interpretação do Negócio segundo a boa-fé e os usos locais impõe, também, análise sobre a máxima *in dubio pro libertate* que, como decorrência do Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade, induz pressuposição em favor da liberdade de conformação do procedimento à vontade das partes. Nesse sentido, o Negócio Processual, assim como as demais normas negociais, deve ser presumido de boa-fé, buscando-se promover sua interpretação conforme o ordenamento ou invalidade apenas parcial, conforme dispõe o Enunciado 134 do FPPC, de forma a preserva-lhe a eficácia. Induz-se, como consequência, maior ônus argumentativo ao julgador para que, em caso de negativa da aplicação de Negócio, fundamente sua decisão de forma mais completa e aderente à situação concreta (CABRAL, 2016).

Os Enunciados 406 e 408 da FPPC, disciplinam forma de interpretação específica, ora restritiva, fazendo com que apenas o que consta efetivamente manifestado seja traduzido em efeitos, ora tendente aos interesses de uma das partes negociantes, por presumir como desprivilegiada a posição ocupada pelo renunciante de direitos ou pelo aderente em relação ao acesso aos meios de ação ou de defesa. Introduz-se, assim, também em sede do direito processual a ponderação do binômio liberdade-igualdade. É que, ainda que se eleve o Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade à qualidade de direito processual fundamental, este deve se coadunar com as garantias constitucionais do acesso à justiça e do contraditório amplo.

Em prol da acessibilidade, enquanto subprincípio do acesso à justiça, figuram como deveres do órgão julgador e mesmo do Ministério Público, quando atua na função de fiscal da ordem jurídica, inspecionar a atuação das partes e seus patronos e, eventualmente, dispor de tratamento diferenciado aos agentes, de forma a contornar desequilíbrios e garantir-lhes a maior isonomia e paridade de armas. Busca-se, pois, que os sujeitos em litígio, a despeito de disparidades de ordem financeira ou cultural, desfrutem das mesmas oportunidades em participar do deslinde do caso e influir de no livre convencimento motivado do juiz (CARNEIRO, 2007).

Conclusão

Cada etapa do rito previsto pelo legislador para solução de conflitos visa salvaguardar, em última análise, os princípios fundamentais do acesso à justiça e da garantia do contraditório participativo. Sendo assim, no mais das vezes, as restrições ao procedimento pré-estabelecido pelo legislador perpetradas por meio de Negócios, configuram, de fato, renúncias a direitos.

Partindo-se dessa análise, poder-se-ia concluir que a extração de sentido dos Negócios Jurídicos Processuais, na maioria dos casos, implicará renúncia e comportará, por conseguinte, interpretação restritiva. Essa, porém, não nos parecer ser a análise teleológica adequada. Impõe-se, em verdade, ponderação entre o Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade e o *in dubio pro libertate* em oposição aos Princípios da Isonomia e da Paridade entre as partes, de forma que a interpretação do Negócio, em que pese privilegiar a autonomia das partes em conformar o procedimento aos seus interesses, não proporcione desequilíbrio infundado entre os litigantes.

Importa, por fim, salientar que a garantia de paridade de armas na interpretação do Negócio Processual, em específico em sua aplicação ao procedimento cível, não importa sempre em inaplicabilidade da convenção desfavorável a uma das partes. Não há que se falar em salvaguardar o sujeito processual em relação a malefícios ou desequilíbrios resultantes de sua própria má-escolha consciente ou insucesso da estratégia processual traçada. Mesmo a garantia da igualdade deve se pautar no princípio dispositivo e considerar a plena capacidade as partes em praticar Atos Processuais e desenvolver táticas no processo. A tutela da isonomia reside, portanto, no momento da promoção de perfeita ciência por todos os agentes que integram o Negócio acerca da situação de fato e dos riscos e consequências atinentes ao Ato de disposição.

REFERÊNCIAS

ABREU, R. S. de. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, A. P. NOGUEIRA, P. H. (Org). *Negócios Processuais*. 4 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

ALMEIDA, D. A. R. de. *A Contratualização do Processo: Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2015.

CABRAL, A. P. *Convenções Processuais.* 1 ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

CABRAL, A. P. Despolarização do Processo e Zonas de Interesse: sobre a Migração entre os Polos da Demanda. *Revista Forense*, ano 105, v. 404.

CÂMARA. A. F. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, A F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNEIRO, P. C. P. *Acesso à Justiça*: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, P. C. P. Comentários aos Art. 1º a 15. In: WAMBIER, T. A. A. et al. (Org.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, L. C. da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, A. P. NOGUEIRA, P. H. (Org). *Negócios Processuais*. 4 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

DIDIER Jr., F. *Curso de Direito Processual Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER Jr., F. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais. Salvador*: JusPodivm, 2018.

DIDIER Jr., F. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista de Processo, São Paulo, RT, 2014, n. 232.

DIDIER JR, F. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: CABRAL, A. P. NOGUEIRA, P. H. (Org). *Negócios Processuais*. 4 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

DINAMARCO, C.R. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, L.; BODART, B. Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à Luz da Análise Econômica do Direito. In: *Revista de Processo*, v. 269, jun. 2017.

GRECO, L. *Instituições de Processo Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. Vol. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, L. Os Atos de Disposição Processual: Primeiras Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

MITIDIERO, D. F. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. 1.

MIRANDA, P. de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MOREIRA, J. C. B. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: RT, 2016.

PINHO, H. D. B. de. STANCATI, M. M. S. M. A Ressignificação do princípio do Acesso à Justiça à Luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo.* Vol. 254, Abr./2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO Jr., H. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

YARSHELL, F. L. Convenção das Partes em Matéria Processual. In: CABRAL, A. P. NOGUEIRA, P. H. (Org). *Negócios Processuais*. 4 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL: AUTORITARISMO NOS TRIBUNAIS PERPETUADO PELA FLEXIBILIZAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sofia Vilhena Teixeira

Introdução

Concernente aos preocupantes dados analisados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2010, os quais apontavam para 86,6 milhões de processos em trâmite no judiciário brasileiro, sendo denominado este como "O Congestionamento" pela imprensa, o poder legislativo, fundando uma resposta engenhosa a problemática, resolveu pôr em prática a votação do projeto de lei 8.046/2010, o que viria a se tornar o aprovado e vigente Código de Processo Civil de 2015. Tal fora recebido nas atividades jurídicas com sublime entusiasmo, visto que este, como bem detalhado em sua exposição de motivos, vinha resolver a morosidade do fazer jurisdicional e constituir maior nível de efetividade as ações cíveis, reconhecendo e realizando direitos, ameaçados ou violados, de forma célere (BRASIL, 2016, p. 26).

Entretanto, 5 anos posteriores a essa carga de promessas, há a percepção acadêmica de que a temática mais importante a ser vislumbrada pelo Código foi notadamente deixada de lado em suas diligências práticas a pretexto de se promover um procedimento mais eficaz e "justo", o qual demorasse o menor tempo possível durante seu curso

(THIBAU, 2019, p. 43-59). Todavia, além desta questão não ter sido solucionada por completo, como denotado por dados do CNJ de 2018 os quais ainda apontam 80 milhões de processos em trâmite no judiciário brasileiro, também houve descaracterização de outro principal objetivo protocolado à lei 13.105/2015, sendo ele: O respeito aos direitos fundamentais prescritos em nossa Constituição de 1988, aí igualmente compreendidos os processuais.

Tal circunstância ocorre por diversos fatores, dentre eles, a primordial de resgate, o foco excessivo que foi posto perante a resolução do conflito através da obtenção de uma sentença de mérito, isto é, o direito material fora supervalorizado em consonância ao descaso com o sistema processual como um todo. Assim, houve apenas a recepção e o desenvolvimento contínuo de técnicas destinadas operacionalização efetiva daquele, gerando a retrógada concepção popular e até mesmo jurídica de que seria aceitável e justo perpassar garantias processuais, tais como ampla defesa e contraditório, e individuais, à exemplo o exercício da autonomia privada, para que se consiga acelerar as atividades jurisdicionais e, consequentemente, promover a resolução de conflitos, a qual é torpemente confundida com o simples findar da prestação da jurisdição a partir de uma sentença (THIBAU, 2019, p. 43-59).

Esta questão sustentada tanto pelo legislativo quanto pelo judiciário e apoiado por grande parcela da sociedade leiga, possui vieses nas teorizações do escritor alemão Oskar Von Bulow, o responsável pela criação e teorização da Relação Jurídica Processual, a qual fora adotada pelo Código de Processo Civil de 2015. Fato comprovado no art. 238 do referido, o qual manifesta: "Citação é o ato pelo qual é convocado o réu, o executado ou interessado para integrar a **relação processual**." (BRASIL, 2016, p. 73, grifo nosso).

Nessa perspectiva, a presente pesquisa se presta a discutir as dinâmicas legislativas prescritas pelo Estado, desencadeados pelos embasamentos teóricos concebidos por Oskar Van Bulow, a partir da prospectiva do autoritarismo e seus recursos desencadeados dentro da jurisdição controladora do processo, que é conduzido privativamente pela magistratura. Ademais, tais demandas serão exemplificadas, a partir da análise de dispositivos do código de processo civil de 2015,

notadamente o *caput* e o parágrafo 1º do art. 332, relacionado a improcedência liminar do pedido, facultando a decisão do juiz em casos de prescrição, desconsiderando a possibilidade do réu, em face de sua autonomia privada e direito ao contraditório, em renunciá-la.

Além do mais, a pesquisa que se propõe, pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. Em frente a amplitude e complexidade do tema, o trabalho se propõe a refletir a extrema necessidade de repúdio e contraposição a qualquer tipo de autoritarismo, seus instrumentos desencadeadores e sua possibilidade de atuação em toda a sua área de abrangência, em especial nas situações que se enquadrem ao proposto.

2 Teorizações Bulowianas e o autoritarismo estatal

Como demonstrado, a teorética adotada pelo vigente código de processo civil é a da Relação Jurídica Processual, a qual tivera como berço nascente o livro "Teoria das exceções e dos pressupostos processuais" publicado em 1864, momento em que as ideologias que permeariam a criação teórica do Estado Social ainda não se encontravam popularmente em voga. Nessa obra, a mais conhecida pelo meio acadêmico atual, Bulow emprenhou-se em refutar as perspectivas processuais existentes em sua época criando uma concepção do que seria e como se formaria as relações processuais e o processo em si (LEAL, 2008).

Dessa forma, o autor alemão caracterizou o sistema processual como autônomo, separando o que seria normas instrumentais (referentes ao processo) e normas substanciais (referentes ao direito material); de caráter público, em via do Estado (como ente soberano) participar desta relação exercendo uma função própria dele, a de prestar a jurisdição; progressivo, realiza-se diversos procedimentos em várias etapas até que se alcance a sentença (em constante movimento, ao contrário do direito material que é estático); complexo, tem-se uma pluralidade dinâmica de diversos direitos, obrigações, poderes e ônus processuais; unívoco, os vários atos processuais praticados unem-se pelo escopo co-

mum da prestação da jurisdição, e triangularidade, subjetivamente, há a existência de 3 sujeitos na relação jurídico processual, nas bases do triângulo fictício encontra-se o autor e o réu vivenciando uma relação recíproca de igualdade jurisdicional e, por fim, como representante do Estado, o juiz, aquele que permanece no topo da figura geométrica, distinguindo-se dos demais por sua posição de superioridade, sendo aquele que condiciona o desenvolvimento do processo, mesmo que este tenha sido fundado pela vontade das partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Tais definições de sua teoria sobre o que seria processo iam em desencontro ao que fora estipulado por tempos nesse meio, afinal, acreditava-se, a partir das teorizações de caracteres liberais de Robert-Joseph Pothier, que o processo era um contrato, isto é, um acordo de vontades entre as partes que estão litigando em cumprir a decisão do juiz, ou seja, a jurisdição era considerado um direito de caráter particular, e não público, além de ser refletida como normativa unificada e que se confundia ao direito material. Ademais, a relação jurídica desenvolvida durante a referida litigância era compreendida de forma linear, não triangular, existindo apenas obrigações, direitos e deveres entre as partes, autor e réu (LEAL, 2018). Nesse viés, Bulow, a partir da popularização e adesão legislativa a sua concepção de relação jurídica processual, conseguiu retirar um ideal paritário existente no processo para uma comunicabilidade também desigual, quando se relaciona magistrado às partes, não bastando estas distinções, ele, por meio da inserção dos pressupostos processuais, ainda conseguiu trazer o manejo completo do processo para o controle de um terceiro estranho, porém por demais poderoso, o Estado, o qual se manifesta através da magistratura (LEAL, 2008).

A teoria das exceções e dos pressupostos processuais também foram inseridas no vigente código de processo civil. Tais determinam que o processo não estaria apto a ser instaurado, ausência de direito de ação, caso não respeite algumas prescrições a serem avaliadas pelo próprio juiz receptor do litígio, sendo elas: A competência (determinando quais os tipos de pessoas seriam capazes de participar da relação jurídica, dentre elas, deve haver um magistrado capacitado e insuspeito

e partes legitimamente representadas e aptas para estar em juízo), o objeto a que se refere a litigância (a matéria, qualidades próprias e imprescindíveis do direito material civil requerido), ato e fato necessário ao surgimento do próprio objeto (notificação da demanda e obrigação dos autor por cauções processuais) e o momento (o capacitado para a realização destes atos processuais e a respectiva ordem de acontecimentos deles) (BULOW, 1964, p. 226).

Nesse prospecto, estes preceitos, como é possível observar, possuem um objetivo bem claro: Dar possibilidade ao Estado, através das ações jurisdicionais executadas pelo magistrado, de manipular o que há caráter jurídico ou não, além do poder de determinar o processo, pelo seu novo caráter jurisdicional e instrumental focado no direito material, ao seu bel prazer (LEAL, 2008).

Em 1885, já mais bem compreendida e deslanchada as ideologias que perpassariam a realidade de um Estado Social, Oskar Van Bulow complementa sua obra de 1865 indo muito além do que teria anteriormente postulado acerca das funções e vieses constitutivos do processo, aí destrinchando diversas questões autoritárias capacitadas de serem desenvolvidas pelo Estado através da prestação jurisdicional que se ordena a partir da criação de um novo direito material (LEAL, 2008). Daí se constitui o ente institucional sem limites práticos e com ausência total de participação da sociedade e dos litigantes, imperando o autoritarismo que se destrincha em conformes implícitos.

Em *"Gesetz und Richteramt"*, Bulow desde logo afirma que "A essência da função judicial transcende no julgamento" (BULOW, 1995, p. 75, tradução nossa), ou seja, o autor inicia a obra já postulando uma teoria, a qual pretende-se estável, para a criação judicial de leis e, na tentativa de ludibriar seus leitores, o mesmo utiliza-se de comparativos quanto a superioridade científico-jurídico do magistrado perante o legislador. Afinal, levando-se em consideração que o poder legiferante, composto em sua maioria por desconhecedores teóricos de leis e possuindo competência substancialmente política (com interesses próprios a parte) e guiado, por estes motivos, para a produção de suas normas (planos futuros que os cidadãos representados devem seguir), por óbvio, não apresentaria tanta diligência ao confeccionar o estatuto destas

leis, as quais, segundo o escritor, não só apresentariam problemas no começo de sua formação, mas também posteriormente a sua validação, sendo caracterizadas como imperfeitas e incompletas, e, por isso, caberia ao judiciário, necessitado pelo seu fazer jurisdicional, adaptar estas diretrizes durante sua atividade, objetivando atender as demandas da coletividade e transformar tal trabalho em uma normativa perfeita " (BULOW, 1995).

Dessa modo, para o jurista alemão, o magistrado teria o poder, quando deparado com um vazio normativo, de completar, negar ou, até mesmo, criar uma lei sem qualquer embasamento advindo da legalidade, porque a jurisdição, em sua perspectiva, não é apenas dar um parecer de "sim ou não" ao caso concreto, mas, a partir de uma gênese normativa, gerar diversas consequências práticas, relacionadas ou não com um aspecto legiferante legal, podendo, inclusive, tratar de matérias completamente distintas da própria legalidade. Logo, quando o juiz toma essa atitude em meio a sua atividade jurisdicional, este se encontra sob o poder do Estado, assim, tal diligência judiciária seria tão equivalente a legalidade quanto a legislação já o é (BULOW, 1995). Ou seja, a magistratura, na conjectura de sua obra de 1885, não só possui a capacidade de manipular e determinar o processo a partir dos pressupostos processuais nele inerentes, como detém a autoridade para, em sua posição de superioridade perante os litigantes, além de impor o direito material, cria-lo para aí executá-lo, sem qualquer tipo de previsibilidade ou anterioridade. Os rumos do processo tornam-se juridicamente inseguros.

Ao fim, Bulow continua suas postulações indo ainda mais longe na concessão de poderes ilimitados a atividade jurisdicional. No capítulo 2, o mesmo não só proclama as semelhanças existentes entre os dois processos formadores de leis concebidos por ele, todavia, também se impulsiona numa detalhada descrição de quais seriam as diferenças entre a normativa jurídica e a legal, alegando argumentativamente que a primeira teria desenlace demasiadamente superior que a segunda.

Afinal, o autor acredita que apesar dos processos de confecção normativa serem distintos, ambos possuem caracteres comuns que os tornam indistinguíveis, por exemplo, o fato de ambos serem obrigató-

rios (devem ser seguidos), além de terem consequências predeterminadas quando descumpridos. Outrossim, é indubitável a existência de diferenciações categóricas entre as duas formas de produção de legalidade, dentre elas, para Bulow, algumas se destacam: Primeiramente, a lei do julgamento possui maior abertura interpretativa, em via do fato de já lhe ser inerente acepções relacionadas a casos e pessoas concretas, fato que não ocorre na normativa advinda da legislação, a qual se caracteriza por sua generalidade e abstração, objetivando abranger todos os cidadãos e acontecimentos necessários. E, em segundo lugar, a superioridade da lei jurisdicional estaria, para o escritor, na capacidade do judiciário em reformar leis ilimitadamente sem grandes trâmites já pré-designados, apesar de ainda ser necessário respeitar as considerações preliminares dos acontecimentos que levaram a litigância, fator impossível ao legislativo que, embora possua total liberdade para criar leis, não consegue reformulá-las rapidamente de acordo com os imprevistos da materialidade, das céleres desenvolturas sociais (BULOW, 1995).

Nesse prospecto, ampliando todos estes raciocínios jurídicos aqui apresentados pelo escritor alemão Oskar van Bulow, ainda resta certos questionamentos primordiais para a continuidade analítica do presente trabalho. O primeiro, volta-se para o seguinte enceto: Como o autor conseguiu contornar as prováveis aquirencias, que certamente surgiram, acerca da insegurança jurídica de sua teoria, advinda da impossibilidade de se prever os atos jurisdicionais sobre a criação ou não de nova legalidade ao caso em litígio? E por último: Qual é o liame objetivo ou subjetivo que cercearia as decisões do magistrado?

A primeira pergunta é respondida de uma forma um tanto quanto duvidosa no capítulo 4 da respectiva obra discutida, onde o jurista reafirma o seu posicionamento a partir das velhas distinções organizadas por ele entre lei do julgamento e do legislativo. Bulow determina que há um "certo mito" continuamente reiterado acerca da previsibilidade da lei legiferante, para ele, ao contrário da crença majoritária de outras importantes figuras do direito, a normativa legislativa não é marco, antagonicamente, é ela a maior percussora de inseguranças jurídicas em via do fato de ser incompleta (pois discrimina a ligação entre fato e diretriz, além de servirem apenas para questões de natureza antecipada,

não sendo, a todo tempo, gramaticalmente claras) e possuírem, inerentemente a elas, ambiguidades (geradas a partir de interesses supralegais que não levam em consideração os desejos inequívocos da coletividade) (BULOW, 1995).

Fator distinto ao que ocorre com a lei do julgamento, visto que estas, ao não pensarem num futuro abstrato, porém na experiência concreta, seriam mais certas e exatas tanto para os casos palpáveis quanto para as pessoas nele inseridas, daí se localizando sua indistinta completude, mesmo que haja vários juízes que perante um caso específico tenham resolvido tal de diferentes modos. Afinal, estas opiniões divergentes seria o instrumento responsável pelo verdadeiramente "certo", visto que o bem coletivo o qual se procura atingir pode ser apreendido discrepantemente, porque diversas são as suas faces (BULOW, 1995).

E é nesse cenário que se disciplina o exame teórico de qual liame racional seria o responsável por cercear as decisões da magistratura bulowiana: O interesse coletivo do povo de um determinado ente nacional (LEAL, 2008). Este, o qual apenas o magistrado, com sua sublime importância firmada na obra de 1864, seria capaz de captar e compreender ou, como expresso nas palavras de Bulow, "O direito não está na superfície, o direito não está para todos, e só o juiz é capaz de captá-lo" (BULOW, 1995, p. 93, tradução nossa). Ou seja, os juízes, em via de sua superioridade intelectual na área jurídica, seriam os únicos capazes de determinar o direito que melhor ordenaria e, de praxe, atenderia os anseios da sociedade (LEAL, 2008).

No fim das contas, nessa perspectiva de processo apresentada por Bulow em ambas as suas obras, caberia a magistratura livrar o povo de um legislador que mal sabe se expressar ou ter conhecimento de direito, resguardando, através de sua autoridade, os interesses legítimos da sociedade mesmo que haja contra a vontade dela própria, afinal, esta está a serviço de cidadãos que também não possuem a capacidade de se protegerem a partir de sua autodeterminação. Assim, aí se encontra a força implícita, embora perigosa, do autoritarismo estatal desembocado num aspecto judicial, em que o soberano se empenha continuamente, a partir de certos mecanismos de atuação, no caso, o termo indeterminado que se configura os "interesses coletivos", em

efetuar um estado de exceção a partir da utilização de instrumentos ao seu favor (LEAL, 2008).

E a violência, ao fim, é gerada simbolicamente e sem percepção imediata por parte dos violentados. Afinal, sendo o direito feito por uma autoridade com poderes ilimitados, legislativo inapto e incapacitado de afrontar quaisquer ações do judiciário, para imposição de suas vontades, de forma massificada, sobre outros de maior fragilidade jurídica a partir de justificativas socialmente incorporadas a cultura dominante, as quais conseguem perseverar a ordem social e o *status quo* estatal, têm-se a perspectiva de uma agressão lícita e considerada, por muitos, legítima.

3 Autoritarismo estatal exemplificado no Código de Processo Civil de 2015

A partir das questões aqui presentes, a pesquisa já discutiu o tipo de teoria adotada pelo vigente código de processo civil, a da relação jurídica processual, analisando suas postulações teóricas, tanto na obra bulowiana de 1864 quanto na de 1885, e as repercussões práticas advindas delas. Ademais, foi-se desenvolvido as justificantes do porquê a opção do legislador por este tipo de teorização, visando uma maior celeridade e efetividade nas relações processuais, não se mostra adequada para com o Estado Democrático de Direito, em via do fato desta promover autoritarismos estatais, alicerçados no subjetivismo decisional dos magistrados, e, consequentemente, gerar uma contínua negligência banalizada e lícita acerca da atuação dos direitos fundamentais prescritos na Constituição de 1988.

Assim, agora firmado e bem consolidado estes aspectos puramente teoréticos do trabalho, há aparato cognoscente o suficiente para se evidenciar exemplificações procedimentais destas questões no próprio código de processo civil de 2015, principalmente, ao se denotar os mecanismos autoritários existentes no dispositivo da improcedência liminar do pedido. Adversidades essas as quais foram protocolizadas mediante a escolha da teoria da relação jurídica processual para integrar a lei 13.105/2015, em face de objetivos puramente relacionados a efetividade (THIBAU, 2019) que, como

já percebido por dados do CNJ, não obtiveram respostas tão satisfatórias aos seus anseios.

Nesse prospecto, interpretando o processo como um meio destinado para que a jurisdição possa atuar sobre o direito material e, sendo considerado unicamente primordial, o desenvolvimento de técnicas céleres destinadas a operacionalização efetiva do objeto, o qual se concretiza através da obtenção da sentença de mérito, exclusivamente capaz de solucionar o conflito da litigância. Observa-se a ausência de alarde quando se analisa o que consideramos como improcedência liminar do pedido, a qual é abordada no art. 332, *caput* e em seu parágrafo 1º, da lei 13.105/2015, que dispõe:

> 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 (BRASIL, 2016, p. 86, grifo nosso).

De forma semelhante, exceto por algumas primordiais distinções, tal dispositivo é descrito no revogado Código de Processo civil de 1973 no art. 285-A: "Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e **no juízo** já houver sido proferida **sentença de total improcedência** em outros casos idênticos, **poderá ser** dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prola-

tada." (BRASIL, 1973). Como é possível perceber em rápida análise, o atual código, apesar de ter sido confeccionado em um contexto de democraticidade, ao contrário do antigo, não só expandiu os casos em que possibilitariam a atuação deste instituto como também tornou alguns casos, todos os presentes no *caput*, como obrigatórios, além de instituir a faculdade do magistrado de inseri-lo em situações de prescrição e decadência.

A discussão do art. 332 dilui-se em dois prospectos individuais: O primeiro relacionado a obrigatoriedade de uma imposição de vontades da classe dominante (tribunais superiores) sobre a mesma classe opressora (juízos de primeira instância), a qual também possui escopo sobre os dominados (a própria sociedade) que receberão os autoritarismos dos avais mais soberanos do Estado. E, a segunda e última questão, determinada, mais uma vez, pelo "Estado sabe o que é melhor para mim", que direciona uma faculdade decisória ao juiz, no caso o reconhecimento da prescrição, a qual se relaciona unicamente com a autonomia privada do réu, impedindo-o de utilizar-se de seu contraditório, para contestar o ato jurisdicional, visto que nem sequer será citado para "integrar a relação jurídica" (THIBAU, 2019).

É imperativamente claro nestes dispositivos da lei 13.105/2015 que o único fundamento lógico para a expansão da antiga diretriz da normativa 5.869/1973, é a incessante procura do legislador em promover efetividade, primordialmente focada na obtenção da sentença de mérito. Todavia, é importante ressaltar que nem toda medida tomada com vias a uma rapidez indiscriminada será concomitantemente aquela que trará a observância de uma participação sistêmica dos litigantes ao processo ou que respeite adequadamente seus direitos fundamentais prescritos na Constituição de 1988.

Desse modo, considerando a significativa expansão e recém contemplada obrigatoriedade de observância das decisões de tribunais superiores pelos magistrados de 1ª instância, exprimidas pelo vigente código de processo civil em face da normativa pretérita. Percebe-se que o autoritarismo aí introjetado, não só perpassa pelas violações de direitos fundamentais processuais aqui já salientados, como é o caso da negativa premeditada ao próprio autor em expedir a sua ampla defe-

sa num desejo de afastar a *"ratio decidendi",* comprovando a existência tanto do *distinguishing* (especificação do por que o magistrado estaria à frente de um mérito distinto, portanto, não incluído nestas sentenças que, na prática, tornam-se vinculantes) quanto da superação do referido precedente.

No entanto, mais uma vez, também abrangeria as periculosidades relacionadas com o autoritarismo imposto pela classe dominante sobre a própria classe dominante. As quais, não só acarretam prejuízos participativos aos litigantes do processo, porém, igualmente, os desencadeiam no âmbito jurisdicional, impedindo que o magistrado, também integrante da relação jurídica processual, caracterizada como triangular, da mesma forma, participe, cooperativamente, na formação de uma sentença e, consequentemente, na resolução do conflito.

E, por último, considerando todo este contexto, o parágrafo 1º do art. 332 apresenta percalços na violação de garantias fundamentadas tanto no direito material quanto no direito processual. O primeiro caso ocorre, em via de o código de processo civil de 2015, ao resguardar ao magistrado o poder de escolher a continuidade de uma ação com direito prescrito, visto que a decadência nesse panorama não há como ser problematizada dada a impossibilidade de sua renúncia, anulasse a consulta do réu, em pleno direito de sua autonomia privada resguardada no art. 191 do código civil de 2002, sobre sua decisão de querer ou não renunciar a prescrição (THIBAU, 2019).

Ademais, no segundo âmbito, há também a negativa premeditada ao próprio réu em expandir a ampla defesa e o contraditório num desejo de cumprir com sua obrigação, mesmo que já prescrita. Isto é, de forma impositiva o legislador impediu que um dos litigantes manifestasse seu direito de escolha e direcionou essa decisão ao juiz que, na teoria de Bulow, é o responsabilizado por dirimir o que é melhor para as partes mesmo contra sua vontade ou sequer participação, aí contido o caráter autoritário e antidemocrático demonstrado na inserção deste novo dispositivo se comparado com as diretrizes do código de 1973 (THIBAU, 2019).

Além do mais, a partir do disposto no art. 487, inciso II e parágrafo único do próprio código de processo civil de 2015, percebe-se uma

grosseira contradição entre o suposto ideal da efetividade sobreposto ao exercício de diversos direitos fundamentais localizado em sua exposição de motivos, os quais justificariam certas negligências quanto a observância rígida do sistema processual, exemplificada na respectiva existência do art. 332 §1º. Afinal, se o contraditório e a ampla defesa não são necessários quando o juiz decreta a improcedência liminar do pedido em face de prescrição ou decadência, por que o seriam no momento de se expedir a sentença de mérito definitiva após a fase instrutória?

Como salientado pelo próprio artigo:

> 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.** (BRASIL, 2016, p. 107, grifo nosso).

Infelizmente, não é possível se definir um raciocínio argumentativamente lógico para explicar a discrepância valorativa sobre ambos os dispositivos. A única justificativa prática quanto ao caso, é a defendida pela pesquisa: A efetividade que se tenta imperar no código de processo civil de 2015 a priori dos direitos fundamentais processuais, principalmente ao contraditório e a ampla defesa, não é capaz da própria autodeterminação coesa ressignificada pela retrógada teoria da relação jurídica de Bulow em pleno Estado Democrático de Direito, o qual se alicerça sobre os indispensáveis pilares da fiscalidade (capacidade de

um sistema ou órgão jurídico de limitar a si próprio e a outro, a fim de impedir autoritarismos indesejáveis a democraticidade) e a participação cidadã sobre quaisquer processos ou procedimentos estatais, fazendo com que haja uma ideia de contínua construção cooperativa para daí atingir um determinado fim, no qual os envolvidos fizeram parte, em vez de serem subjugados sob a decisões de terceiros (LEAL, 2018).

Ideais tais encontrados na cimentação de uma teoria processual de viés democrático, a Neoinstitucionalista do Processo, concebido pelo professor Rosemiro Pereira Leal, o qual acredita, em seus postulados, que os trâmites cíveis são uma instituição constitucionalizada de princípios, por meio da qual as partes participam da jurisdição, construindo, através do diálogo e das discussões acerca do direito material, a decisão sobre o litígio. Assim, cabendo ao juiz, nesse panorama, extrair a sentença a partir dos argumentos trocados ao decorrer do processo, a fundamentando de forma clara e coesa, analisando todas as explanações surgidas ao decorrer do litígio (LEAL, 2018). Deste modo, o uso desta prática reafirmaria o respeito por todos os direitos fundamentais processuais e, consequentemente, seria capaz de evitar eventuais subjugações autoritárias perante os litigantes, desencadeando uma ausência de violência simbólica por parte do Estado, ao este prestar a jurisdição.

4 Conclusão

No começo da presente pesquisa, foi-se introduzida os relevantes aspectos teóricos retratados pela Teoria da Relação Jurídica Processual de autoria do jurista alemão, Oskar Van Bulow, e adotada pelo nosso legislador na confecção do vigente Código de Processo Civil, a consagrando no art. 238, referentes a citações. Ademais, demonstrou-se que tal escolha teórica se deu pela necessidade de resolução da problemática recorrente do congestionamento judiciário, milhões de processos em trâmite sem serem solucionados em um tempo hábil. Fator que, conforme a exposição de motivos da normativa, preponderou questões céleres e efetivas, que rapidamente levariam a sentença de mérito, sobre diretrizes processuais que respeitariam rigidamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

Afinal, os raciocínios estatais de Bulow eram, aparentemente, perfeitos para a promoção de efetividade das resoluções de conflitos pela magistratura, visto que, de forma autoritária, delegava diversos poderes auto determinativos do processo para o os representante do Estado, impedindo a existência de ações meramente postulatórias, através dos pressupostos processuais criados por ele, e sobrepondo as vontades dos litigantes as colocações especificadas pelo poder estatal, evitando discussões processuais exaustivas que, apesar de importantes, demoravam a extinguir o processo mediante a obtenção de sentença de mérito.

Ademais, foi visto que, na segunda fase acadêmica de Bulow, 1885, este, após já ter delegado poderes de determinação do processo ao juiz por meio de seu respectivo controle através da jurisdição, proporcionado pelo desenvolvimento da relação jurídica triangular, suas postulações tornaram-se ainda mais radicalizadas se percebidas no âmbito do direito material. Foi nesse momento que o autor empreendeu o total controle do judiciário perante a legalidade, alegando que a magistratura, por possuírem consciência jurídica superiores aos membros do legislativo, produziriam normativas melhores e mais eficazes aos casos concretos, em via de sua abertura sociológica. E que, além do mais, a interpretação também configuraria um arquétipo de lei, a "lei do julgamento", a qual seria de maior inteligência as necessidades e desenvolturas sociais por estarem aptas ao reconhecimento dos "interesses coletivos" (aqueles ansiados através da concretude prática por grande parte da sociedade).

Tal termo, a partir de seu flagrante indeterminismo, foi considerado um dos maiores instrumentos de dominação ideológica por parte de uma classe dominante, aqui configurada como os membros do poder judiciário em geral, sobre uma classe dominada, representada pelos litigantes e a sociedade em geral. Este aspecto linguístico, afável aos ouvidos do culturalismo histórico, econômico e sociológico presente numa determinada ordem social, é capaz de tanto promover sua manutenção como engessá-la ainda mais ao criar novos sentidos realísticos de mundo que iriam de encontro aos interesses da classe opressora, permitindo que ela imponha suas concepções ao seu bel prazer, sem grandes confrontos, dada a aparência de unicidade coletiva.

A partir desta prospectiva, avançou-se sobre a comprovação dos dispostos teóricos da pesquisa, através da exemplificação dos usos práticos do dispositivo da improcedência liminar do pedido, presente no art. 332 do Código de Processo civil de 2015, explorando as violações de direitos fundamentais contidas na desenvoltura reiterada de seus preceitos afim de se atingir uma frágil efetividade. A qual apenas é possível de ser colocada em diligência, em via da despreocupação dos postulados de Bulow com a possibilidade de desencadeio de autoritarismos, visto que elas foram concebidas num contexto paradigmático de Estado Social que não se asseverava com tantas preocupações acerca da necessidade de concessão de participações cidadãs e fiscalidades orgânicas, as quais são próprias de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, se observa, ao final, que apesar de haver "uma tentativa dissimulada em reduzir a carga de trabalho do judiciário, desenvolve-se um inevitável sofrimento ao contraditório substancial, à plenitude da defesa e o devido processo legal" (BARROS; CAÚLA; CARMO, 2016, p. 270). Os quais engendram grandes vícios permissivos de autoridade normativamente fundamentados pela legislação, que porém ferem os parâmetros constitucionais democráticos e, por isso, estabelecem uma moral política adversa ao Estado Democrático de Direito. Destarte, um comportamento judicial autorizado e teorizado sobre égides autoritárias do passado não deve possuir espaço no panorama atual e, principalmente, é indevido qualquer dispositivo que o conceba.

5 Referências Bibliográficas

ALVIM, J.E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 21º.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os medianos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 267-289, set./ dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/869/525> Acesso em: agosto de 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BÜLOW, Oskar Von, **La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales.** Traducción de Miquel Ángel Rosas Lichtschein, Ediciones Juridicas EuropaAmerica, Balcarce, p. 226, Buenos Aires 1964.

BULOW, Oskar Van. **Statutory Law and the Judicial Function**. Tradução de James E. Herget e Ingrid Wade. Lípsia: The American Journal of Legal History, Vol. XXXIX, 1995

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NORMAS CORRELATAS. 9º. ed. Brasília: Senado Federal, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2010: ano base 2009. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio_anual_cnj_2010.pdf> . Acesso em: 10 de jan. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167. pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros estudos.** 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 37, p. 43-59, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wpcontent/uploads/2019/06/DIR37-03.pdf>. Acesso em: agosto de 2019.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985

OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI 9.099/95 NO ÂMBITO CIVIL

Jéssica Cintrão do Nascimento
Naira Neila Batista de Oliveira Norte

Introdução

Este estudo tem como finalidade realizar um acerca da aplicação dos princípios que regem a Lei 9.099/95, no âmbito civil, que regula os procedimentos nos juizados estaduais, sendo norteada pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com direcionamento para a obtenção da conciliação.

A escolha do tema para a realização desse artigo se justifica pela relevância no campo do direito processual por ser o ramo do Direito mais afeito à realidade, pois concretiza os direitos materiais. É através do processo que a lei é aplicada e efetivada a prestação jurisdicional.

O objetivo principal desse estudo foi identificar na literatura os princípios que regem a Lei 9.099/95, e sua aplicação no âmbito civil, tendo como objetivos específicos apresentar uma abordagem teórica sobre os Juizados Especiais e os princípios mencionados, analisar o debate que envolve esses princípios e descrever as particularidades desses princípios no âmbito civil aplicados ao ordenamento jurídico.

Para os resultados optou-se por metodologia descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa, permitindo exame detalhado do processo, dando base para esclarecer fatores importantes de variação do processo, levando a um maior entendimento da situação.

Inicialmente foram adotados critérios para a seleção da literatura, com autores conceituados que abordaram a temática, artigos com resumos e textos completos disponíveis para análise das informações sobre os princípios estudados.

Diante desse contexto, faz-se necessário pontuar sobre os Juizados Especiais, e sobre a contextualização individualizada dos princípios que norteiam a lei.

Direito Processual Civil

Direito Processual Civil é o ramo do Direito Público que reúne princípios e normas que regulamentam os procedimentos jurisdicionais, tendo como objetivo administrar as relações civis (excluídas as áreas criminal e trabalhista). É também o Direito Processual o responsável por estruturar os órgãos de justiça, disciplinando a forma dos processos judiciais na área cível.

O direito processual civil segundo MONTENEGRO (2008) se refere ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam a jurisdição, ação e processo criando a dogmática necessária para permitir a eliminação dos conflitos de interesses de natureza não penal.

Para GRECCO (2005), o direito processual civil é o conjunto de normas e princípios que servem de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes sob a forma de lide. Estuda a atividade substitutiva do Estado e a relação jurídica que irá desenvolver-se entre as partes litigantes e o juiz.

No entanto, DONIZETTI (2017), define o Direito Processual Civil como os princípios e regras que disciplinam a atuação estatal na solução de conflitos de natureza civil. Esse processo incumbe ao Estado, através da função jurisdicional compor litígios, acautelar e realizar direitos. Contudo, o exercício da jurisdição, que compete aos juízes e todo território nacional, é vinculado aos limites das normas que compõem o devido processo legal.

Nesse sentido, o Direito Processual, com base nos princípios legisladores tem a prerrogativa de aprimorar a aplicação da lei a partir da promulgação da Lei 9.099/95.

A criação dos Juizados Especiais

A criação dos Juizados Especiais nasce e vem ao mundo jurídico com o objetivo de prestar uma tutela jurisdicional, simples, rápida, econômica e segura na resolução dos conflitos. Para tanto, é necessário criar procedimentos que viabilizem a celeridade da tutela. Então, surge uma forma alternativa para resolver os conflitos como exemplo, a autocomposição (DIDIER JUNIOR, 2010).

O surgimento dos Juizados Especiais, segundo CARVALHO (2006) se tornou premente perante a necessidade da população na resolução de conflitos de maneira mais ágil e efetiva. Diante de tais circunstâncias, o judiciário percebeu a necessidade de uma dimensão social distinta com foco no tema acesso à justiça, destacando os problemas da instrumentalidade e da efetividade da tutela jurisdicional. Quem mais contribuiu para essa nova visão do direito, foi CAPPELETTI (1995), onde argumentava que a ciência jurídica possuía uma visão tridimensional, que podia ampliar o campo de julgamento do jurista:

> Mediante esta nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais (CAPELLETTI, 1995).

De acordo com o autor referenciado passaram a cogitar outros elementos ligados ao problema de acesso à justiça, como os relacionados com os custos e a demora dos processos, em suma, com os embaraços ou obstáculos (econômicos, culturais e sociais) que frequentemente surge entre o cidadão que pede justiça e os procedimentos predispostos para concedê-la.

Assim, em 1995, foi promulgada a Lei 9.099 como norma regulamentadora dos processos judiciais que tramitam perante os Juizados Especiais, também conhecidos como Juizados de Pequenas Causas. Nessa Lei encontram-se os processos que deverão orientar-se pelos Princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Pro-

cessual e Celeridade, que busca a conciliação como melhor forma de resolução dos litígios.

A Lei 9.099/1995

Em se tratando da Lei 9.099/95, essa dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A referida Lei modificou a nomenclatura, o que se considera de grande valia já que modificou de Juizado de Pequenas Causas para Juizado Especial, Cível e Criminal. Essa mudança foi considerada pertinente, pois a terminologia anterior já se mostrava discriminatória, uma vez que deixava claro que tal juízo era direcionado para a discussão de pequenas causas (BRASIL, 1995). A Lei 9.099/95, não trata apenas de um procedimento realizado de forma diferenciada, ela dispõe de um novo processo, assim como de um novo rito diferenciado, ou seja, não é apenas um procedimento sumaríssimo, mas é também um processo especial.

Diante dessas acepções, entende-se que a nomenclatura Juizados Especiais tem mais abrangência e alcance mais adequados, por tratar-se de causas que merecem ter rito e tratamento especial. Como se percebe, parece claro que tal dispositivo busca acelerar o processo e simplificar a sua tramitação, além de enumerar os princípios que regem os Juizados Especiais.

Sobre as ações enumeradas no artigo 275, II do CPC, as quais a Lei 9.099/95, remete como de sua competência, existe entendimento de que não estaria limitada ao valor de quarenta salários mínimos, haja vista que não há essa imposição no texto legal. Esta interpretação, não é mais considerada adequada. Isso significa que não só remete para os Juizados Especiais causas cujo valor é de grande monta, como também esvazia de sentido o rito sumário do Código de Processo Civil (ABREU, 2004).

Nesse sentido, para GAIO (2010), a Lei 9.099/95 corrobora a preocupação do legislador constituinte com as discrepâncias de realidade estruturais, onde os estados da federação brasileira convivem com variações nos desníveis relativos as demandas que mais afligem algumas localidades com questões estruturais relativas aos órgãos judiciá-

rios dentre outros. Diante dessa reflexão, os princípios que norteiam o processo de atribuição dos Juizados Especiais não se contrapõem aos dos litígios tradicionais, mas os manifesta em sua essência a partir dos princípios definidos para esse fim.

Os Princípios norteadores da Lei

Acerca do conceito de princípios, tem-se que eles são fontes que subsidiam as orientações aos operadores do Direito quanto ao entendimento das leis e quanto à sua aplicação.

Os princípios são considerados fenômenos necessários e essenciais que alicerçam a ciência do direito permeando a estrutura e o comportamento a ser seguido pelo ordenamento jurídico. Segundo a conhecida conceituação de REALE (2003), observa-se que:

> princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis (REALE, 2003).

Corroborando com o pensamento do autor pode-se concluir que o princípio inspira a criação da norma, ou seja, tem a função de instruir o legislador ou outro agente sobre os seus motivos. Nesse sentido, o princípio jurídico é ponto de partida porque é a chave para conhecer, interpretar e aplicar um dado comando jurídico. Parte-se do princípio como substrato lógico-fundante de uma proposição jurídica. Em seu significado maior os princípios informam, orientam e inspiram regras gerais. Devem ser observados quando da criação da Lei, na sua interpretação e na sua aplicação. Sistematizam e dão origem a institutos.

Para o GODINHO (2011) "princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após for-

madas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade". Nesse diapasão o autor referenciado conceitua o princípio como muito mais do que uma simples regra, pois além de estabelecer certas limitações fornece diretrizes que embasam a Lei 9.099/95. Visando a sua correta compreensão e interpretação.

Diante desse contexto, a violação de um princípio é muito mais grave do que a violação de uma regra, tendo em vista que ofende não só um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema. Para tanto se faz importante pontuar que os princípios que se formam no direito processual fornecem ao intérprete no caso os Juizados Especiais uma possibilidade de identificar os componentes novos injetados na norma, trazidos pela realidade dos fatos, pela mudança e pelas novas ideias (CAVALCANTE, 2008).

Assim sendo salienta-se que os princípios que disciplinam e fundamentam o processo nos Juizados Especiais estão explicitados no art. 2º da Lei 9.099/95. Em função disso, merecem destaque os princípios que norteiam os Juizados Especiais os quais serão contextualizados para análise jurisdicional no âmbito civil.

Princípio da Oralidade

O princípio da Oralidade apresenta como escopo a simplificação da exposição do pedido inicial pela parte que pretende buscar seus direitos na justiça, contribuindo para a celeridade e informalidade do sistema dos Juizados Especiais (TOURINHO NETO, 2017).

Esse autor esclarece que nos Juizados Especiais, há o predomínio da forma oral sobre a escrita, não significando que o processo seja somente verbal, ou que a escrita tenha sido abandonada por completo, mas que somente os atos essenciais são reduzidos a termo. Nessa linha de pensamento, JESUS (2011), esclarece que:

> a aplicação da Lei 9.099/95, no princípio da oralidade limita-se a documentação ao mínimo possível. As partes debatem e dialogam, procurando encontrar uma resposta penal e que seja justa para o autor do fato e satisfaça para o Estado os fins de prevenção geral e especial.

Na concepção de CINTRA (2008), o princípio da oralidade representa um complexo de ideias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral o seu aspecto particular.

Portanto, denota-se que este princípio é um dos grandes responsáveis pela informalidade e simplicidade da justiça desempenhada perante os Juizados Especiais, tendo grande valor em relação ao acesso à justiça à toda a população brasileira (TOURINHO NETO, 2017). No entanto, é imprescindível explanar que a oralidade não substitui a escrita, elas se completam, porque é indispensável a documentação de todo o processo, e a conversão dos atos processuais a termo.

Princípio da Simplicidade e da Informalidade

No que se refere ao Princípio da Simplicidade quanto a prática dos atos processuais, pode haver a dispensa de alguns requisitos que se julgam formal, desde que a ausência desses requisitos não venha a prejudicar as partes interessadas. A doutrina brasileira também define tal princípio, conforma o que preleciona ROCHA (2012):

> A simplicidade, conforme o dicionário, é a qualidade daquilo que é simples. Assim sendo, em sua perspectiva o legislador almejou enfatizar que toda atividade desenvolvida nos Juizados Especiais deve ser externada de modo a ser bem compreendida pelas partes, especialmente aquelas desacompanhadas de advogado. Seria, assim, a simplicidade uma espécie de princípio linguístico, a afastar a utilização de termos estudados ou técnicos, em benefício de uma melhor compreensão e participação daqueles que não têm conhecimento jurídico. Um exemplo dessa concepção é o comando contido no §1º do art. 14 da Lei, que estabelece que a petição inicial deverá ser feita de modo simples e em linguagem acessível .

Junto ao princípio da simplicidade encontra-se o princípio da informalidade, ou seja, prevê que os processos que tramitam perante os Juizados Especiais devem ser ajuizados de forma simples, de modo a

possibilitar o exercício de defesa a todos. A simplicidade tem em seu bojo uma perspectiva de efetiva descomplicação do procedimento (BOLLMANN, 2015).

A informalidade tem como escopo o máximo afastamento de fórmulas procedimentais que tornam o processo inacessível e incompreensível. Independentemente da forma adotada, os atos processuais são considerados válidos sempre que atingirem suas finalidades (CHIMENTI, 2012). Desta forma, a informalidade permite que o ato processual seja realizado com o objetivo de proporcionar agilidade ao processo, sendo que se obteve o resultado desejado, desde que lícito, a forma do ato processual deixa de ser um fim em si mesmo para estar a serviço da aplicação do direito.

Portanto, deve ser observado especialmente quando suscitada a existência de nulidades processuais, no sentido de que os atos que tiverem alcançado seu fim e não prejudiquem a defesa, devam ser aproveitados. Os Juizados Especiais sugerem um modelo que atendam às demandas de menor complexidade, para as quais seja suficiente uma versão simplificada do processo comum, a fim de se solucionar o litígio, tendo por finalidade oferecer solução de forma rápida, descomplicada e a baixos custos, principalmente para os casos que envolvam pequeno valor econômico. (CUNHA, 1999).

A partir desse levantamento, foi percebido que no princípio da informalidade a possibilidade de que os atos processuais sejam dirigidos por juízes leigos (advogados ou mesmo bacharéis em direito), o que torna possível o enriquecimento da vida da comunidade e cria uma Justiça sensível às necessidades locais (CUNHA, 1999), haja vista que aquele que atua como juiz da causa, especialmente nos centros menores, conhece os problemas cotidianos da coletividade a que pertence e com a qual interage diuturnamente; ou no mínimo, conhece mais da realidade dos seus do que os juízes togados, que a cada curto período de tempo são deslocados de uma comarca para a outra.

A partir desse argumento, pode-se assegurar que a simplicidade consolidada à informalidade resulta no princípio maior da instrumentalidade das formas, o qual valida o ato processual que preencher sua

finalidade para que foi realizado, observando os critérios do art. 2º da Lei nº 9.099/95.

Princípio da Economia Processual

O princípio da Economia Processual buscou a melhor utilização possível dos instrumentos legais para a prática das ações processuais com melhor aproveitamento, evitando o desperdício de tempo e de atividade por parte dos operadores do Direito, onde o resultado é a agilização do provimento de forma segura (CHIMENTI, 2012).

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, obedecidas as regras do principio mencionado de modo automático, ocorrerá a economia processual. Deve ser compreendido em dois sentidos: como a obtenção do máximo de rendimento da lei, com o mínimo de atos processuais; bem como, em ser um processo com custos reduzidos. CINTRA (2008), elucida:

> Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Assim, o Princípio da Economia Processual tem no rito dos Juizados Especiais Cíveis uma conotação mais acentuada com relação à gratuidade do acesso ao primeiro grau de jurisdição, onde ocorre a isenção do demandante quanto ao pagamento das custas e com a facultatividade de assistência das partes por advogado em demandas que por ventura alcancem o patamar máximo de vinte salários mínimos.

O princípio da economia processual orienta os atos processuais na tentativa de que a atividade jurisdicional deva ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços, evitando-se, assim, gasto de tempo e dinheiro inutilmente (ÁVILA, 2010).

Em suma, esse princípio leva a adoção de instrumentos previstos na própria Lei que possibilita a solução rápida dos litígios com menor onerosidade possível e a adoção do critério da economia processual evita que haja desperdício de atividade jurisdicional, proporcionando proveitos para as partes e para o Estado (ÁVILA, 2010), não sendo admissível de maneira alguma para economia é o desrespeito ao direito de ação e de defesa, que são consagrados constitucionalmente.

Princípio da Celeridade

Acredita-se que um dos maiores objetivos da promulgação da Lei 9.099/95, tenha sido dar celeridade e ao mesmo tempo proporcionar efetividade ao processo e as resoluções dos conflitos. Disposto no art. 2º da Lei 9.099/1995, o princípio da celeridade reza que em verdade, a aplicação por inteira de todos os princípios que norteiam o procedimento nos Juizados Especiais, pois estes são derivados de um processo acelerado e atingível (ROCHA, 2016).

O termo significa algo célere, ou seja, da presteza com que os processos devem ser solucionados de modo mais rápido possível, sem, no entanto, trazer prejuízo em relação à segurança jurídica (ALVIM, 2012).

O princípio está relacionado ao fator tempo, o qual observa o processo e a chegada da ação na esfera judicial desde o momento de seu protocolo até o momento em que se tem a efetiva solução do conflito. A preocupação do legislador com a celeridade processual torna-se compreensível, haja vista que está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa da realidade dos órgãos da justiça comum (PINTO, 2014). Segundo o autor, destacam-se as seguintes possibilidades jurídicas, que acarretam direta ou indiretamente a celeridade processual: possibilidade de instauração imediata da sessão de conciliação, caso ambas as partes compareçam perante o juízo, dispensado o registro prévio do pedido e da citação (art.17); concentração dos atos em audiência, com a prolação da sentença ao seu final (art. 28 e 29); vedação da intervenção de terceiros (art. 10); impossibilidade de

citação por edital (art. 18, § 2º); inadmissibilidade de reconvenção, ressalvada a possibilidade de formulação do pedido contraposto (art. 31, caput); sentenças e acórdãos concisos, sem necessidade do relatório (art.38); as sentenças devem ser líquidas, tornando mais célere a execução (art. 28, parágrafo único); redução dos prazos do recurso de sentença para dez dias (art. 42, caput); suspensão, e não interrupção, do prazo recursal quando interposto embargo de declaração (art. 50); descabimento da ação rescisória (art. 59).

Mas o princípio da celeridade, embora seja uma das garantias fundamentais figurantes nas modernas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, não é a única, devendo, por isso mesmo, conviver e harmonizar-se com outras que igualmente merecem igual prestígio constitucional. O ideal, na implantação do processo justo é, de fato, que sua duração seja breve, e que se cumpram. Cabe ao juiz esforçar-se por evitar delongas injustificáveis, reduzindo ao mínimo o tempo de espera da prestação jurisdicional, sem, entretanto, perder de vista que todas as garantias constitucionais do processo têm de ser observadas até chegar a um ponto de equilíbrio entre elas e a celeridade.

É justamente esse equilíbrio, essa harmonia, que conduz à verdadeira eficiência da celeridade processual, num clima de adequada perseguição do processo justo (OLIVEIRA, 2008). O processo justo, enfim, não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas o que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos fundamentais.

A Celeridade deve ser essencial, mas também eficaz, para que as partes acabem com as animosidades surgidas com a lide, entretanto, mais importante para a sociedade certamente é, não apenas segurança, mas justiça e correção nas decisões. A Lei 9099/95 dá um grande passo nesta direção, ao elencar princípios que, se observados pelo julgador e respeitado seu espírito, certamente serão de grande valia para todos aqueles que buscam o Poder Judiciário esperando uma solução para seus problemas.

Decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais e turmas recursais a luz dos princípios norteados pela Lei 9.099/95

A fim de viabilizar o julgamento de um grande número de feitos, a Lei dos Juizados Especiais estabelece regras especiais e simplificadas para a elaboração de sentenças e decisões interlocutórias no procedimento sumaríssimo prevista nos princípios da Lei 9.099./95. O procedimento dos Juizados Especiais permite que o julgador dispense o relatório do processo, mas não o exonera de fundamentar sua decisão. Vale pontuar que é necessário que o julgador, ao proferir sua decisão, explicite seus fundamentos, demonstrando que levou em conta os argumentos de fato e de direito trazidos pelas partes, acolhendo-os ou rechaçando-os, em observância ainda às provas trazidas aos autos (THEODORO JÚNIOR, 2016).

É imprescindível dizer que a necessidade de fundamentação, ainda que sucinta, não se aplica apenas à sentença proferida pelo órgão de 1º grau de jurisdição. Prevê o art. 46, da Lei nº 9.099/95 que o julgamento em segunda instância deverá também trazer fundamentação sucinta em sua parte dispositiva e, em sua parte final, determina que se a sentença for confirmada por seus próprios fundamentos, a súmula de julgamento servirá de acórdão.

Há, contudo, polêmica advinda do disposto no art. 46 da Lei dos Juizados com relação às Turmas Recursais, pois foi aberto precedente, que possibilitaria o julgamento *per relationem,* em que o órgão de segunda instância confirma a sentença por seus próprios fundamentos, sem apresentar qualquer motivação ou explicitar que houve efetiva análise do caso concreto, apenas confirmando a sentença já proferida, por seus próprios fundamentos (VANCIM, 2016).

Em que pese a economia processual e o atendimento à razoável duração do processo com a confirmação de sentença por seus próprios fundamentos, há o risco de se violar o art. 93, IX, da Constituição Federal, a ser proferida decisão que não evidencie a análise do mérito da causa. Como exemplo, segue súmula de julgado proferida em 2017 pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro:

> Acordam os Juízes que integram a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento para manter a sentença por seus próprios fundamentos, tendo sido todas as questões aduzidas no recurso apreciadas, sendo dispensada a transcrição das conclusões em homenagem aos princípios informativos previstos no artigo 2º da Lei 9099/95, e na forma do artigo 46, segunda parte, da mesma Lei, frisando-se, outrossim, que a motivação concisa atende à exigência do artigo 93 da Constituição Federal, e está em conformidade com o disposto no artigo 26 do Regimento Interno das Turmas Recursais (Resolução do Conselho da Magistratura do TJ/RJ nº 14/2012). Condenado o recorrente nas custas e honorários advocatícios de10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observado o art. 98 do Código de Processo Civil de 2015, valendo esta súmula como acórdão, conforme o disposto no art. 46 da Lei 9099/95.

Referida súmula de julgamento, que vale como acórdão, conforme o disposto no art. 46, da Lei nº 9.099/95, replicada para confirmar sentenças por seus próprios fundamentos, adotando a técnica da fundamentação *per relationem*, não permite que um indivíduo externo ao processo entenda a matéria discutida, demonstrando a carência de fundamentação.

Os Juizados Especiais Cíveis, em especial os Estaduais, possuem como regra a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no procedimento sumaríssimo, impossibilitando o cabimento do agravo de instrumento (DONIZETTI, 2017). Nesse ínterim, há precedentes judiciais em casos que a parte prejudicada poderia se valer da interposição do agravo de instrumento como meio de impugnação da decisão judicial.

Conclusão

Na realização do presente estudo foi verificado que a Lei 9.099/95 é orientada por princípios basilares, sendo que esses princípios devem ser aplicados de acordo com o elencando na referida Lei para que a proposta dos Juizados seja alcançada, caso contrário aludido órgão perderia sua finalidade de existência.

O que se observa é que a aplicação correta e adequada dos princípios elencados na Lei, apesar de não solucionar todos os problemas oriundos da seara processual, atenua boa parte desses, trazendo como reflexão a máxima buscada para a efetivação dos direitos pleiteados, sendo estes alcançados através do exercício adequado da própria jurisdição, que passou a atuar de forma mais célere, justa e eficaz, concretizando o acesso à justiça.

Nesse contexto, é fundamental que os princípios que regem a Lei 9.099/95, estejam em consonância com aqueles de índole constitucional, especialmente o devido processo legal, a ampla defesa, a devida prestação jurisdicional, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade, especialmente por serem direitos fundamentais que prescrevem aplicação imediata frente a sua violação.

Frise-se que, se forem obedecidos os critérios da oralidade, simplicidade e informalidade, automaticamente, ocorrerá a economia processual, sendo que um dos maiores desafios dos Juizados Especiais é trazer a celeridade no julgamento das demandas, cumprindo a sua finalidade. Assim estudá-los é fundamental e de suma importância para a compreensão do funcionamento da Lei 9.099/95, nos Juizados Especiais Cíveis, não apenas para saber se esse instituto funciona, mas como funciona. Conclui-se que então, que o estudo dos princípios traz uma visão mais clara de como eles impulsionam o rito dos Juizados Especiais.

Assim, pode-se afirmar que um dos propósitos da criação dos Juizados foi criar um sistema ágil e simplificado de distribuição da Justiça. Assim, a partir da criação da Lei 9.099/95, e do surgimento dos Juizados Especiais tornou-se claro que esse fato decorreu da necessidade de aproximação do cidadão com o Poder Judiciário, cujo objetivo é a garantia de direito fundamental de acesso à justiça para todos, disponibilizando um procedimento informal e eficiente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma Justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** Da definição à aplicação dos princípios Jurídicos. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOLLMANN, Vilian. **Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/vilian-bollmannaplicabilidade-cpc--juizados-especiais>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL**. Lei 9.099,** de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 26 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas,** in Ada Pellegrini Grinover e outros, O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1995.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; CARVALHO NETO, Algomiro Carvalho**. Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. 3. ed. São Paulo: Best Book, 2006.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador:** a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 24ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor** -tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12a ed. rev., ampl., e atual. de acordo coma EC/45. Vol. 1. Salvador: juspodivm, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GAIO JUNIOR. A. P. **O Processo nos juizados especiais cíveis estaduais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GRECO, Leonardo, **Revista Dialética de Direito Processual.** nº24, março 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais adotada**. 32ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil**: modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. Revista de Processo, RT, vol. 155, p. 22, jan./2008.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais civis e criminais brasileiro**. Revista TJDF. Distrito Federal, p, v.1, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais:** federais e estaduais, volume 15 - tomo II. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil –** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VANCIM, Adriano Roberto & GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Lei dos Juizados especiais anotada e interpretada** – Cível, Criminal e Fazenda Pública. 2ed. – Leme/SP. Mundo Jurídico, 2016.

A CONFIANÇA NA BALANÇA: A ASSISTÊNCIA SIMPLES COMO MODALIDADE INTERVENTIVA QUE CONFRONTA OS IDEÁRIOS DEMOCRÁTICOS.

Juliano Soares Rangel

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1939, prevendo, desde então, as modalidades interventivas, admitia em seu art. 93 que o terceiro interviesse no processo como assistente, embora equiparado a litisconsorte, na hipótese em que a sentença influísse na relação jurídica entre ele e quaisquer das partes. Já em 1973, o Código de Processo Civil passou a reger a referida modalidade interventiva em capítulo próprio, não mais a confundindo com a figura do litisconsorte, mas tratando o assistente simples como verdadeiro terceiro interveniente que, desde então, deveria comprovar o interesse jurídico para fins de auxiliar uma das partes da relação jurídica para que a sentença fosse favorável a quem juridicamente lhe interessasse (CPC/73, art. 50).

Eis que, já no século seguinte, revogada a legislação processual anteriormente vigente, o Código de Processo Civil de 2015, em seus arts. 119 a 123, manteve prevista a assistência simples como modalidade interventiva, restando mantido o requisito interesse jurídico para seu ingresso na demanda e, mantendo-o na condição de auxiliar da parte. Dentre as tão poucas alterações no que tange à assistência sim-

ples, o que importa destacar nesta oportunidade é que a atual legislação manteve para o assistente simples a condição de auxiliar da parte e que, assim sendo, os atos processuais a serem por ele praticados restaram restritos ao consentimento do assistido, estando impedido de praticar os chamados atos de disposição de direito (reconhecimento do pedido, desistência, renúncia ou transação, na forma do CPC/15, art. 122).

O que interessa destacar para você leitor, é que as legislações processuais foram promulgadas e publicadas em três períodos históricos diferentes para o Brasil e que, o instituto da assistência simples, quase que de forma irretocável, perpassa o processo de criação da lei, atravessando o tempo e mantendo-se vigente sob a argumentação da economicidade e celeridade processuais, além da argumentação máxima da efetividade da participação no processo que o torne mais democrático quanto mais plúrima a atuação dos sujeitos processuais.

Os três Códigos de Processo Civil vigentes no Brasil restaram regulados por três Constituições distintas: o CPC de 1939 foi regido pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937; o CPC de 1973 foi regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e, por fim, o CPC de 2015 que foi regido pela atual Constituição.

Dos resquícios de uma Brasil oligárquico regrado na sua forma federativa centrífuga, onde o poder do país era dividido entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais, perpassando para o federalismo centrípeto, caracterizando pela era varguista e pelo regime militar, eis que, o instituto da assistência simples sobrevive e é recepcionado pela "Constituição Cidadã", já alcunhada sob o modelo de federalismo cooperativo. Seria possível um instituto jurídico processual se perpetuar por três períodos tão distintos da história do país e, ainda assim, manter-se vigente sob o título de instituto democrático?

Apenas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre as citadas, é que traz a democracia como regime de governo (CRFB/88, art. 1º). Afinal, que diferença isso faz? O que devemos entender por democracia e de que forma ela deve se revelar?

Embora o entendimento acerca de democracia, teoricamente, subdivida-se entre os minimalistas (Weber e Schumpeter) e os maximalistas (Habermas e Rawls), o fato é que a participação é reconhecida, por

quaisquer destas teorias, como caractere de maximização do ideário democrático, de forma que, quanto mais inclusiva for a sociedade e, quanto maior for o processo de interação dialógica comunicacional, certamente, mais efetiva se revelará a democracia.

Importa antes de mais nada, recordar ao leitor que, a democracia não se perfaz existente conquanto o Estado assim se declare, mas sim, através do uso de instrumentos e mecanismos que possibilitem a sua efetivação. E, é neste especial sentido, que a lei deve ser analisada.

Aqui, o leitor é convidado a observar os autos do processo, metaforicamente, como se um fosse um Estado em si, em que os sujeitos da relação jurídica processual, sejam as partes ou mesmo os terceiros quando admitidos no processo, tenham garantido o uso de suas armas e a participação efetivamente dialógica à consecução do fim maior do Estado-juiz: o de prestar a tutela justa e efetiva.

1 DO INGRESSO E DOS PODERES DO ASISTENTE SIMPLES NO PROCESSO

O ingresso na relação jurídica pelo assistente simples será possível desde de que ele comprove ter interesse jurídico que lhe possibilite intervir para fins de auxiliar uma das partes de forma a cooperar para que a sentença a ser prolatada lhe seja favorável. Não é aqui nosso objetivo discutir o que deve ser entendido por "interesse jurídico" (análise bastante difundida na literatura jurídica), mas tornar vivo o entendimento de que esse interesse de que se serve o assistente para intervir no processo deve ter como fim possibilitar que a parte a qual pretenda auxiliar tenha prolatada uma sentença favorável para si que, por sua vez, reflexamente lhe favoreça.

É nesta oportunidade que devemos observar que o interesse jurídico deve estar vinculado com a pretensão do assistente na obtenção da vitória pelo assistido. Logo, é imprescindível que o assistido tenha estabelecido com o assistente uma relação de confiança que lhe permita auxiliar-lhe durante a marcha processual. Do contrário, a lei estaria lhe exigindo "dormir com o inimigo", o que não é razoável.

A lei, de forma não diversa, impõe como necessário o fato de que entre assistente e assistido seja estabelecida uma relação de confiança

que lhes garanta sociabilização para a atuação conjunta no processo, de forma que, um não pretenda prejudicar o outro.

Se mesmo a legislação processual estabelece que em caso de formação de litisconsórcio unitário os atos e omissões de um dos litisconsortes não prejudicarão os demais, podendo apenas beneficiá-los (CPC, art. 117, *caput*), menos ainda permitiria a lei que um auxiliar da parte viesse a prejudicar o assistido. Assim o é que, a lei passa a regrar os poderes que devem ser praticados pelo assistente simples.

O assistente simples só poderá praticar atos que estejam de acordo com a vontade do assistido. Ele exerce apenas o papel de coadjuvante do assistido, podendo, deste modo, tirar proveito de uma possível decisão que a este seja favorável.

O assistente simples exerce uma função que complementa a efetiva atividade que o assistido desempenha e, por mais que o art. 121, *caput,* do CPC/15 disponha que "o assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes (...)", precisa ser ressaltado que, qualquer ato praticado pelo assistente que entre em contradição com os atos processuais já praticados pelo assistido não deverá ser aceito.

A atuação do assistente simples é subordinada à atuação do assistido, pois o mesmo está qualificado como auxiliar da parte principal, lhe sendo atribuídos os mesmos poderes e ônus que ao assistido são inerentes. Não em outro sentido, Lia Carolina Batista Cunha (2017, p.140) aponta-nos que:

> No tocante à assistência simples, a tendência da doutrina sempre foi a de limitar os poderes do assistente, ressaltando seu caráter de auxílio (CPC/73, art. 52; CPC/15, art. 121). É comum, para reforçar esse aspecto, afirmar que o assistente é uma parte secundária. Em consequência disso, acredita-se que o assistente não pode pedir provas ou recorrer se a "parte principal" assim não o fizer, além de suas alegações não poderem estar em confronto com as alegações da "parte principal".

A condição de auxiliar atribuída ao assistente simples é invariável entre os doutrinadores brasileiros. É nesse mesmo sentido que, com fins a interpretar o que dispõe o CPC, em seu art. 121, e reforçar o ca-

ráter de acessoriedade do assistente em relação ao assistido que, Cássio Scarpinella Bueno (2016, p.169) aduz que:

> A primeira parte do *caput* do art. 121 espelha, com exatidão, este entendimento. A parte final do dispositivo, segundo a qual o assistente "exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido", precisa ser compreendida, como regra no contexto da primeira parte, isto é, de assistente como *auxiliar*. A atuação conjunta de ambos pode, até, coincidir e, neste sentido, é possível afirmar que ambos exercem os "mesmos poderes" e sujeitam-se aos "mesmos ônus processuais" (...). Quando não houver coincidência, a atuação do assistido é preponderante, em detrimento da do assistente. Na hipótese de se tratar de disposição de direito *material* (o que *não pertence* ao assistente), nada há que o assistente possa fazer, a não ser suportar as consequências, ainda que reflexas, da atuação do assistido (...).

É de todo óbvio que a atuação do assistente a que nos importa nesta análise é a relativa à sua atuação conjunta ao assistido, até porque sabemos que, sabemos que ante a revelia ou omissão do assistido, o assistente assumirá a condição de substituto processual, instante em que figurará como parte e não como auxiliar, a teor do CPC, art. 121, parágrafo único.

Ao partirmos da análise do ingresso do assistente simples na relação jurídica processual e observarmos que ele é possível, antes de qualquer exigência de atendimento a conceito jurídico vago (como o interesse jurídico), pela relação de confiança estabelecida, foi possível observar que, a essa confiança entre a parte e o terceiro resta condicionada legalmente aos poderes conferidas pela lei a cada qual dos sujeitos que, por sua vez, tendem a diminuir a participação do assistente simples, conquanto o limite na condição de auxiliar da parte.

É nesta oportunidade que importa destacar que o acesso à justiça só pode se perfazer ante a efetiva participação dos sujeitos na relação jurídica processual, garantindo-lhes a plenitude do contraditório e da ampla defesa.

3 O ACESSO À JUSTIÇA PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO

Não é possível abordar a lógica da efetividade da participação dos sujeitos na relação jurídica processual sem que sejam abordados princípios máximos que buscam, por força constitucional, a sua regulação. Assim, ganham força os princípios do devido processo legal e seu consectário princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, possibilitado ante atendimento expresso à ampla defesa e ao contraditório.

O princípio do *due process of law* como postulado constitucional fundamental, consagrado na Carta Magna de 1988, no seu art. 5º, LIV, determina que, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", logo, deve ser garantido a todos o direito à prestação jurisdicional, que seja compreendida pela prolação de uma sentença efetiva e justa que, por sua vez, garanta o atendimento à dignidade da pessoa humana.

Na precisa lição de Nelson Nery Júnior (2010, p. 78):

> (...) o direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais entre os quais ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil (CF 1º III). (...)
>
> Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*) constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação.

O princípio do devido processo legal como postulado constitucional deve garantir a todos uma prestação jurisdicional justa, um acesso

efetivo à justiça, a igualdade das partes, assim como de armas, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ao preceituar a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XXXV que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", traz o Constituinte o postulado do princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, que significa dizer: todos devem ter garantido o acesso à justiça que, por sua vez, deve ser compreendido pelo exercício do direito de ação e, em contraponto, pela prestação de uma tutela justa e efetiva, pelo Estado, que garanta aos litigantes a sua efetiva participação.

O acesso efetivo à justiça deve ser entendido como um direito social nas modernas sociedades. Não em outro sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 15) nos trazem o sentido que devemos conferir à efetividade:

> A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa constituem, por sua vez, direito fundamental inerentes às partes litigantes – autor, réu e terceiros intervenientes, e que deve ser a eles assegurados. Pois, segundo Nelson Nery Junior (2010, p.210): "todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor". Além de constituir um direito fundamental consagrado pela Lei Maior, o princípio do contraditório e da ampla defesa se mostram como importantes manifestações do Estado Democrático de Direito, em especial, quando possibilita o direito de ação e a igualdade das partes.

4 A CONFIANÇA COMO SUBSTRATO DO CAPITAL SOCIAL NA POTENCIALIZAÇÃO DO IDEARIO DEMOCRÁTICO

O conceito de capital social é algo ainda vago para muitos autores, porém segundo Robert Putnan (2007, p.32): "o capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas". Acresce-nos Pierre Bordieu (1983, p.132) que,

> Capital social é o agregado dos recursos reais e potenciais que estão conectados à possessão de uma rede durável de relacionamentos de mútuo conhecimento e reconhecimento, mais ou menos institucionalizada, ou, em outras palavras, ao pertencimento a um grupo, o qual provê a cada um de seus membros, com base no capital apropriado coletivamente, uma 'credencial' que titula ao crédito, nos vários sentidos da palavra.

Embora o conceito de capital ainda seja algo vago, diante dos dois conceitos citados acima, é possível dizer que capital social está inteiramente relacionado com a confiança que determinada sociedade tem em relação ao governo que a representa e com ela própria.

Cidadãos atuantes e imbuídos de espírito público constituem fatores decisivos na construção e na manutenção de uma sociedade democrática. Tais cidadãos são formados dentro de escolas, ou seja, com uma educação de qualidade, participativa, integrativa; voltada para a consciência do nosso, promovendo a importância da coletividade, da união. Cidadãos com espírito público que sabem que o público é de todos e precisa ser cuidado e preservado, que participam da vida pública, que são decisivos nas tomadas de decisões.

A confiança é um dos principais pilares de todas as relações humanas, disso não se pode duvidar; ela está presente nas escolhas das amizades, da relação de trabalho e emprego e, na escolha dos representantes políticos. Assim, Putnan (2007, p.36), define que: "uma sociedade cívica é formada por cidadãos atuantes imbuídos de espírito público,

por relações políticas igualitárias, por uma estrutura social firmada na confiança e colaboração".

A confiança e a colaboração se constituem como estruturantes de uma sociedade cívica, ou seja, uma sociedade democrática, pautada na cooperação mútua, no associativismo, na previsibilidade de comportamentos. No mesmo sentido, Anthony Giddens (1991, p.100) dispôs que:

> A confiança nos outros é uma necessidade psicológica de um tipo persistente e recorrente. Tirar segurança da fidedignidade ou integridade de outros é uma espécie de ranhura emocional que acompanha a experiência de ambientes familiares sociais e materiais.

O nível de confiança do cidadão está inteiramente ligado ao meio em que vive; em relação a atuação do governo e ao grau de associativismo existente na sociedade que está inserido, ou seja, a sua cultura. Assim como na atuação das várias instituições que compõem a sociedade: a família, o Poder Judiciário, os partidos políticos, o Ministério Público, as escolas, as religiões. Tais instituições são responsáveis por reforçar e ampliar a confiança, que já é algo inerente de todo ser humano. Segundo Anthony Giddens (1991, p.89), tais instituições podem ser denominadas de sistemas abstratos:

> Embora todos estejam cônscios de que o verdadeiro repositório de confiança está no sistema abstrato e, não nos indivíduos que nos contextos específicos o "representam", os pontos de acesso trazem um lembrete de que pessoas de carne e osso (que são potencialmente falíveis) é que são seus operadores.

Os denominados sistemas abstratos, no qual o governo está inserido, representam a grande fonte que revigora o nível de confiança de uma sociedade. Pois, um governo sério, justo, atuante, comprometido com o bem de todos, o qual promova e realize políticas públicas de qualidade, resulta em uma população confiante, com laços de confiança mútua, com o fortalecimento de mecanismos de cooperação e associativismo entre os indivíduos que compõem esta sociedade. Des-

ta maneira todos ganham; ganha o governo por ter uma população cooperativa, engajada com a promoção do coletivo, e que confia no governo. E, principalmente, ganha a população por ter um governo justo e atuante. O que não se opera de forma distinta com o Direito, conquanto reconhecido como um sistema abstrato que busca estabilizar relações através de extensões indefinidas de tempo-espaço.

Acerca da relação de confiança social, Hans Buchheim (1985, p. 23) acresce-nos que:

> Un caso paradigmático de la forma como a través de la reciprocidad una relación social entre dos personas se forma simultaneamente como relación ética y de poder es el desarrollo de la confianza. Ésta es despertada involuntariamente por la otra. Entonces – sempre que ninguna de las dos la frustre – cuando se presentan nuevas oportunidades es reiterada reciprocamente y va ganando así cada vez más obligatoriedad. De esta manera, la relación entre las dos personas adquiere una calidad ética, aun cuando no haya surgido por un motivo ético. Pero, igualmente, la relación de confianza es una relación de poder, por una parte entre los propios participantes y por otra – como potencial que les es común – frente a terceiros. La confiabilidad no es una propiedad que, como la fuerza, alguien posea por sí mismo y que no pueda perderse sino que cresce a partir de la convivencia con los demás y tiene siempre que afianzarse nuevamente a fin de que tenga consistencia. En el fondo, en el caso de la confiança – al igual que en toda relación de poder – se trata de una relación interpersonal, que puede afianzarse en una calidad socialmente adquirida por una persona.[54]

54 Um caso típico do caminho através de uma relação de reciprocidade social entre duas pessoas ao mesmo tempo como relação e poder ético é o desenvolvimento da confiança. Este é despertado involuntariamente no outro. Então - sempre que nem o frustrado - quando novas oportunidades de presente é repetido reciprocamente e está ganhando cada vez mais, assim, a ligação. Assim, a relação entre os dois torna-se uma qualidade ético, mesmo que isso não tenha surgido por razões éticas. Mas, igualmente, a relação de confiança é uma relação de poder, por um lado entre os próprios participantes e o outro - como potencial que eles têm em comum - contra Terceiros. Confiabili-

Na ausência de formas espontâneas de cooperação salienta REIS (2003, p.38) "a ordem impõem-se por uma organização hierárquica vertical da autoridade e – onerosamente – pela força". Pois, segundo assevera o autor:

> As instituições, subordinadas à vontade dos poderosos do momento, funcionam precariamente (quando não mudam constantemente), submergindo os atores em um elevado grau de incerteza quanto ao futuro e inviabilizando qualquer disposição de abrir-se mão de ganhos imediatos com apoio em uma presunção de reciprocidade futura. O mau desempenho institucional reafirma e reforça, assim, os traços de desconfiança mútua disseminados no interior da população, [...].

Bastando recordar ao leitor que a confiança é o primeiro requisito ao estabelecimento da relação entre o assistente e o assistido, assimila-la é de fundamental importância, especialmente, ante a necessária percepção que, para além da norma enquanto sistema abstrato que permite a intervenção do terceiro, coexiste relação social humana entre os sujeitos que compõem a relação social que, por sua vez, não pode ser descartada pelo Estado.

5 A PARTICIPAÇÃO QUE FALSEIA E MAQUEIA O IDEÁRIO DEMOCRÁTICO ENDOPROCESSUAL

Ao postular seu ingresso no processo como auxiliar da parte principal, o assistente simples sabe que em nome próprio, defenderá direito alheio e, que não poderá ampliar os limites objetivos da lide, pois o mesmo ao ingressar em juízo não se qualifica como parte e sim como coadjuvante do assistido. Para tanto, ele demonstra ao juiz possuir in-

dade não é um proppiedad que, como força, alguém tem para si e você não pode perder Cresce a partir de coexistência com outros e devem sempre tomar posse novamente a fim de ter consistência. No fundo, no caso de Confiança - como em todas as relações de poder - é uma relação interpessoal, o que pode segurar uma qualidade socialmente adquirido por uma pessoa. (Tradução do autor).

teresse jurídico, qual seja, que a sentença seja favorável à parte a qual presta auxílio. E ao juiz cabe verificar se todos os requisitos foram atendidos, intimar as partes a se manifestarem se aceita ou não a assistência; com a resposta positiva das partes, o juiz defere o pedido de a assistência, ou, não havendo impugnação pelas partes dentro do prezo de quinze dias (CPC/15, art. 120).

Antes mesmo da análise do interesse jurídico, importa esclarecer que entre a parte assistida e o assistente estabeleceu-se uma relação de confiança que, por sua vez, extrapola os limites abstratos da norma jurídica.

A relação de confiança estabelecida entre a parte e o terceiro deve ser entendida como premissa do ideário democrático, quando percebida como substrato do capital social que, não menos, reforça o campo de relações sociais estabelecidas entre os indivíduos.

Não em outro sentido, não basta que o Estado se auto intitule democrático, mas que seus instrumentos sejam efetivamente democráticos e, os serão conquanto em maior medida assegurem a efetiva participação dos sujeitos no processo.

Nas palavras de Sofia Temer (2020, pp. 92-93):

> (...) é necessário assentar que uma das premissas do presente estudo é a compreensão do processo como um espaço político. Afinal, se a cidadania, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, da CRFB), enseja a participação dos cidadãos nas esferas de poder, e, se o Judiciário é um dos poderes do Estado (art. 2º, da CRFB), não há como afastar a conclusão de que o processo constitui 'um espaço privilegiado de exercício de poder pelo povo'.
>
> A participação, como exercício da cidadania, é compreendida como um direito fundamental.

Ao observar a restrição legal aos poderes conferidos ao assistente simples e o seu papel de real coadjuvante do assistido, percebe-se, de clara forma, que ele atua na condição de "fantoche", elevando a falseada premissa de participação. Não menos, a atuação do assistente encontra limitação na própria lei que o autoriza como auxiliar da parte a intervir no feito.

Ao conceder ao assistido, exclusivamente, a possibilidade de praticar atos de disposição do direito, o Estado falseia a ideia de participação do assistente simples, no mesmo instante em que, não de outra forma, rompe com a relação de confiança estabelecida entre a parte e o terceiro.

Se é fato que os atos de disposição de direitos praticados pelo assistido não tendem a afetar reflexamente o assistente, uma vez que este poderá discutir posteriormente a justiça da decisão (CPC, art. 123, inciso I), o que se pontua é a postura do Estado quando permite o ingresso do terceiro, alijando-o do efetivo contraditório.

> Percebe-se que o Estado, ao criar limites a atuação do assistente simples no processo, se torna o principal, se não o único responsável pela quebra da confiança entre as partes.

Ademais, os limites opostos ao assistente simples no processo ofendem o postulado constitucional do devido processo legal, o qual deve garantir a todos uma prestação jurisdicional justa com acesso efetivo à justiça, tratamento igualitário entre os sujeitos do processo com paridade de armas, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não acontece em relação ao assistente simples. No mais, com a quebra da relação de confiança, a legislação acaba por enfraquecer o próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que corrói a democracia que deveria revestir o ato legal e, em especial, quando não se atenta à voz do assistente que, por vezes, pode trazer aos autos fatos que revelem a verdade buscada para a solução do litígio e, consequente, aplicação da norma legal.

Por mais que o assistente simples não seja o titular da relação processual deduzida em juízo, e sim titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida, como bem assevera Nelson Nery Junior (2010, p.210), tem ele o direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tomar o processo como um espaço político, público e plural, considerando o ingresso e os poderes conferidos ao assistente simples na

relação jurídica processual, pudemos observar que o Estado acaba por falsear a ideia de participação que, por sua vez, macula o exercício da cidadania, na justa medida em que não resguarda ao terceiro interveniente o direito ao devido processo legal e seus consectários princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, perpassamos por uma breve análise histórica e, pudemos observar que o instituto da assistência simples perdura desde os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, respaldados ou recepcionados pelas Constituições de 1937, 1967 e 1988.

Ao observar que o instituto que foi adotado numa sociedade que exalava à recente oligarquia café-com-leite e que passou pelo regime militar tenha se tornado ainda presente após a Constituinte de 1988, faz com que, minimamente, venhamos a refletir sobre a sua força e sobre o seu caráter democrático.

O direito, assim como as artes e a educação revelam-se fatos sociais e inegáveis instrumentos utilizados pelo Estado para fins de exprimir sua ideologia. Não é saudável sustentarmos um Estado Democrático quando restam excluídos sujeitos processuais que, "presentes em corpo", restam impedidos de participar efetivamente do processo e, assim, têm restringido o seu exercício de cidadania.

Se o ingresso do assistente simples já resta obstado ante mesmo o que a doutrina e mesmo juízes entendem por "interesse jurídico", fazendo emprego de terminologia subjetivamente criada para agasalhar interesses desconhecidos de acordo com cada decisão proferida, o fato é que, a garantia de seu ingresso, não representa a sua efetiva participação.

O Estado ao possibilitar o ingresso do assistente simples através de relações sociais tanto intrínsecas de perfazimento de confiança entre os sujeitos quanto menos subjetiva como a conferida pelo requisito "interesse jurídico", criou mecanismos para afastar a mesma confiança estabelecida entre a parte e o terceiro quando do seu ingresso.

O Estado plasma nos seus instrumentos jurídicos a mesma quebra de confiança com que se relaciona com seus cidadãos no campo extraprocessual. Inábil e incoerente, ele teima em vestir seus institutos de caráter democrático, quando não se percebe a impossibilidade de exercício de democracia com verticalização da fala e sem respeito ao

estabelecimento de um debate comunicacional interacional entre os sujeitos que propicie à prolação de uma decisão justa e efetiva.

A reflexão por sua vez deve passar pela esfera não apenas dos relatores da trilogia da norma processual (referência aos três Códigos Processuais Civis) ou seus legisladores, mas também pelos estudiosos e operadores do direito que, por sua vez, devem largar suas viseiras e observar as leis como instrumento de um Estado que se posiciona na condição de não funcional para atender interesses nem sempre expostos, mas sempre a serviço de grupos oligárquicos, como assim nasceu o instituto no Brasil.

Na balança? Na balança, a confiança se esvai; ela não tem peso. O Estado, assumindo a condição de opressor, a neutraliza e faz pesar, para um só lado, a sua força pungente. Os mecanismos de opressão são conferidos pelo Estado ao litigante, por sua vez, este já não conta com mecanismos de solidariedade e, tomado pela consciência individual e egoísta, tem a luta como sendo apenas sua, numa órbita estritamente liberal, como se a serviço do mercado – ele já não é cidadão e o direito controvertido é apenas "seu".

BIBLIOGRAFIA

BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Novo. Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. Brasília, 2015

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11-1-1973. Brasília, 1973

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Civil – Decreto-Lei n. 1.608, de 18-09-1939. Brasília, 2002.

BUCHHEIM, Hans. Política y Poder. Espanha: Editorial Alfa, 1985.

BUENO, Cássio Scarpinella. Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo/ Nelson Nery Junior. —10 ed. rev. amp. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. —São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, Bruno Pinheiro W. Capital Social e Confiança: Questões de Teoria e Método. Revista Sociologia Política, [S.I], nov. 2003. Disponível em: < http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rsp/article/view/3644>. Acesso em: 21 out. 2015

PUTNAN, Robert David. Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. Ensaios de Sociologia. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2002.

_____. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1999.

RESUMOS

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NCPC/2015 E O IMPACTO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA[55]

Robson Luiz Silva

INTRODUÇÃO

Cumpre[56] analisar que, a conciliação e/ou mediação se consolida um instrumento capaz de satisfazer a prestação da tutela jurisdicional buscada pelas partes, sendo que investe na mediação como técnica a ser utilizada para a solução consensual mais ajustada ao conflito. O presente ensaio enseja o estudo das discussões que impulsionaram mudanças no Código de Processo Civil brasileiro e, por consequência, os impactos de tais medidas nas demandas de família visando à efetiva e econômica resolução de conflitos.

O advento do NCPC invoca urgência na análise do papel das mediações e/ou conciliações na conjectura processual e prática do direito nas ações de família, sendo que está em sintonia com as previsões já dispostas na Constituição Federal. Evidentemente, a institucionalização da mediação se revela instrumento de extrema relevância social,

55 Texto original-monografia apresentada ao curso de pós-graduação lato sensu em Advocacia Cível da Universidade Candido Mendes -, como pré-requisito à obtenção do título de Especialista, sob a orientação do Professor Esp. Alexandre Flexa, 2018.

56 Texto original-monografia apresentada ao curso de pós-graduação lato sensu em Advocacia Cível da Universidade Candido Mendes -, como pré-requisito à obtenção do título de Especialista, sob a orientação do Professor Esp. Alexandre Flexa, 2018.

sobretudo, por abordar os conflitos associados à parentalidade e à conjugal idade no âmbito das famílias brasileiras.

Assim, Código de Processo Civil e a Lei da Mediação implicam, oportunamente, na necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais que atuam na esfera judicial para efetivação de tais mudanças. Eis que, o incentivo ao diálogo e ao entendimento, se pauta na busca de um acordo, sem que restem desmerecidos os direitos e a justiça a cada caso e suas peculiaridades.

Assim sendo, a instalação da mediação por via institucional, através do judiciário, bem como a implementação da mediação e/ou conciliação, permitirá uma alteração na cultura do litígio comum em ações que envolvem imensa carga emocional. Vale ressaltar que, a judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social e, especialmente, nas demandas de família reporta a imposição de burocratizar os laços afetivos e as soluções mais desejáveis a cada situação.

Não obstante, a redução na quantidade de processos que se arrastam junto ao Poder Judiciário encontra um instrumento de relevante e indispensável utilidade.

Cabe apontar, entretanto, que há evidentes impasses no que tange à valorização e qualificação do material humano do judiciário, seja pela necessidade de contratações ou ainda pela carência de formação dos operadores de direito e demais profissionais. No entanto, se faz notório que tais regras estão de acordo com a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Afinal, somando o novo diploma processual com as disposições constitucionais que amparam a família e a dignidade humana, a mediação e/ ou conciliação importa em especial instrumento social, sendo indispensável para fortalecer e avançar o judiciário, bem como o conjunto da sociedade.

OBJETIVO GERAL:

Investigar os institutos da conciliação e mediação positivados no atual Código de Processo Civil e seus reflexos na solução de conflitos

na área do Direito de(a) Família, tanto do ponto de vista das partes quanto do Estado-Juiz.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Verificar as vantagens das mudanças no conceito de família, investigar suas origens, analisar seus princípios norteadores da conciliação, estudar a cultura do litígio e da proposta de mediação no atual Código de Processo Civil, da mediação e conciliação familiar e da Resolução nº 125/10 do CNJ e, por fim, investigar o uso da constelação familiar nas mediações e conciliações.

METODOLOGIA:

A pesquisa desenvolveu-se por meio da análise de textos legais, doutrinários e jurisprudências dos Tribunais Pátrios sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÕES:

Com o advento do NCPC a conciliação se revelou um importante instrumento judicial à prestação da tutela jurisdicional, sendo, pois, promovido pelo judiciário e seus operadores. Tal mudança e seus impactos nas demandas de (a) família se postula matéria de importante análise. A conciliação e/ou mediação como mecanismo de resolução de conflitos nas demandas de (a) família recebeu um importante papel com a introdução do NCPC no acervo jurídico brasileiro. A análise de tal mudança e sua efetividade à prestação jurisdicional visando sanar litígios que, evidentemente, se assentam em direitos subjetivos e emanam conflitos nas relações afetivas se revela uma matéria de indispensável estudo. Assim, a introdução do NCPC no acervo jurídico brasileiro conferiu inúmeras mudanças processuais repercutindo, em especial nas ações de (a) família, haja vista que tais conflitos ensejam relacionamentos interpessoais continuados, com uma demanda psicológica que exige prioridade nas resoluções de litígios.

CONCLUSÃO:

O direito de (a) família desde sua origem é uma das áreas que mais manifesta situações litigiosas e ainda, com a recepção de carga emocional imensurável. Assim sendo, tais demandas ainda que não possam descartar, sob qualquer condição, o amparo das leis na prestação jurisdicional, não podem, por conseguinte, desconsiderar os complexos fatores emocionais que envolvem a demanda.

Nota-se que se trata de direito complexo, que exige maior atenção e uma aproximação que muitas vezes não se confere possível com a morosidade do judiciário atualmente. Eis que, em muitos casos, as maiores reclamações das partes em tais demandas é o desajuste causado pela morosidade que desacompanha a ordem dos acontecimentos na demanda.

Ademais, os fatores determinantes são de ordem subjetiva e suas mudanças são constantes e exigem uma aproximação não conferida às outras áreas do direito. Com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015) a mediação e conciliação se consolidam ferramentas indispensáveis na resolução de demandas, sendo importante que o judiciário se reformule para inserção de profissionais habilitados e capazes de estender os benefícios da composição às partes envolvidas no litígio.

Vale ressaltar que, no direito de (a) família os resultados da mediação e conciliação são incomparáveis aos casos que somente se resolvem com a sentença judicial e as investidas nas audiências de instrução e julgamentos.

Tal é a constatação do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais que vem aplicando a mediação e conciliação como método de resolução de conflitos.

Verifica-se que tal premissa é verdadeira quando se considera os fatores determinantes em tais demandas, que geralmente são as questões emocionais ou de ordem mais subjetivas.

Assim sendo, se tem que, ainda que a sentença se manifeste justa e mais adequada ao devido cumprimento do direito, sua eficiência na superação do litígio será medida pela superação do litígio que, nem sempre, dependerá de uma sentença. Eis que, os métodos que contri-

buem, portanto, com ao sobrepujamento dos fatores emocionais determinantes serão indispensáveis para a efetiva prestação jurisdicional.

Neste sentido, o acúmulo das demais áreas como a psicologia, pedagogia e assistência social podem e devem somar no corpo humano capacitado e inserido no judiciário para resolução de conflitos. Evidentemente, há que se considerar um maior investimento para tal preparo do judiciário, enquanto máquina pública, visando por fim, uma aceleração do processo de consolidação de tais medidas.

Atualmente, com as mudanças na composição do núcleo familiar se tem maior necessidade de ajustes na aplicação do direito que, tão logo avance para inserção destes novos formatos, carece por outro lado, de maior preparo da máquina pública na formulação de medidas para real efetivação dos direitos. Assim também a mediação e conciliação, para que tomem corpo e se consolidem no judiciário brasileiro se faz necessário maior investida na máquina pública, já que se manifesta um desafio ao judiciário que não comporta em sua estrutura o material humano exigível para a efetiva aplicação de tais medidas.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). Direito de Família Contemporâneo e Novos Direitos: Estudo em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA, J. Pereira. Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais. Lisboa: Lex, 1997.

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara; TARTUCE, Fernanda. Princípios e técnicas – mediação interdisciplinar e conciliação. Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

CARBONERA,Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In:FACHIN,Luiz Edson (Coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar,1998.

CAPELETTI, Waldemar. Jurisprudência. Revista Brasileira de Direito de Família, n.7. Porto Alegre: Síntese, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5a . ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011

GRINOVER, Ada Pelegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

O MITO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Maria Clara Gomes da Cruz Fernandes

O tempo inserido à atividade jurisdicional assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a sociedade está emersa na liquidez, já dizia o sociólogo polonês BAUMAN (2001, P. 58): "vivemos tempos líquidos". A aceleração das comunicações, em conjunto com a globalização social, cultura e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para que haja solução rápida da lide.

A Constituição da República Federativa do Brasil esclarece que, não obstante a necessidade de um processo mais ágil, a sociedade brasileira como um todo tem o direito de, por meio da atividade jurisdicional bem como pelo processo, toda a promessa de um Estado Democrático e de Direito feita pelo legislador constituinte, de fato, se efetive e consagre. Para isso, é necessário que todos os princípios norteadores do Código sejam aplicados, de maneira que nenhum fique comprometido pela efetivação dos demais. Entretanto, na prática judiciária, tem-se que alguns princípios, quando cumpridos, colocam outros em situação de ineficiência.

Este artigo tem como principal objetivo o estudo dos princípios da celeridade, duração razoável do processo, contraditório e efetividade do processo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como o estudo de sua aplicação prática judiciária e a influência na vida em sociedade.

O princípio da Celeridade Processual e da duração razoável do processo são institutos do Direito Processual Civil um tanto quanto

novos, mas que foram positivados na Carta Magna, no art. 5.º, §1º, de forma a ser reafirmado pela Emenda Constitucional 45/04, que acrescentou ao rol de direitos fundamentais da Constituição federal o inciso LXXVIII: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Ou seja, esse princípio é um direito fundamental, e, uma vez violado, poderá prejudicar toda a sociedade brasileira, pois, assim disse Ulpiano no Corpus Iuris Civilis: "ubi societas ibi jus" (*não* existe *sociedade sem direito). P*ode-se afirmar que a celeridade da tramitação do processo, bem como sua duração razoável, são direitos imediatamente exigíveis (JUNIOR, 2016, p. 215).

Tendo como base tal princípio constitucional, formulou-se o processo eletrônico, a fim de que a tramitação processual seja mais célere do que a tramitação física, e que os integrantes da prestação jurisdicional tenham acesso aos procedimentos e ao processo a qual hora, de modo a dispensar o deslocamento físico dos agentes. Além dessa, muitas outras formas para efetivação desse direito foram inovadas.

Entretanto, apesar das inovações, trata-se de um sistema que está um tanto quanto falho, pois o sistema judiciário brasileiro está entra um dos mais morosos e assoberbados do mundo. Temos o 30º Judiciário mais lento entre 133 países, segundo o Banco Mundial. Esse dado é alarmante para o País, e demonstra em linhas gerais a necessidade de reformar o judiciário para que não seja gerada a sensação de impunidade, como o é. É muito difícil a estipulação de tempo médio dos processos, uma vez que esses estão entrelaçados por uma gama de fatores, dentre eles, as fases dos procedimentos judiciais *(fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória, fase decisória)*, possíveis demora das partes, pouco número de juízes e servidores ou idosos, e, por último e não menos importante, a má interpretação do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório, inovação do Código de Processo Civil de 2015, está assentado no art. 9º, e tem como principal fundamento a possibilidade de as partes serem devidamente comunicadas de todos os atos processuais, a evidenciação da segurança jurídica e a vedação da decisão surpresa. Vale mencionar essa vedação de decisão surpresa que está no art. 10º, CPC/15, e se baseias em fatos ou cir-

cunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão, como era muito ocorrente na legislação antiga. É necessário ressalvar que o contraditório é fundamentado na possibilidade das partes de manifestarem e influenciarem na decisão judicial, e não somente no fato de as partes serem ouvidas para cumprimento de protocolo processual, como, infelizmente, ocorre (SOARES, 2018, p.10).

Levando para a colisão de princípios que o presente artigo visa estudar, posso analisar que a celeridade processual e o contraditório são princípios que visam a efetivação da segurança jurídica processual. E que, por tal motivo, o processo justo deve atingir o equilíbrio e a observância de todas as garantias constitucionais, para que tenha, de fato, o cumprimento do direito fundamental da proteção judiciária efetiva. Além disso, para que nenhum seja sobreposto sobre os demais, e sim que o princípio seja ponderado, de modo a garantir tanto a celeridade processual e o contraditório, sem quem nenhum seja colocado de maneira superior ao outro.

Partindo para uma análise quase final, podemos observar que a falha do Brasil não é uma única figura, mas o sistema como um todo. Como mencionado anteriormente, um dos fatores que muito influenciam e atrapalham no devido processo legal é a falta de juízes, muitos recursos e uma grande quantidade de casos que poderiam ser resolvidos fora dos tribunais. Conforme dados do CNJ de 2016, no Brasil há 8,2 magistrados para cada 100.000 habitantes, enquanto que a média nos países europeus é de 17,4 (BODAS,2017, p. 02). Posso perceber que a proporção é extremamente desigual, e isso ocorre pelo fato de que o Estado demora para abrir concursos de magistratura pois custam caro aos cofres públicos, pelo fato de o salário do magistrado ser alto e ainda possuir diversos privilégios. Talvez se o salário fosse melhor distribuído e o número de juízes maior, seria possível minimizar essa discrepância estatística.

A tão sonhada reforma do judiciário sinaliza uma luz à tão necessária eficiência da prestação jurisdicional, que é imprescindível para o efetivo acesso à justiça.

Sobre a democratização do processo, Dierle discorre que: "a estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao

conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito" (NUNES, 2009, p.312).

Tendo em visto tudo o que trouxe em relação ao judiciário brasileiro, é necessário, como anteriormente mencionado, que haja uma revisão do sistema. Pude perceber que a respeito dos princípios postos em questão, que o estudo sobre os mesmos denota a necessidade de uma prestação jurisdicional justa, e que esta se efetivará com a duração breve, mas que o contraditório e a ampla defesa sejam respeitados e cumpridos. Dessa forma, existe a necessidade de um equilíbrio a fim de que ocorra a observância de todas as garantias constitucionais do processo que o Estado Democrático de Direito possui.

Quanto ao princípio do contraditório, pude concluir que este possui apenas previsão legal, pois na prática ainda é falho, pois o sistema brasileiro é moroso e possui várias situações que impedem a sua efetivação. Dessa forma, tem-se na sociedade como um todo uma sensação de impunidade, e o que deveria acontecer é a geração de resultados úteis e eficazes.

Pedro Lenza (2012, p.127) destaca que a reforma do judiciário através de várias alterações positivas é de grande importância. Por fim, é pertinente uma fala do ex-magistrado Joaquim Barbosa que foi ministro do Supremo Tribunal Federal entre 2003 e 2014: "Cabe a nós, juízes, advogados, promotores, professores e estudantes, manter o empenho constante para tornar o judiciário mais célere e fazer com que o acesso à justiça seja, sobretudo, justo e seguro". Destarte, cabe à todos os envolvidos no processo judiciário a efetivação do processo, a fim de que este torne-se justo.

Referências bibliográficas:

BAUMAN, Zigmunt. ***Modernidade líquida****. – 2ª. Ed.-. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 2001.*

BODAS, Álvaro. **Por que a Justiça brasileira é lenta**?. São Paulo: exame, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) (**Pacto De San José Da Costa Rica)** Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

*JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade**. Código de Processo Civil Comentado.** – 16. Ed. Rev., atual. E ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.*

LENZA, Pedro. Direito Constitucional **Esquematizado.** 16 Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 273.

*SOARES, Carlos Henrique. **A Evolução do Contraditório na Jusrisprudência e no Direito Processual Civil Brasileiro.** Revista de Direito da Faculdade Guanambi. V. 05. No.I. Jan- 2018.*

O DESCARTE (IN)VOLUNTÁRIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Maria Carolina Martins Varella

Considera-se involuntário aquilo que acontece sem influência da vontade, isto é, a ocorrência de determinadas ações não necessariamente derivam da vontade do indivíduo. Assim, é comum o conhecimento de casos nos quais provas foram produzidas a partir de material genético descartado. Na maioria das vezes, a coleta do material genético é feita sem a vontade expressa do indivíduo, de forma oculta ou até mesmo planejada.

O princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* garante ao indiciado ou acusado, a depender da fase da persecução penal, o direito de não produzir provas contra si mesmo. Na prática, o indivíduo pode se abster da realização de determinadas condutas que ocasionem a produção de provas que possam prejudicá-lo. Tal princípio possui abrangência no plano interno e internacional, por meio da Constituição Brasileira (art. 5º, inciso LXIII) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, 2, g) e objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indiciado a cooperar (QUEIJO, 2003).

Nesse sentido, é com base no direito à integridade física que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois tipos de provas que dependem da colaboração do acusado para que sejam realizadas, são as provas invasivas e as provas não invasivas (FERREIRA, 2009). As provas invasivas são aquelas produzidas a partir de intervenção cor-

poral, como por exemplo, os exames de sangue e ginecológico. De outro lado, as provas não invasivas são aquelas produzidas por meio de amostras do corpo do acusado, tais como saliva, fio de cabelo, impressão datiloscópica.

Ainda que não se admita a produção de prova invasiva sem o consentimento do indivíduo, decerto é a admissibilidade da produção de prova não invasiva sem o consentimento do indivíduo. Ora, se o indiciado possui o direito de não praticar condutas que caracterizam ou possam caracterizar a sua autoincriminação, como provas produzidas de modo involuntário podem ser aceitas?

Um caso relevante no direito brasileiro é o de Roberta. Contra sua "suposta" mãe, Vilma Martins, recaía a suspeita sobre o sequestro de crianças. Roberta, então, prestou informações sobre o caso na delegacia - sequer era indiciada, tampouco acusada - e se recusou a fornecer material genético tendente a contribuir para a investigação no intuito de comprovar se Vilma era sua mãe biológica ou não. Acontece que Roberta fumou e descartou a bituca do cigarro no lixo da delegacia. Quando Roberta foi embora, o delegado recolheu a bituca e determinou o envio da amostra para a realização do exame de DNA. O resultado do exame confirmou que Vilma não era sua mãe biológica e sim Francisca Maria, mulher que teve o seu bebê sequestrado no mesmo dia do nascimento de Roberta. A atitude do delegado foi considerada legal e a prova produzida foi aceita pelo juiz no processo.

A ideia que prevalece para a validade da produção deste tipo de prova é a de que o método utilizado não é invasivo porque se baseia na utilização de material biológico que se desprende do corpo humano ou que é descartado pelo próprio indivíduo. Os Tribunais Superiores assim se posicionam em virtude da defesa da persecução penal e da não caracterização de ofensa ao direito à intimidade.

Todavia, observa-se que a utilização do material genético descartado é feita de forma oculta ou até mesmo planejada pelos agentes responsáveis pela investigação criminal. Não se pode esquecer que o agente, apesar da negativa expressa de fornecimento do material genético, recolhe, de maneira escondida e sem a presença do indiciado, objetos que contenham amostra de DNA. Algumas vezes até planejam

situações, como o oferecimento de cigarro ou um copo de água, com o objetivo de fazer com que o indiciado disponha, de modo involuntário, seu material genético no objeto. Logo, faz sentido pensar no limite da ação planejada ou esperada para que se aguarde a produção involuntária de provas pelo próprio indivíduo.

Não se vislumbra a preservação da intimidade, tampouco a vontade do indivíduo. Evidente que há uma mácula ao seu direito de intimidade no momento em que o Estado utiliza-se de tecidos renováveis e descartáveis como meio de prova mesmo com expressa manifestação contrária da parte (PORTELLA; GUARAGNI; JUSTUS, 2019). Como resultado, o princípio do *nemo tenetur se detegere* se torna descartável no momento em que a produção involuntária de prova contra si mesmo é lícita e apropriada.

Portanto, constata-se grave violação a postulado fundamental do processo penal. O indiciado, ao produzir provas contra si mesmo, de modo involuntário, acaba por eliminar direito assegurado durante a persecução penal. O agente público, por sua vez, aniquila, de modo voluntário, o referido direito. Em suma, o princípio tem a mesma finalidade do material genético: o descarte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 11 de julho de 2020.

BRASIL. **Decreto N. 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2020.

DE SOUZA PACHECO, Carla Ferreira. **A produção de provas com material genético descartado**. **Saber Digital**, [S.l.], v. 9, n. 2, out. 2017. ISSN 1982-8373. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/205>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FERREIRA, Érica. **Provas invasivas e não invasivas no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

ISTOÉ. **Roberta, a Constituição e a bituca de cigarro**. Disponível em: <https://istoe.com.br/17078_ROBERTA+A+CONSTITUICAO+E+A+BITUCA+DE+CIGARRO>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

PORTELLA, Irene; GUARAGNI, Fábio; JUSTUS, Guilherme (2019). **O uso do material genético descartado como violação ao fair play no processo penal**. Relações Internacionais no Mundo Atual. 2. 148. 10.21902/Revrima.v2i26.3893.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: o princípio do Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Juliana Ferreira. **As intervenções corporais no processo penal e o direito a não autoincriminação**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/JulianaFerreiraSantos.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2020.

FATORES QUE FOMENTAM A IMPOSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Danilo Scramin Alves

INTRODUÇÃO

Recentemente, iniciou-se uma discussão que tem como foco principal a possibilidade de se extinguir a Justiça do Trabalho e que possui embasamento na pretensão de que ao realizar este ato, ter-se-á economia nos cofres públicos. Ademais, esta ganhou repercussão com a atual Presidência do Brasil. Diante disso, faz-se necessário analisar os fatores sociais e constitucionais que corroboram para que isso não venha a ocorrer. Nesse sentido, vale primeiramente destacar a importância que a Justiça do Trabalho possui na vida dos trabalhadores brasileiros, visto que, é o principal mecanismo que estes utilizam para reconhecer direitos que lhe foram sonegados, e a extinção desta ocasionaria um retrocesso não somente jurídico, mas também social. Além disso, é notório que os trabalhadores informais e de baixa renda seriam significativamente os mais afetados com a extinção desse órgão, causando assim um aumento nas dificuldades de se alcançar efetivamente a garantia de seus direitos como trabalhador.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia da pesquisa utilizada é de natureza qualitativa, baseando-se em análise bibliográfica de doutrinas e jurisprudências.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A Constituição Federal de 1988 garante o acesso à justiça como direito-garantia fundamental. É justamente isso que Fernandes (2014) busca explicitar ao afirmar que esta é uma das garantias mais importantes dentro de um sistema de direito que se presta a ser democrático. Dessa forma, vale destacar que a Justiça do Trabalho desempenha papel significativo na sociedade atual, sendo por regra constitucional afeta à União, e não a estados ou municípios. Este órgão jurisdicional é responsável por repreender aqueles que caminham em sentido retrógrado a oferta de garantia de direitos aos seus trabalhadores. No entanto, de acordo com Schiavi (2019), mesmo que o acesso à Justiça do Trabalho tenha registrado avanços significativos, existem muitas problemáticas a serem superadas, como a grande quantidade de processos, a expansão de sua competência em razão da Emenda Constitucional de nº 45/04 e o número insuficiente de pessoal na Justiça trabalhista. Outrossim, a Lei da Reforma Trabalhista, nº 13.467/2017, trouxe diversas renovações quanto ao direito, bem como mudanças significativas com relação a sistemática processualista do trabalho, e que podem inclusive modificar o próprio funcionamento da Justiça do Trabalho. É com base nessa modificação que se iniciou um processo de argumentação pelo fim deste órgão jurisdicional, com a justificativa de uma possível "economia" aos cofres públicos. Contudo, mesmo que seja levada em consideração a possibilidade de que a extinção da Justiça do Trabalho traga economia, é necessário destacar que isso resultaria na desconformidade completa com o art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que visa a plena efetividade de direitos, algo contrário ao que ocorreria com o fim deste órgão, já que os trabalhadores ficariam desprovidos de mecanismos que possibilitem acesso à justiça e a garantia de seus direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, a impossibilidade da extinção da Justiça do Trabalho, visto que, isso ocasionaria inúmeros efeitos negativos para o

progresso do direito brasileiro, afetaria toda a classe trabalhista e resultaria no retrocesso jurídico e social que seria enfrentado especialmente pelos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm. 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 15ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

NATUREZA JURÍDICA DA MORATÓRIA LEGAL PREVISTA NO ARTIGO 916 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dáfani Pantoja Reategui Santos

O parcelamento da dívida é uma possibilidade concedida ao devedor que, inicialmente, não era prevista no Código de Processo Civil de 1973. Somente com a edição da Lei n. 11.382/2002, instituiu-se a possibilidade da moratória legal com a inclusão do artigo 745-A ao então vigente Código de Processo Civil. Hoje, a possibilidade é prevista no artigo 916 do Código de Processo Civil de 2015.

A possibilidade de parcelar a dívida reforça o princípio da menor onerosidade ao executado, que possui como finalidade assegurar a satisfação do crédito de maneira menos gravosa ao devedor de boa-fé. Ademais, trata-se de possibilidade de solução mais célere e efetiva do processo, já que para usufruir da moratória legal é necessário que o devedor renuncie ao prazo para opor embargos à execução e deposite 30% (trinta por cento) do valor total do débito.

Conforme Rodrigo Mazzei (2016), o instituto da moratória legal possui natureza bifronte, uma vez que coexistem facetas de direito material e de direito processual. Nesse contexto, o aspecto processual refere-se ao ato processual a ser praticado pela parte executada que importa sua renúncia aos embargos à execução. A face de direito material, por sua vez, reside nos reflexos que o ato processual promove no crédito executado, o que atinge o direito do credor.

Nas palavras do autor, o reconhecimento da possibilidade de parcelamento do crédito pelo ordenamento jurídico "implica reconhecer que regras atinentes ao direito material obrigacional serão flexibilizadas, ou melhor, serão excepcionadas por outro ditame legal" (MAZZEI, 2016, p. 38). Desse modo, seria possível a flexibilização dos princípios da exatidão e da indivisibilidade do pagamento, previstos nos artigos 313 e 314 do Código Civil, ou seja, normas referentes ao direito material do credor.

Contudo, para além disso, necessário tecer breves considerações acerca da natureza jurídica do instituto da moratória legal sob a ótica de ser necessária, ou não, a anuência do credor para sua aplicação.

A literalidade do artigo 916, §1º, do CPC/15 estabelece que "o exequente será intimado para manifestar-se sobre o preenchimento dos pressupostos do *caput*, e o juiz decidirá o requerimento em 5 (cinco) dias" (BRASIL, 2015). Seria essa hipótese uma faculdade do credor, ou se trataria de direito potestativo do devedor?

Guilherme Amaral (2015), considera não se tratar de direito potestativo, ocasião na qual seria possível ao credor impugnar o requerimento do devedor nesse sentido. Segundo o autor, ao consignar expressamente a intimação do exequente, o CPC/15 expressa se tratar de uma mera possibilidade uma vez que concede o prazo para possível impugnação do credor.

Em posição diversa, boa parte da doutrina considera se tratar de direito potestativo do devedor, afinal o requerimento de parcelamento da dívida importa renúncia aos embargos à execução.

Ricardo Mazzei (2016), nesse sentido, considera que a abertura de prazo para o exequente não retira o caráter de direito potestativo do devedor, uma vez que somente exprime o dever de contraditório efetivo e necessário na atual concepção de vedação de decisões-surpresa.

Ainda que se trate de direito potestativo, Ricardo Mazzei (2016) defende que o credor possa impugnar o requerimento de moratória legal formulado desde que fundado em desvirtuamento do instituto por abuso de direito, afinal "o abuso do direito é uma cláusula geral e, como tal, tem aplicação ampla, ou seja, alcança situações que não previamente moduladas na lei como a anteriormente" (MAZZEI, 2016, p. 42).

No mesmo sentido é o entendimento de Fredie Didier (2017) que afirma que no processo de execução o executado não precisa ser assistido por advogado para usufruir do parcelamento, por ser ato de "direito material, cuja prática dispensa a exigência de capacidade postulatória" (DIDIER, 2017).

De fato, a posição mais acertada acerca da natureza jurídica da moratória legal aplicável às execuções é a de direito potestativo do devedor. Considerar a hipótese de parcelamento da dívida um ato a depender da anuência do credor, conduz à ideia de se tratar de uma espécie de negócio jurídico processual, tal como disciplina o artigo 190 do CPC/15.

Por outro lado, essa não parece ser a razão jurídica para a disposição do instituto no artigo 916 do CPC/15. A partir de uma interpretação sistemática com a vedação prevista no parágrafo sétimo do artigo 916 do CPC/15, verifica-se que a hipótese da moratória legal no processo de execução deve ter caráter de direito potestativo, ao passo que o parcelamento do débito no cumprimento de sentença, este sim, deve ter caráter de negócio jurídico processual.

Por esse motivo torna-se relevante a exposição acerca da natureza jurídica da moratória legal. Afinal, a vedação à sua aplicação ao cumprimento de sentença – prevista no art. 916, §7º, do CPC/15 – não impede que a doutrina e a jurisprudência admitam a prática de negócio jurídico processual no curso do cumprimento de sentença a fim de assegurar a autonomia das partes e a satisfação do crédito. Nesse sentido é o enunciado n. 331 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que admite a aplicação do instituto à execução trabalhista.

Desse modo, resta considerar que a posição majoritária da doutrina é no sentido de que a moratória legal constitui direito potestativo do devedor no bojo da execução, uma vez que para tanto é necessário renunciar aos embargos à execução bem como depositar 30 (trinta) por cento do valor total da dívida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. R. **Alterações do Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n. 13.105,** de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. **Lei 5.869,** de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

DIDIER JR., F. **Editorial 145**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-145/>. Publicado em: 28 mai. 2012. Acesso em: 20 jan. 2020.

Fórum Permanente de Processualistas Civis. In: **Instituto de Direito Contemporâneo**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

MAZZEI, R. Notas sobre a possibilidade de pagamento parcelado na execução extrajudicial: principais mudanças entre o artigo 745-a do CPC revogado em relação ao artigo 916 do CPC/2015.

Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 64, nº 465, p. 35, Julho de 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRJ_465_miolo%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS – VOL. 4

Arthur Bezerra de Souza Junior,
Diogo de Castro Ferreira, Marcelo Pereira de Almeida,
Klever Paulo Leal Filpo (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Setembro de 2020